

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSO
CIVIL**

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DE UMA CHANCE

Danilo Pereira Leite

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSO
CIVIL**

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DE UMA CHANCE

Danilo Pereira Leite

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de título de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação da Prof. Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP

2012

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia/TC aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista.

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves
Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

Presidente Prudente/SP

A alegria está na luta, na tentativa, no sofrimento envolvido. Não na vitória propriamente dita.

(Mahatma Gandhi)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus, SENHOR da minha vida.

Ao meu pai Agostinho, por ser o meu espelho, incentivador, investidor e melhor amigo. Ainda, pelos sacrifícios e renúncias, bem como por sempre acreditar em mim.

À mãe Nice, pela difícil missão de exercer minha guarda unilateral na adolescência. Também pelo carinho, palavras motivadoras e por me fazer crer que nada é impossível.

À Ivanilde, pelo apoio incondicional de sempre.

À minha irmã Daniele e ao meu cunhado Juliano, por terem dado os meus sobrinhos Allana e André Luiz, responsáveis pelos meus momentos de alegria.

À Joiese, por suportar tão pacientemente meus momentos de stress e por estar do meu lado nos momentos difíceis, tornando meus dias sempre tão agradáveis.

Aos meus leais amigos Theodoro, Diego, Juliana, Juliany, Patrícia, Cassiano, Regiane, Suzana, Kléber, Jéssica, Diego, Lívia, Marli e Gerdy, simplesmente por existirem.

À professora Fabiana Junqueira Tamaoki Neves, por ter me honrado em aceitar o convite para a orientação deste trabalho, sempre paciente, disponível, flexível e com conselhos pertinentes, circunstâncias que facilitaram, em muito, a execução e conclusão da pesquisa.

Ao professor Gustavo Rene Nicolau, por ter me apresentando ao tema defendido nesta monografia e pelo exemplo de profissional e pessoa que cativa qualquer um com quem se relaciona.

Não poderia deixar de agradecer aos digníssimos promotores de justiça de Dracena Dr. Rufino Eduardo Galindo Campos e Dr. Antonio Simini Junior pelas lições de vida e de Direito que certamente me acompanharão para onde quer que eu vá.

Por fim, sou grato a todos os meus amigos e familiares que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

Eis aqui os meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com a finalidade de demonstrar a viabilidade de responsabilização civil daquele que, com sua conduta, faz com que outrem perca a oportunidade de melhora na sua situação. Criada no Direito alienígena, a teoria da perda de uma chance demorou a começar a ser discutida pelos juristas brasileiros, somente aparecendo nos julgados dos nossos Tribunais a partir do início deste século. Por esta razão, a doutrina correlata ainda está em desenvolvimento, inexistindo unidade de pensamento a respeito do assunto, notadamente no que concerne à definição de sua natureza jurídica. Mesmo havendo vozes em sentido contrário, é maciça a maioria que se mostra favorável à reparabilidade de chances perdidas, considerando-a como uma nova modalidade de dano indenizável, fruto da evolução da ciência da responsabilidade civil frente ao desenvolvimento da sociedade. A lei civil nacional é omissa quanto ao tema, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de elaborar critérios para a reparação da perda de uma chance, no intuito de adequá-la à sistemática adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Analisadas as opiniões dos mais consagrados autores sobre a problemática, conclui-se ser plenamente reparável a perda de uma chance, desde que séria e real, cuja ponderação deve ser feita à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Permite-se, deste modo, uma reparação integral dos prejuízos da vítima, impedindo-se que justas expectativas fiquem desprovidas de indenização. A metodologia utilizada consiste na pesquisa bibliográfica com análise da lei, jurisprudência, doutrina e artigos à disposição na internet que enfoquem a teoria e possam demonstrar a convicção do autor. Outros métodos serão também empregados para a elaboração do trabalho, dentre eles, o método indutivo, o método histórico, e, finalmente, o método comparativo.

Palavras-chave: Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil. Dano Indenizável. Indenização. Espécies de Dano.

ABSTRACT

The present research aims at acknowledging the civil liability upon those whose behavior causes the loss of a favorable event anticipated by the victim. Since its origins in the foreign law, the loss of chance theory lingered until it started to be discussed among the Brazilian jurists, only appearing in decisions and precedents from our Courts over the last decade. Therefore, the correlated doctrine is still in a developing process and there isn't a unanimous consent, notably with respect to the definition of its legal nature. Despite the negative rhetoric surrounding the issue, the vast majority supports the compensation for the loss of chance, considering it as a new genre of tort litigation, product of the civil liability's evolution along the progress of society. The national civil legislation has been remiss in the matter, reason why the doctrine and the case-law take charge of settlement criterion referring to damage compensation in order to suit the domestic legal system. Once well-recognized jurists and academics' opinions were analyzed, it came to the conclusion that the loss of chance is a plainly reparable damage, as long as it's serious and actual, whose deliberation must be viewed in the light of the principles of reasonableness and proportionality. By this mean, it enables a full compensation for the harm suffered, preventing fair expectations from turning out destitute of reward. The methodology used consists of literature review, comprehending a content analysis of case-law, doctrine and articles published on the internet, which converged in the theory and were able to demonstrate the author's conviction. Other methods were also applied on this work, including the inductive, the historical and, finally, the comparative.

Key words: Loss of chance. Civil Liability. Damage compensation. Reward. Types of torts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 Noções Introdutórias	11
2.2 Responsabilidade X Obrigação	12
2.3 Responsabilidade Civil e Penal	13
2.4 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	16
2.5 Evolução Histórica: o surgimento da teoria do risco e o declínio da culpa	18
2.6 Responsabilidade Civil Subjetiva	21
2.6.1 Conduta	22
2.6.1.1 Ato humano e voluntariedade	22
2.6.1.2 Conduta positiva e negativa	24
2.6.1.3 Responsabilidade direta e indireta	25
2.6.1.4 Ato ilícito	26
2.6.2 Culpa	28
2.6.2.1 Previsibilidade	31
2.6.3 Dano	32
2.6.4 Nexo de causalidade	33
2.6.4.1 Teorias explicativas	35
2.7 Responsabilidade Civil Objetiva	38
2.8 Causas Excludentes	42
2.8.1 Estado de necessidade	43
2.8.2 Legítima defesa	44
2.8.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal	45
2.8.4 Caso fortuito e força maior	46
2.8.5 Culpa exclusiva da vítima	47
2.8.6 Fato de terceiro	47
3 O DANO E SUA REPARAÇÃO	49
3.1 Definição de Dano	49
3.2 Principais Espécies de Dano	50

3.2.1 Dano patrimonial	51
3.2.2 Dano moral.....	53
3.2.3 Dano estético	57
3.3 Formas de reparação do dano e sua quantificação	58
3.4 Dano Indenizável: requisitos	62
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DE UMA CHANCE.....	64
4.1 Noções Introdutórias	64
4.2 Origem e Desenvolvimento da Teoria da Perda de Uma Chance.....	68
4.2 Definição de Perda de Uma Chance	69
4.3 Superando o Problema da Certeza	72
4.4 O Posicionamento da Doutrina Brasileira.....	74
4.5 Seriedade e Realidade: Critérios para a Aplicação da Teoria	80
4.6 Modalidades de Perda de Uma Chance.....	83
4.7 Natureza Jurídica	86
4.8 Quantificação do Montante Indenizável	95
4.9 Fundamentos Jurídicos Para Adoção da Perda de Uma Chance no Brasil	97
4.10 A Perda de Uma Chance na Jurisprudência Brasileira	98
4.10.1 Julgado Paradigma: Caso “Show do Milhão”	99
4.10.2 Outros casos concretos.....	101
5 CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil surgiu para a tutela de direitos e para a repreensão de atos ilícitos. Em linhas gerais, todo aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927 do Código Civil). Assim, podemos dizer que a responsabilidade civil tem por elementos a conduta humana, o dano, e o nexo de causalidade entre ambos. Discute-se muito a imprescindibilidade da culpa para o surgimento do dever de indenizar, mormente com o desenvolvimento relativamente atual da teoria da responsabilidade objetiva, que dispensa aquela. No entanto, interessa ao presente trabalho o seu principal elemento, sem o qual, inquestionavelmente, não haveria responsabilidade: o dano.

O dano indenizável foi sempre visto como o dano certo, efetivo, podendo ser de ordem material ou moral. Os danos materiais podem ser presentes ou futuros, denominados, respectivamente, de danos emergentes e lucros cessantes. Os primeiros consistem naquilo que causa redução no patrimônio presente da vítima, enquanto que os segundos são aqueles que impedem o seu crescimento, isto é, caracteriza-se por aquilo que se deixou de ganhar em razão da conduta lesiva.

Frisa-se que para haver a reparação dos lucros cessantes, o patrimônio que a vítima vai deixar de crescer deve ser objetivamente comprovado, pois não há o dever de indenizar danos hipotéticos ou eventuais. Deste modo, aquele que deixou de apostar na loteria em razão de um ato praticado por determinada pessoa não pode querer cobrar desta o valor do prêmio oferecido, alegando que poderia ter ganhado. A própria lei estabelece expressamente “aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar”, tratando-se de uma aplicação legal do princípio da razoabilidade, o qual impõe ao julgador o bom senso para analisar concreta e objetivamente, valendo-se de dados e de informações que conduzam a certeza de que o acréscimo patrimonial teria ocorrido se não fosse a conduta ilícita, devendo desprezar qualquer tipo de abstração. É o clássico exemplo doutrinário do taxista que teve seu carro abalroado por outrem e deixou de faturar nos dias em que o automóvel ficou na oficina para o conserto. Não se precisa de muito esforço para

saber que o prejuízo futuro é certo e aferível mediante simples cálculo da média diária de ganho.

Feitas estas premissas, sabendo-se que não há no Direito Brasileiro previsão de responsabilização de mera hipótese, indaga-se: o que fazer diante de uma conduta que causou na vítima a perda de uma oportunidade, cujo êxito contava com alto grau de probabilidade? Há o dever de indenizar a frustração de uma provável melhora na situação da vítima?

São estas as questões que ora serão abordadas, partindo-se da análise do instituto da responsabilidade civil, sua evolução ao longo da história, conceito, elementos e causas de exclusão, para, em seguida, salientar o posicionamento tradicional da doutrina a respeito da ideia de dano indenizável.

Mais adiante foi desenvolvida a teoria da perda de uma chance a partir de sua origem no Direito alienígena, para somente depois estudá-la a fundo, com a exposição da doutrina brasileira a respeito do assunto e elaboração de critérios para sua reparação, no intuito de adequá-la ao ordenamento jurídico pátrio, diante da ausência de dispositivo legal abordando o tema.

Foi discutida sua controvertida natureza jurídica, com base nos julgados correlatos e na opinião dos nossos juristas, a fim de desvendar em que modalidade de dano se encaixa a chance perdida.

Por fim, passou-se a análise de casos concretos e exemplificativos com a aplicação da teoria, findando o presente trabalho com a conclusão de seu autor.

Assim, longe da pretensão de exaurir os pontos relativos ao tema, procurou-se ao menos contribuir para que o mundo jurídico reveja a posição e pondere se é razoável deixar sem reparação aquele que teve frustrada justas expectativas de melhora de situação.

2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Noções Introdutórias

O vocábulo responsabilidade foi originado da expressão latina “responderere”, cujo significado é assumir algo ou responder por determinada conduta. Na sua acepção jurídica o termo pode ser empregado para obrigar alguém a responder pelos atos que causam danos a outrem, o que “traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado”, na forma do que dispõe o grande jurista Rui Stoco (1999, p. 59). Funda-se, pois, no brocardo também de origem latina “neminem laedere”, que significa não lesar ninguém. Assim, caso alguém lese direito alheio, a sociedade, vendo-o como um fator de desequilíbrio do meio, impõe-lhe o dever de reparação.

A responsabilidade civil pode ser entendida como o dever de indenizar imposto a todo aquele que causa dano, violando uma norma jurídica preexistente. A depender da natureza jurídica da norma anterior violada, se negocial ou legal, a responsabilidade poderá ser, respectivamente, contratual ou extracontratual (também chamada de aquiliana).

A responsabilidade civil se posiciona na teoria geral do Direito, não esgotando o gênero responsabilidade jurídica, sendo apenas uma espécie desta ao lado, por exemplo, da responsabilidade penal, processual, tributária etc.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 9) de forma clara definem o instituto em comentário:

(...) conclui-se que a *noção jurídica de respondeabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a *responsabilidade civil* deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

O ordenamento jurídico tem por fim primordial proteger direitos e reprimir atos ilícitos, estabelecendo, para tanto, obrigações e deveres aos cidadãos. Uma vez violados, caracterizado está o ato ilícito, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de indenizar a vítima pelo prejuízo causado mediante uma prestação em pecúnia, caso não seja possível reparar o dano, retornando-se ao *status quo ante* (ou buscando-se chegar o mais próximo possível deste estado).

2.2 Responsabilidade X Obrigação

Em que pese a sinonímia existente entre as expressões no vernáculo, juridicamente obrigação e responsabilidade não se confundem. Obrigação, em sentido amplo, é a relação jurídica, de caráter transitório, que se estabelece entre credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo), vinculando este último ao cumprimento de uma prestação. Já em sentido estrito, consubstancia-se no próprio débito assumido. Uma vez descumprida a obrigação, tem-se a ocorrência do inadimplemento, embrião para o nascimento da responsabilidade contratual. Responsabilidade, portanto, só existirá se não cumprida voluntariamente a obrigação contraída, traduzindo-se da sua consequência jurídica. Nas bem colocadas palavras de Fiuza (2011, p. 329):

No sentido de suportar sanções, responsabilidade pode traduzir a idéia de relação obrigacional secundária, que surge quando a relação de débito não chega a bom termo, ou seja, quando a obrigação não é adimplida. Diz-se, portanto, que uma situação obrigacional se desdobra em duas relações, uma de débito, outra de responsabilidade. A segunda surge, quando a primeira não se resolve a contento. Neste caso, responde patrimonialmente perante o credor, daí se falar em responsabilidade.

A distinção entre os termos ganhou destaque na Alemanha, onde o vínculo obrigacional foi dividido em *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade), cada qual constituindo um momento distinto da relação, só havendo falar no segundo, em regra, com o desatendimento do primeiro, impondo ao devedor a obrigação de indenização pelos danos advindos do inadimplemento.

Com precisão, Gonçalves (2007, p. 23) ensina que:

A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o débito (*Schuld*), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (*Haftung*), em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização originária na forma previamente estabelecida.

Frisa-se, porém, que, a despeito de se correlacionarem, uma não depende da outra necessariamente para existirem. O débito pode existir independentemente da responsabilidade nas obrigações naturais, também chamadas de obrigações imperfeitas, como, por exemplo, nas dívidas de jogo e aposta, que não podem ser exigidas (art. 814 do Código Civil). Tem-se, assim, um débito, mas o seu descumprimento não acarretará em responsabilidade, impossibilitando o credor de cobrá-lo judicialmente. O inverso também ocorre, sendo perfeitamente possível a responsabilidade sem débito, como é o caso da fiança ou da garantia real prestada por terceiros, em que o garantidor responde por dívidas contraídas por outrem.

2.3 Responsabilidade Civil e Penal

Primitivamente inexistia qualquer diferença entre responsabilidade civil e penal. Praticada uma ação ou omissão danosa, pesava sobre o ofensor uma retribuição que trazia em si uma carga ao mesmo tempo punitiva e ressarcitória. Somente com a evolução da sociedade é que, por questões de conveniência, procurou-se dividir os institutos e especializá-los conforme a gravidade da conduta. Partiu-se, assim, o ilícito, que passou a ganhar o qualificativo civil e penal, gerando quando da sua realização a respectiva responsabilidade.

Hoje o Direito Penal é fragmentário e seletivo, ocupando-se apenas com as lesões a direitos mais relevantes da sociedade, disciplinando normas de Direito Público, cuja violação extrapola o mero interesse individual, atingindo o corpo

social como um todo. Ao Direito Civil, portanto, restou a repressão de condutas menos graves, reguladas por normas de Direito Privado, dispensando preocupação com interesses particulares de recomposição patrimonial.

Neste ponto, destacam-se as lições de Rizzardo (2007, p. 48):

Embora ambas as ordens importem em violação de um dever jurídico ou na infração da lei, no ilícito penal desponta um maior nível de gravidade, de lesividade, de imoralidade, desestruturando e enfraquecendo a sociedade. O ilícito penal revela um teor ofensivo superior que o civil, derruindo valores de maior relevância, e impondo efeitos nefastos e de nocividade em nível muito mais elevado que as infrações civis.

Frisa-se, todavia, que uma mesma conduta pode ao mesmo tempo acarretar em responsabilidade penal e civil, caracterizando o que se convencionou chamar dupla responsabilidade. Uma ofensa, por exemplo, pode configurar o crime de injúria e causar na vítima um abalo psicológico, autorizando-a a buscar a punição de seu ofensor e a reparação dos danos morais experimentados mediante uma contraprestação patrimonial. De igual modo, uma tentativa de homicídio pode levar o seu autor ao cárcere, além de obrigá-lo a suportar todas as despesas efetuadas pela vítima com seu salvamento e convalescença, além daquilo que deixou de lucrar no período em que estava recebendo cuidados médicos.

Exatamente por ser mais grave, a responsabilidade penal é pessoal e intransferível, autorizando a aplicação de uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos ao autor de um delito. Sendo altamente invasiva, necessita descrever clara e expressamente as condutas tidas por ilícitas, atribuindo ao Estado, por intermédio de seu órgão acusador, o ônus da prova, cercando o réu de inúmeras garantias.

Já no Direito Civil o devedor responde somente com seu patrimônio, de modo que, salvo as exceções constitucionais expressas do devedor de alimentos e do depositário infiel¹, ninguém no Brasil pode ser preso por dívidas. Assim, se o causador do dano não tiver bens, inviabilizada estará indenização da vítima. De

¹ Em que pese o texto expresso contido no art. 5º, LXVII, da Lei Maior, frisa-se o entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal, que, em 16 de setembro de 2009, editou a Súmula Vinculante nº. 25, colocando fim à prisão do depositário infiel ao estabelecer: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

mais a mais, qualquer conduta pode ocasionar responsabilidade civil, independentemente de descrição legal, bastando que seja a causa efetiva de um dano.

Outra diferença pode ser apontada no grau da culpa (em sentido amplo, englobando a culpa em sentido estrito e o dolo), que é muito mais abrangente no Direito Civil, uma vez que se contenta com culpa levíssima para obrigar o autor à reparação do dano, o que não ocorre na responsabilidade penal, que é mais exigente no que toca à sua intensidade, não sendo qualquer grau suficiente para condenação. Oportunamente, Gonçalves (2007, p. 25) escreve que:

(...) conceitualmente, a culpa civil e a culpa penal são iguais, pois têm os mesmos elementos. A diferença é apenas de grau ou de critério de aplicação da lei, pois o juiz criminal é muito mais exigente, não vislumbrando infração em caso de culpa levíssima.

Quanto à imputabilidade há uma semelhança, somente sendo responsáveis civil e penalmente os maiores de 18 anos, muito embora o Código Civil, em seu art. 928, ressalve a possibilidade de responsabilização dos menores quando seus responsáveis não tiverem a obrigação de pagar pelos seus danos ou não tiverem meios suficientes para tanto. Contudo, destaca-se a limitação contida no parágrafo único do mesmo artigo, que aduz que a indenização terá que ser equitativa, inexistindo se privar o menor do necessário ou as pessoas que dele dependam.

Por todo o exposto, fica clara a independência das jurisdições civis e penais, que vem contemplada expressamente no art. 935 do Código Civil. Porém, este mesmo dispositivo, ante a possibilidade de decisões conflitantes, fato que ocasionaria descrédito do Poder Judiciário, veda o questionamento do fato ou da autoria do autor do ilícito, quando tais questões já se acharem decididas no juízo criminal. Convergentemente, o art. 91, I, do Código Penal traz como consequência da condenação criminal a certeza da obrigação de reparação do dano causado. Assim, transitada em julgado a sentença condenatória, a vítima e seus sucessores terão em mãos um título executivo, podendo executá-lo no juízo cível para a

reparação dos prejuízos decorrentes da conduta criminosa (art. 63 do Código de Processo Penal).

Já a sentença absolutória, por sua vez, somente terá reflexos na jurisdição civil em casos específicos, a depender da sua fundamentação, circunstância que pode levar o réu a ser condenado no juízo cível para a reparação dos danos da vítima, malgrado tenha sido absolvido na seara criminal. Por exemplo, não terá qualquer influência no cível a sentença absolutória por insuficiência de prova do fato ou da autoria. Assim, nada impedirá que a vítima, neste juízo, demande e produza provas suficientes para o reconhecimento da conduta do ofensor e do resultado danoso. Por seu turno, fará coisa julgada no cível, por exemplo, a sentença absolutória que reconhece categoricamente a inexistência material do fato ou que o réu não foi o seu autor. Isso mostra que, nada obstante a independência entre as jurisdições, o sistema consagra uma harmonia entre elas, de modo a evitar decisões contraditórias, assegurando-se a segurança jurídica das decisões.

2.4 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Ontologicamente não existe distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual (também chamada de aquiliana ou delitual), já que ambas decorrem da violação de uma norma jurídica anterior: a primeira de natureza negocial e a segunda legal. A lei, no entanto, faz distinção no tratamento de ambas, adotando uma classificação bipartida, muito embora, no final das contas, acabe havendo identidade na consequência, que é o dever de indenização ou reparação do dano. Nesta linha, o Código Civil disciplina a responsabilidade civil contratual nos artigos 389 e 395 e a extracontratual nos artigos 186/188 e 927.

Para melhor aproveitamento didático, a doutrina acaba absorvendo a diferenciação feita pelo legislador, adjetivando apenas a responsabilidade civil

contratual, referindo-se à aquiliana como responsabilidade civil, pura e simplesmente.

A responsabilidade civil contratual, portanto, surgirá sempre que houver o descumprimento de uma obrigação estipulada em contrato, ou seja, as próprias partes, acobertados pelo princípio da autonomia da vontade, estabelecem normas jurídicas que, uma vez não respeitadas, ensejam o dever de indenização. Origina-se, pois, de uma relação jurídica preexistente ao dano. Por exemplo, duas pessoas podem pactuar um contrato de transporte de coisa, em que uma das partes se obriga em dar destinação a um determinado bem e a outra assume o dever de lhe dar determinada quantia em dinheiro. Caso o transportador não cumpra o prazo aventado, e disso advier prejuízos ao outro contratante, poderá ser compelido a pagar uma justa indenização.

Já na responsabilidade civil extracontratual inexistente qualquer relação jurídica anterior, manifestando-se quando da violação do dever geral de não causar danos a outrem. Deste modo, verificado um ato ilícito e a ocorrência de um dano, presente estará o dever de indenizar, independentemente de vínculo contratual entre as partes. É o que autoriza uma pessoa, que teve seu carro abalroado por outra que jamais tivera qualquer tipo de relação, demandar para ver seus prejuízos ressarcidos.

Neste aspecto, eis as precisas lições Stolze e Pamplona Filho (2006, p. 16/17):

A depender, portanto, da *natureza da norma jurídica* violada pelo agente causador do dano, uma subdivisão – muito mais didática do que propriamente científica – pode ser feita, subtipificando-se a responsabilidade civil em: contratual e extracontratual ou aquiliana.

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso de sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Os festejados autores trazem em sua obra ainda outros dois elementos diferenciados (além da necessidade de preexistência de uma relação jurídica entre a

vítima e o causador do dano), a saber, o ônus da prova quanto à culpa e a diferença quanto à capacidade (2006, p. 18).

Estabelecem que a culpa contratual decorre da violação do dever de adimplir, enquanto que a extracontratual do dever de se abster de causar danos a outrem, motivo pelo qual esta última deve ser provada pela vítima, enquanto que na primeira ocorre a inversão do ônus da prova, ficando a cargo do inadimplente a prova da ausência de culpa ou a verificação de alguma causa excludente do nexo causal.

Frisam, por derradeiro, quanto a capacidade, que o menor só pode se vincular por meio de contrato se devidamente assistido ou representado, excepcionado o caso do menor púbere ter maliciosamente se declarado maior, nos termos do artigo 180 do Código Civil.

Reforça-se, ademais, que no que tange à responsabilidade extracontratual, prevalece como regra geral a irresponsabilidade do menor (casos de responsabilidade indireta que recai, como será abordado mais adiante, sobre seus responsáveis legais), ressalvados os casos do artigo 928 do Código Civil, já expostos no tópico anterior.

2.5 Evolução Histórica: o surgimento da teoria do risco e o declínio da culpa

A noção de responsabilidade civil surgiu desde os primórdios da humanidade, a partir do momento em que as pessoas se viram na necessidade de viverem em sociedade, diante do conflito de interesses que passou a existir.

O primeiro instrumento jurídico a prever o instituto em estudo que se tem conhecimento foi o Código de Hamurabi desenvolvido pelo imperador da Babilônia. Neste ordenamento, a responsabilidade civil era tratada como sinônimo de vingança, onde o Poder Público conferia à vítima de um dano a possibilidade de retribuir a agressão tal como lhe foi perpetrada, na mesma intensidade. A ideia era a

de pagar o mal com o mal, “olho por olho, dente por dente”, como dizia a Lei de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas, que dispensava a prova de culpa.

Todavia, tal prática não conduzia a reparação do dano suportado, impossibilitando a restituição ao “status quo ante”, ou ao menos minimizar os prejuízos percebidos com o ilícito. Ao contrário, somente permitia o cometimento de um novo dano, igualmente impassível de reparação ou ressarcimento. Não resolvia, portanto, o conflito de interesses.

No Direito Canônico encontramos valiosa passagem bíblica que bem retrata a primitiva noção de reparação de danos, quando Moisés, liderando sua recém comunidade formada pelo povo hebreu que acabara de fugir dos egípcios, recebeu ordenações divinas sobre como proceder diante de um dano causado por um dos seus (Bíblia Sagrada, Êxodo, Capítulo 21, Versículos 12/25):

Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Porém, se não lhe armou ciladas, mas Deus lhe permitiu caísse em suas mãos, então, te designarei um lugar para onde ele fugira. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o à traição, tirá-lo-ás até mesmo do meu altar, para que morra. Quem ferir seu pai ou sua mãe será morto. Quem amaldiçoar seu pai ou sua mãe será morto. Se dois brigarem, ferindo um ao outro com pedra ou com o punhal e o ferido não morrer, mas cair de cama; se ele tornar a levantar-se e andar fora, apoiado ao seu bordão, então, será absolvido aquele que o feriu; somente lhe pagará o tempo que permaneceu e o fará curar-se totalmente. Se alguém ferir com bordão o seu escravo ou a sua escrava, e o ferido morrer debaixo da sua mão, será punido; porém, se ele sobreviver por um ou dois dias, não será punido, porque é dinheiro seu. Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, aquele de que feriu será obrigado a indenizar segundo o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará como os juízes lhe determinarem. Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe.

Em outro estágio, em Roma, surge a “Lex Aquilia”, de autoria do tribuno romano Lúcio Aquílio, que trouxe a ideia de culpa para a responsabilização do agente. Buscou-se, desta maneira, conferir a obrigação de indenizar somente àqueles que agirem de forma culposa e impuserem efetivo dano a terceiros. Como ensina Venosa (2010, p. 19):

O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa.

Tal concepção da responsabilidade civil acabou sendo difundida no mundo e ingressando no ordenamento jurídico de outros países, dentre os quais, o Brasil, sob a denominação de responsabilidade subjetiva, em que pese, registra-se, atualmente se encontrar em declínio diante da criação da “teoria da responsabilidade objetiva”.

Com efeito, com o desenvolvimento da sociedade, a teoria da responsabilidade subjetiva passou a ser insuficiente para dirimir os novos conflitos, uma vez que a complexidade das atuais relações entre as pessoas acabou por dificultar a comprovação da culpa, o que geralmente acarretava na ausência de reparação.

Como aduzem Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 12), “... tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico”.

Para solucionar surge a “teoria do risco”, que culminou com a citada “responsabilidade objetiva”, a qual se contenta, nos casos expressos em lei, com a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre ambos, dispensando a culpa como elemento imprescindível para a imposição do dever de reparar.

O dano, a partir de então, passou a ser encarado como o elemento principal e responsável da responsabilidade civil (“ciência da reparação do dano”), deixando-se de lado a culpa, tanto que atualmente já é inclusive discutida por parte da doutrina como elemento necessário e indispensável da responsabilidade em geral.

Sem pretender ingressar na discussão, o certo é que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a admitir a coexistência da responsabilidade civil subjetiva (art. 186), para aqueles que agem com dolo ou culpa, e da objetiva (art. 927, parágrafo único), para o autor do dano que desempenha atividade de risco.

2.6 Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é fundada na “teoria da culpa”, ou seja, exige para a responsabilização do agente que o dano por ele provocado tenha decorrido de uma ação ou omissão culposa ou dolosa.

Esta responsabilidade era a regra do Código Civil de 1916, que previa raras exceções onde a culpa era presumida ou dispensável para o surgimento do dever de reparação de danos. Atualmente, com a vigência do novo Código, a responsabilidade civil subjetiva cedeu espaço para a objetiva, que passou a ser a “menina dos olhos” da nova sistemática civil imposta, fruto de profundas alterações no pensamento doutrinário, jurisprudencial e da própria e natural evolução social.

A par disso, contudo, a responsabilidade civil fundada na culpa não deixou de existir, figurando na legislação como uma regra geral, incidente sempre que não houver ressalva legal expressa da responsabilidade objetiva, ou quando a atividade normalmente exercida por alguém implicar na ideia de risco, hipóteses em que restará dispensada a prova da culpa.

Como nos ensina Cavalieri Filho (2010, p. 23), o atual Código Civil traz uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, formada a partir da comunhão dos artigos 927, *caput*, e 186. Com efeito, na forma do artigo 927, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Como se denota, o mencionado dispositivo é incompleto, uma vez que não conceitua ato ilícito. Surge, então, a necessidade do complemento contido no artigo 186, *in verbis*:

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.

Identificada a cláusula geral da responsabilidade subjetiva, depreende-se a necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos para o surgimento do dever de indenizar: 1) conduta; 2) culpa; 3) dano; e 4) nexo de causalidade. Provando-se a ausência de qualquer destes elementos, excluída estará a

responsabilidade civil, razão pela qual se mostra de suma importância o estudo individualizado, ainda que resumidamente, de cada um deles.

2.6.1 Conduta

O léxico de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2000, p. 171) nos informa que o vernáculo “conduta” significa procedimento, comportamento. Nos termos do artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, para que este comportamento gere efeitos na órbita jurídica, é preciso que se materialize através de uma ação ou omissão humana voluntária geradora de um dano. Portanto, não é qualquer procedimento que implica em responsabilidade civil, devendo a conduta se revestir de determinados requisitos para figurar como o seu primeiro elemento, conforme demonstraremos abaixo.

2.6.1.1 Ato humano e voluntariedade

Para fazer nascer a responsabilidade civil, é imprescindível que o dano tenha advindo de um ato humano voluntário.

Por tal razão, danos provocados por eventos naturais, por si só, não conduzem ao dever de ressarcimento. De igual modo, haverá exclusão da responsabilidade se o dano for resultante de um ato inconsciente, a exemplo do provocado por uma pessoa em estado de sonambulismo ou por ato reflexo. Assim, aquele que teve um espasmo muscular, vindo a atingir terceiro que se encontrava nas proximidades, derrubando-o ao solo e lhe causando lesões, não poderá ser compelido a arcar com os custos delas decorrentes. Também exclui a conduta e, por

consequente, a responsabilidade civil, a coação física irresistível, em que uma pessoa se transforme em mero objeto de ilícito alheio. É a situação em que alguém, visando ferir um desafeto, empurra um indivíduo que estava nas proximidades, arremessando-o contra o inimigo e lhe causando ferimentos. Neste caso, como o elemento volitivo restou tolhido, não há falar-se em conduta para fins de responsabilização, a qual deverá ser atribuída àquele que praticou o ato de empurrar, já que produziu um comportamento voluntário causador de um dano.

Portanto, para caracterização do primeiro elemento integrante da responsabilidade civil, é preciso que a conduta seja derivada de um comportamento humano (ainda que por intermédio de pessoa jurídica), bem como seja voluntário, exigindo-se que a pessoa tenha consciência do que esteja fazendo.

Neste ponto, mostra-se imperioso advertir que voluntariedade não se confunde com intenção de provocar um dano, que é outro requisito da responsabilidade subjetiva – culpa *lato sensu* (até porque a conduta voluntária não é uma exclusividade da espécie de responsabilidade ora em análise, sendo elemento integrante também da responsabilidade objetiva, que dispensa intenção de causar dano). O elemento volitivo da conduta se traduz na possibilidade de domínio do ato material praticado, isto é, deve haver verdadeira sujeição do comportamento à vontade da pessoa, que detém livre arbítrio em praticá-lo ou não.

Com precisão, Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 28) sintetizam o esposado:

Em outras palavras, a *voluntariedade*, que é a pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a *consciência daquilo que se está fazendo*. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na culpa), mas também na responsabilidade objetiva (calcada na idéia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

É exatamente tal circunstância que justifica a possibilidade de responsabilização de um menor ou doente mental por seus atos, pois, mesmo na

sua precária forma de valoração, detêm domínio sobre os seus atos, ostentando voluntariedade, a despeito de não ter capacidade.

Mais uma vez nos valem das argutas preleções de Gonçalves (2007, p. 40):

A exigência de um fato “voluntário” na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou demente. Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem. Fato voluntário equivale a fato controlável ou dominável pela vontade do homem.

Nesta situação, para excluírem a responsabilidade, não podem os responsáveis pelos incapazes alegar ausência de consciência de ilicitude, mas podem argumentar ausência de voluntariedade, provando, por exemplo, que o dano foi resultante de um ato reflexo ou de força da natureza.

2.6.1.2 Conduta positiva e negativa

O artigo 186 do Código Civil revela que a conduta se exterioriza através de uma ação ou omissão.

A ação consiste em um comportamento positivo, comissivo, um fazer que ocasiona dano a outrem. Advém, portanto, da não observância do dever a todos imposto de se abster de causar prejuízo alheio. Esta forma positiva de agir se manifesta, por exemplo, quando alguém pratica ato que cause lesão, morte, abalo psicológico a pessoas e danos a objetos.

A omissão, por seu turno, é um não fazer, uma conduta negativa, uma simples abstenção. Por si só, não produz qualquer efeito, tampouco responsabilidade civil, já que, em regra, não é meio idôneo a causar danos. Para que ganhe relevância jurídica, é preciso que a lei, um contrato, ou um risco

anteriormente criado pelo omitente, impõem o dever de agir para impedir um resultado danoso.

A esse respeito, são dignas de notas as pontuações feitas por Cavalieri Filho (2010, p. 24/25):

Somente os pais, por exemplo, respondem civil e penalmente, pela omissão de alimentar dos filhos, porque a eles cabe o dever legal de alimentá-los; somente o médico contratado pelo paciente, ou que está adstrito ao atendimento, responde pela falta desse atendimento, porque assumiu a posição de garantidor (ou garante) da não ocorrência do resultado, e assim por diante.

Em suma, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Se assim não fosse, toda e qualquer omissão seria relevante e, conseqüentemente, todos teriam contas a prestar à Justiça.

A omissão, portanto, não gera o dano, mas este pode ser impedido se for praticada uma determinada ação (o agente opera na causa, impedindo que o dano se verifique). Por exemplo, uma pessoa dirigindo veículo automotor em via pública se depara com um ciclista ferido no acostamento, vítima de um atropelamento. Obviamente, não poderá ser responsabilizado pelo abalroamento, o qual deverá ser imputado ao agente que praticou a ação de atropelar, todavia, poderá ser responsabilizado se não prestar socorro e disso advier morte ou agravamento do seu estado. Nesta hipótese, a lei determina uma ação (prestar socorro) e, nada obstante, o agente *voluntariamente* se omite, permitindo que o dano ocorra quando poderia ser evitado com uma conduta positiva.

2.6.1.3 Responsabilidade direta e indireta

Tem-se a responsabilidade direta quando alguém, por sua própria conduta, pratica um ato que causa danos a terceiros. É a regra do sistema da

responsabilidade e se respalda no princípio do *neminem laedere*, que expressa a máxima fundamentadora do instituto de “não lesar ninguém”. Se uma pessoa arremessa uma pedra contra uma vidraça, será diretamente responsável por sua reparação, arcando com todos os prejuízos causados.

Entretanto, a legislação civil também reconhece a responsabilidade indireta, em que o agente é responsabilizado por um dano não produzido por ele diretamente, mas por terceiros, coisas ou animais. Trata-se dos casos de *responsabilidade civil por ato de terceiro, pelo fato da coisa ou pelo fato de animal*, decorrentes da omissão no dever de guarda, cuidado, vigilância ou escolha. Nas bem abalizadas palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 25), “em última instância, estas pessoas não respondem por fato de outrem, mas pelo fato próprio da omissão”. Cita-se, a título de exemplo, a situação de uma criança que arremessa uma pedra na vidraça da vizinha, levando o seu responsável legal ao dever de indenizar. Malgrado o incapaz ter sido o causador do dano, e não o seu responsável legal, este será indiretamente responsabilizado por ter se omitido do dever de guarda.

2.6.1.4 Ato ilícito

A cláusula geral da responsabilidade civil insculpida no artigo 927 do Código Civil traz como pressuposto do dever de indenizar a realização de um ato ilícito, o qual vem conceituado nos artigos 186 e 187 do mesmo diploma. No magistério de Venosa (2010, p. 25), “na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame da transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito”.

Assim, ato ilícito nada mais é do que um atuar-se de modo contrário ao Direito, consubstanciando-se, portanto, em um comportamento antijurídico causador de um dano. Registre-se que não escapa da noção de ato ilícito a conduta que, a despeito de amparada por um direito, “excede manifestamente os limites impostos

pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187, CC), tratando-se da figura do abuso de direito.

No entanto, o ato ilícito não é um elemento necessário da responsabilidade civil, muito embora seja a regra do instituto a realização de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico para fazer nascer o dever de indenização. Na responsabilidade objetiva, como veremos, o ônus ressarcitório será imposto, não necessariamente pela prática de um ato ilícito, mas pelo desenvolvimento de uma atividade de risco. Mesmo na responsabilidade subjetiva encontramos vários exemplos na legislação em que, nada obstante inexistir ato ilícito, a lei impõe a obrigação de reparação a uma conduta causadora de prejuízo. Por exemplo, a lei civil permite que alguém, diante de um perigo iminente, pratique os atos necessários para salvar-se, ainda que isso cause lesão a terceiros (estado de necessidade). Porém, mesmo sendo ato lícito, persistirá o dever de indenizar os danos causados se a pessoa lesada não foi a causadora da situação de perigo.

Nessa linha de raciocínio, ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 31):

Sem ignorarmos que a antijuridicidade, como regra geral, acompanha a ação humana desencadeadora da responsabilidade, entendemos que a imposição do dever de indenizar poderá existir *mesmo quando o sujeito atua licitamente*. Em outras palavras: *podrá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal*.

Por isso não se pode dizer que a ilicitude acompanha necessariamente a ação humana danosa ensejadora da responsabilização (destaque no original).

Gonçalves (2007, p. 34) tem a mesma forma de pensar:

Em outros casos, ainda, a obrigação de indenizar pode nascer de fatos permitidos por lei e não abrangidos pelo chamado risco social. Alguns exemplos expressivos podem ser mencionados, dentre outros: o dos atos praticados em estado de necessidade, considerados lícitos pelo art. 188, II, do Código Civil, mas que, mesmo assim, obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa, como prevê o art. 929 do mesmo diploma; o do dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (art. 1.285 do CC); o do proprietário que penetra no imóvel vizinho para fazer limpeza, reformas e outros serviços considerados necessários (art. 1.313 do CC).

Em resumo, podemos afirmar que o ato ilícito, como regra, está presente na conduta causadora de um dano e ensejadora de responsabilidade civil. Entretanto, a lei excepciona determinadas hipóteses, obrigando a reparação de um dano causado por um comportamento não contrário ao ordenamento jurídico.

2.6.2 Culpa

Não é qualquer conduta que leva ao dever de ressarcimento. A cláusula da responsabilidade subjetiva estampada no art. 186 do Código Civil dispõe que comete ato ilícito aquele que viola direito e causa dano a outrem “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. A ação ou omissão pressupõe, portanto, a caracterização de culpa, elemento exclusivo desta modalidade de responsabilidade, que pode ser entendida, em linhas gerais, como a violação de um dever jurídico, seja de forma intencional ou oriunda de um agir displicente.

O *Codex* traz previsão de culpa em sentido amplo (*lato sensu*), abrangendo o dolo, consistente na intenção de violar um dever jurídico, impondo danos a terceiros, bem ainda a culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), decorrente da violação do dever de cuidado a todos imposto. Cavalieri Filho (2010, p. 31) ensina que “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado”.

Convém salientar a distinção de dolo e culpa feita por Diniz (2011, p. 58):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se

reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas conseqüências.

Como se pode observar, em termos de noções conceituais, não há distinção entre o dolo e a culpa civil e o dolo e a culpa penal. Porém, o Código Civil foi mais técnico que o Código Penal ao dispor dos atos integrantes da culpa em sentido estrito, estabelecendo como tais a imprudência e a negligência, enquanto que o Código Repressivo traz também expressamente a figura da imperícia, a qual, todavia, é englobada pelas duas primeiras.

Com efeito, a imprudência é um agir sem cautela, uma culpa por ação, ao passo que a negligência é a falta de atenção ao dever de zelo aplicável a toda pessoa, isto é, uma culpa por omissão. Já a imperícia pode ser caracterizada pela inobservância de uma norma técnica ou pela falta das habilidades exigidas para a execução de determinado ofício. Deste modo, se a imperícia se revestir de um ato positivo, poderá ser caracterizada como imprudência; por seu turno, se verificada omissivamente, a conduta restará absorvida pela negligência. Portanto, andou bem o legislador civil, corrigindo imperfeição técnica contida na lei penal, evitando um efeito pleonástico desnecessário.

Pertinentemente, Viana Pinto (2003, p. 76) explica que:

A ação ou omissão do agente, que resulta em ato lesivo, apresenta-se sob as formas de IMPRUDÊNCIA ou NEGLIGÊNCIA. Esta última figura engloba a idéia de IMPERÍCIA, diante de seu sentido amplo e abrangente.

A imprudência é a conduta do agente que age sem as cautelas necessárias. A negligência é a desatenção, quando deixa de prever o resultado que podia e devia ser considerado. A imperícia se reveste de inaptidão técnica, é a culpa profissional (destaque dado pelo autor).

A culpa em sentido estrito ainda pode ser graduada em grave, leve e levíssima, levando-se em conta a capacidade de discernimento do homem mediano.

A culpa grave decorre de uma desatenção fora dos padrões da normalidade, em que qualquer pessoa, nas mesmas condições, se agisse com o mínimo de zelo, poderia antever o resultado e impedi-lo. Rizzardo (2007, p. 6) ensina que este grau de culpa “se avizinha do dolo civil. Envolve uma crassa

desatenção e a violação de um dever comum de cuidado relativamente ao mundo no qual vivemos”. Pode ser verificada, por exemplo, nas situações em que uma pessoa assume a direção de um veículo automotor depois de ter ingerido grande quantidade de substância alcoólica.

A culpa leve, por sua vez, é aquela que advém de uma displicência comum, a que todos estão sujeitos. Nesta hipótese, se o agente tivesse atuado com um pouco mais de cuidado poderia ter evitado o resultado danoso. Cita-se a costumeira conduta de atender telefone celular ou trocar de rádio na direção de automóvel.

Por fim, como menor grau, a culpa levíssima só pode ser evitada por uma pessoa com qualidades acima do padrão normal, com especiais habilidades que a difere das demais. Imagine-se a situação de um veículo estacionado entre outros dois em uma íngreme subida com pequeníssimo espaço para manobra. Neste caso, o dano até pode ser evitado, mas se exige do motorista habilidades incomuns, ausentes na maioria das pessoas.

É importante anotar que, para fins de ressarcimento, a princípio, pouco importa tenha a pessoa agido com dolo, culpa grave, leve ou levíssima, tendo em vista que, nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isso quer dizer que, causado um dano, este deve ser integralmente reparado, sendo indiferente o fato de o agente ter querido causá-lo ou tenha o provocado por não ter agido com zelo. Entretanto, destaca o parágrafo único do mesmo dispositivo que o juiz poderá reduzir equitativamente o valor do montante indenizável se houver excessiva desproporção entre a culpa e o dano. Neste ponto, Viana Pinto (2003, p. 77) aduz que esta norma “é um freio que se coloca à voracidade de determinadas vítimas que, sem a menor cerimônia ou constrangimento, pleiteiam cifras abusivas para ressarcir muitas vezes ações culposas extremamente leves”.

Conclui-se, assim, que por mais leve que seja a culpa, jamais haverá a exclusão da responsabilidade, nada obstante possa o juiz reduzir o valor da indenização se a concorrência do agente para o dano tiver sido mínima.

2.6.2.1 Previsibilidade

A doutrina, de forma consensual, exige para a caracterização da culpa o elemento da “previsibilidade”, assim entendida como a possibilidade de antever o resultado danoso. Em outras palavras, só poderá ser responsabilizado o agente que, mesmo tendo em mente a conseqüência da sua conduta, pratica-a, quando poderia ter se absterido e, com isso, evitado o dano. Mesmo que não haja previsão do resultado, ou seja, ainda que o agente não se antecipe à ocorrência do dano, desenvolvendo uma representação mental de sua realização, ainda persistirá a responsabilidade se o evento danoso for ao menos previsível, provando-se que no caso concreto existia a possibilidade de previsão e, a despeito disso, o causador do dano não mediu as conseqüências de seu ato.

Sendo imprevisível o resultado, não haverá falar-se em responsabilidade civil, pois haverá o transbordo dos limites da culpa, ingressando-se no campo do caso fortuito e da força maior que, como será abordado mais adiante, rompe o liame entre a conduta e o dano.

Na doutrina do insigne Gonçalves (2007, p. 298):

[...] Embora involuntário, o resultado poderá ser previsto pelo agente. Não o sendo, terá de, pelo menos, ser *previsível*. Esse o limite mínimo da culpa – a previsibilidade, entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, conseqüentemente, evitado.

Não havendo previsibilidade, estaremos fora dos limites da culpa, já no terreno do *caso fortuito* ou da *força maior*. Ninguém pode responder por fato imprevisível porque, na realidade, não lhe deu causa.

Cavaliere Filho (2010, p. 36), dispensando maior atenção sobre o assunto, estabelece dois critérios em que o magistrado deve se debruçar para a aferição da previsibilidade, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro critério toma como parâmetro a previsibilidade do homem médio, que é aquela exigida da pessoa

comum, de conhecimentos medianos, que deve observar o dever de cuidado ordinário imposto à sociedade. O segundo critério se volta às condições pessoais do agente, tais como idade, sexo, grau de instrução, cultura etc.

Portanto, uma mesma conduta, praticada nas mesmas condições por agentes distintos, poderá ou não ser revestida do elemento culpa, dependendo de circunstâncias pessoais que indiquem maior ou menor capacidade de antever o resultado e impedir sua ocorrência.

2.6.3 Dano

Como destacado no capítulo introdutório, a responsabilidade civil é a ciência de reparação de danos. Trata-se de um instituto do Direito Civil responsável por disciplinar e regular normas voltadas ao ressarcimento de lesões causadas em bens jurídicos.

Assim, o dano é, sem dúvidas, o elemento mais importante e presente em toda e qualquer espécie de responsabilidade civil, em torno do qual se dispensa constantes estudos visando a sua reparação integral. Não por outro motivo, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 72/73), com habilidade, dispõe que: “O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haverá que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

Para este trabalho, o estudo do dano apresenta relevância ainda mais acentuada, mormente porque compreende a noção da perda de uma chance, tema a ser enfrentado, motivo pelo qual terá reservado para si um capítulo próprio.

2.6.4 Nexo de causalidade

Analisadas a conduta e a culpa, cumpre agora destacar o elemento da responsabilidade civil responsável por interligá-las. O nexo de causalidade é o vínculo entre a ação e o prejuízo, ou seja, é a necessária relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso verificado no caso concreto.

A título de ilustração, supõe-se que uma pessoa tenha dado uma paulada em outrem, quebrando-lhe o braço. Tem-se, de um lado, a conduta, consistente no ato da agressão e, de outro, o dano, verificado na lesão experimentada pelo ofendido. O nexo causal repousará na causa do dano, ou seja, na paulada desferida. O dano tem que ser, portanto, a consequência lógica e natural da ação ou omissão do agente.

Sobre o liame em estudo, Diniz (2011, p. 127) explica que:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se 'nexo causal', de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

A análise deste elemento é mais fática do que propriamente jurídica, motivo pelo qual o legislador pouco tratou deste assunto, delegando tal missão aos cientistas e aplicadores do Direito. Apesar de parecer fácil a sua compreensão e identificação, o nexo de causalidade é o responsável pelos grandes embates nos Tribunais envolvendo a responsabilidade, apresentando na prática dificuldade ímpar na sua perfeita caracterização, principalmente quando concorrem para o dano diversas causas.

A preocupação com o nexo se justifica na medida em que não haverá responsabilidade sem a sua comprovação, o que não é das tarefas mais fáceis. Antes mesmo de se averiguar a existência de dolo ou de culpa, necessário se faz constatar a causa do prejuízo. Aliás, mesmo na responsabilidade objetiva, em que a

presença da culpa é irrelevante, será imprescindível a demonstração inequívoca de que o dano se vincula à conduta do agente para haver o dever de indenizar.

Com precisão, Venosa (2010, p. 57) pontua as dificuldades do tema:

Na identificação do nexu causal, há duas questões a serem analisadas. Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Avulta a importância da definição do nexu causal em face da preponderância atual da responsabilidade objetiva. A ausência do nexu causal é, na verdade, nesse campo, a única defesa eficaz que tem o indigitado pela indenização.

A este respeito, Tartuce (2010, p. 367) assevera que:

(...) a responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar.

Por esta razão, como será abordado adiante, muitas causas excludentes da responsabilidade civil incidem justamente sobre o liame causal, porquanto, uma vez anulado, nulo também será o dever de reparação. Deste modo, rechaçar o nexu acaba sendo a defesa mais utilizada por aqueles sob os quais recai a imputação da prática de um dano, exatamente por ser o meio mais eficaz de eliminar a responsabilidade civil.

2.6.4.1 Teorias explicativas

Muitas teorias foram desenvolvidas pela doutrina com o escopo de tentar explicar o nexos causal, das quais três se sobrepuseram, merecendo análise mais acurada.

A primeira delas, adotada no Direito Penal, é a “teoria da equivalência das condições” (ou *conditio sine qua non*), a qual apregoa ser nexos causal tudo aquilo que concorrer para o dano. Para esta teoria, para se saber se uma determinada condição é ou não causa, deve-se fazer uma eliminação hipotética, abstraindo-a mentalmente do desencadeamento lógico dos fatos a fim de verificar se o dano ainda assim teria ocorrido. Se positivo, é causa; se negativo, não é causa.

Para ilustrar, imagine-se que determinada pessoa pretenda matar seu desafeto por envenenamento. Para tanto, compra um bolo, inserindo nele certa substância hostil para a saúde humana, servindo-o a pretensa vítima, a qual acaba vindo a óbito em razão de sua ingestão. Para a teoria da *conditio sine qua non*, não só a conduta de servir o bolo envenenado é causa, como também o é o procedimento do boleiro que preparou o bolo, já que, se eliminado este fato, o evento morte não teria ocorrido. De igual modo, é causa para a morte a conduta do fornecedor de farinha do boleiro, pois, sem esta, o bolo não teria sido preparado, envenenado e servido à vítima. Também seria causa a venda de sementes de trigo da farinha usada no bolo pelo agricultor ao fabricante, e assim sucessivamente. Por esta doutrina, podemos chegar ao absurdo de afirmar que Deus também seria o responsável pela morte em questão, já que, se não tivesse criado o homem, este não teria se reproduzido até a data de nascimento do homicida, o qual não teria dado cabo à vida da vítima. Enfim, a responsabilização seria infinita.

Em razão desta imprecisão e falta de limites, a teoria da equivalência das condições foi desprezada pelos estudiosos do Direito Civil. Em seu curso, Gonçalves (2007, p. 330-331) sintetiza a crítica que se faz a esta corrente:

Tal teoria, entretanto, pode conduzir a resultados absurdos dentro do direito. Tem, por isso, recebido críticas, como, por exemplo, as de que o nascimento de uma pessoa não pode, absolutamente, ser tido como causa do acidente de que foi vítima, embora possa ser havido como condição *sine qua non* do evento; na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez tivesse de responsabilizar, também, o participante do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso.

Visando superar as deficiências da teoria anterior, criou-se a “teoria da causalidade adequada”, a qual considera como causa, dentre as diversas condições propiciadoras do resultado danoso, somente aquela idônea para, por si só, produzi-lo. Nesta linha, para identificar o nexos, deve o julgador se valer de sua experiência da vida comum e ponderar, em um juízo de probabilidade, qual foi a condição determinante do prejuízo, excluindo todas as demais. Aproveitando o exemplo supra, não se precisa de muito esforço para identificar como causa a conduta do agente de envenenar o bolo, pois se consubstancia no único meio hábil para produzir o resultado morte dentre todas as condições concorrentes.

Seguidor deste pensamento, Cavalieri Filho (2010, p. 49) sintetiza a teoria:

Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorrerem para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.

Por fim, ganha destaque na doutrina a “teoria da causalidade direta e imediata”. Esta teoria, também chamada de teoria da interrupção do nexos causal, muito se assemelha à anterior, podendo se chegar à mesma conclusão em ambas. Ganha, todavia, mais objetividade ao determinar como causa tão somente o antecedente necessário a ocorrência do dano, consequência direta e imediata da

conduta humana. Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 91) citam em sua obra um esclarecedor e clássico exemplo da aplicação desta teoria:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, *como efeito direto e imediato*, apenas a lesão corporal.

A doutrina e a jurisprudência são tranquilas quando negam vigência à teoria da equivalência das condições ao Direito Civil. Entretanto, digladiam quanto à teoria adotada pelo Código Civil, ora defendendo a teoria da causalidade adequada, ora da causalidade direta e imediata, fazendo cada vertente uma interpretação diversa do que dispõe o art. 403 daquele diploma, *in verbis*: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (grifamos).

Tamanha é a divergência que não é possível apontar uma corrente predominante. Cita-se, por exemplo, como defensores da adoção da teoria da causalidade direta os insígnis doutrinadores Cavalieri Filho (2010, p. 50) e Tartuci (2010, p. 368), e da teoria da causalidade direta e imediata os igualmente cultos Gonçalves (2007, p. 332), Venosa (2010, p. 57) e Rizzardo (74-76).

Como não nos é dado ingressar nesta discussão, por escapar do nosso propósito, cumpre apenas salientar que pouca repercussão prática terá a adoção de uma ou outra teoria, pois, como dito, ambas acabam chegando a um mesmo denominador. O que importa é o lesado provar que seu dano foi causado por determinada conduta para fazer jus a indenização.

2.7 Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade civil é um instituto em constante evolução. Desde a época da vingança privada os cientistas do Direito vêm desenvolvendo estudos e criando teorias para o seu aperfeiçoamento, sobretudo em razão da dinamicidade característica das sociedades.

Durante muito tempo prevaleceu os ideais romanos da *Lex Aquilia*, responsável por introduzir a noção de culpa à responsabilidade, o que não deixou de representar considerável evolução do pensamento até então vigente. Houve a necessidade de estabelecer um elemento subjetivo, impedindo que todo e qualquer dano pudesse ser imputado a quem não agisse impelido por um móvel determinante do comportamento. Tais concepções influenciaram o Direito Francês por meio do Código Napoleônico, refletindo seus efeitos no ordenamento brasileiro quando da elaboração do Código Civil de 1916 pelo inigualável Clóvis Bevilacqua.

Para aquela época, a responsabilidade subjetiva se mostrava apropriada para resolver os conflitos existentes, pois a simplicidade das relações cotidianas favorecia a prova da culpa sem grandes dificuldades. Todavia, como não poderia deixar de ser, a sociedade evoluiu, com desenvolvimentos tecnológicos até então inimagináveis, espalhando efeitos sobre as indústrias, os meios de transporte, as construções civis, as formas de energia, os meios de comunicação etc. Ainda, em razão do crescimento populacional, novos serviços foram colocados à disposição das pessoas, as quais cada vez mais ficam deles a mercê.

Comentando este momento histórico, Tartuce (2010, p. 307) dispõe:

O estrondo industrial sentido na Europa com a segunda Revolução Industrial, precursora do modelo capitalista, trouxe conseqüências jurídicas importantes. De acordo com a aclamada *teoria do risco* iniciaram-se os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificou a aplicação da nova tese da responsabilidade sem culpa. Mesmo com resistências na própria França, a teoria da responsabilidade sem culpa prevaleceu no direito alienígena, atingindo também a legislação de nosso país.

As relações entre as pessoas passaram, então, a ficar mais complexas, de modo que muitos danos causados por determinadas atividades praticamente tornavam nula a prova da culpa. Em meio a estes eventos, foi desenvolvida a “teoria do risco”, com o fito de possibilitar a responsabilização sem a necessidade de se provar culpa daqueles que desenvolverem atividades que, por suas naturezas, acarretarem risco a direitos de terceiros. Nascia, assim, a responsabilidade civil objetiva.

Como destacado, no Brasil, o Código Civil revogado privilegiou a responsabilidade fundada na culpa, salvo poucas exceções em que esta era dispensada. Ficou a cargo da legislação extravagante, portanto, em um primeiro momento, criar novas normas para acompanhar as recentes concepções, a exemplo da Lei nº. 6.453/1977 (responsabilidade civil por danos nucleares), da Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), da Lei nº. 6.938/1981 (responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente), além da própria Constituição Federal que, em seu art. 37, §6º, trouxe a previsão da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Com o advento do Novo Código Civil em 2002, o legislador, a despeito de não eliminar a responsabilidade subjetiva (que continuou a ser a regra), conferiu grande destaque a responsabilidade objetiva ao estabelecer no art. 927, parágrafo único, que “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”.

Desta norma, extrai-se que haverá a responsabilidade objetiva sempre que a lei expressamente assim dispuser, ou quando determinada atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem. Na primeira hipótese não existem grandes indagações. Quando o art. 927 se refere a “lei”, obviamente está se referindo ao próprio Código Civil e às demais leis especiais. Destarte, a lei codificada, além da cláusula geral da responsabilidade independente de culpa, poderá descrever outros casos, tal como ocorre nas seguintes situações (rol exemplificativo):

- 1- Responsabilidade por fato de terceiro (art. 932);

- 2- Responsabilidade por fato de animal (art. 936);
- 3- Responsabilidade pela ruína de edifício ou construção (art. 937);
- 4- Responsabilidade pela queda ou lançamento de objeto de prédio (art. 938);
- 5- Responsabilidade por abuso de direito (art. 187 c.c. art. 927);
- 6- Responsabilidade do empresário pelos produtos postos em circulação (art. 931);
- 7- Responsabilidade pela cobrança de dívidas vincendas (art. 938);
- 8- Responsabilidade por dívida já paga, no todo ou em parte (art. 939).

Além disso, o legislador poderá prever responsabilidade objetiva na legislação especial, como o faz nos seguintes exemplos:

- 1- Responsabilidade do fornecedor pelo fato ou vício do produto ou serviço, nos casos de relação de consumo (arts. 12, 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor);
- 2- Responsabilidade por danos ambientais (Lei nº. 6.938/1981);
- 3- Responsabilidade por danos nucleares (Lei nº. 6.453/1977).

O grande imbróglio repousa sobre a segunda hipótese, que traz um conceito jurídico indeterminado, típico na novel legislação codificada, suscitando interpretação da doutrina e da jurisprudência para o estabelecimento do seu alcance em face do caso concreto. Quis o legislador, diante da infinidade de casos que poderiam caracterizar situações de risco e, portanto, ante a impossibilidade de esgotá-los em textos expressos de lei, deixar a cargo dos estudiosos enquadrar o quadro fático levado ao Judiciário à desnecessidade de se provar culpa do causador do dano.

Nada obstante, a doutrina vem se debruçando sobre o tema, visando conferir alguns critérios para a aplicação da norma e, assim, ao menos minimizar os riscos (sem trocadilhos!) causados à segurança jurídica a par da imprecisão de sua cláusula.

Neste sentido, Maurício Pessoa, em artigo publicado na obra de coordenação de Nery e Donini (2009, p. 413-414), leciona:

O primeiro desses elementos é a 'atividade normalmente desenvolvida'. Dele resulta que a atividade, capaz de gerar responsabilidade objetiva, deve ser exercida pelo autor do dano de forma habitual e regular e não esporádica e eventual. O segundo, por sua vez, é o que se refere expressamente à atividade perigosa, como tal entendida aquela que, atendido o critério da normalidade média revelada pela experiência comum e, quando possível, por critérios técnicos, apresentar-se como potencialmente lesiva aos interesses de outrem.

Sempre bom destacar o entendimento dos juristas baianos Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 139):

No nosso entendimento, ao consignar o advérbio 'normalmente', o legislador quis referir-se a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com *regularidade* atividade potencialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Somente essas pessoas, pois, empreenderiam a mencionada atividade de risco, apta a justificar a sua responsabilidade objetiva...

[...] Em nosso entendimento, o exercício dessa atividade de risco pressupõe ainda a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito).

Como se pode observar, não há dissenso na doutrina quanto à definição do conceito jurídico indeterminado estampado no parágrafo único do art. 927 do *Codex*, entendendo-se como “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, aquela exercida com habitualidade, com regularidade, dotada de potencialidade nociva ao direito das pessoas. Fica, de qualquer forma, ao prudente arbítrio do julgador o enquadramento da atividade causadora de um dano como sendo de risco ou não.

Portanto, para esta modalidade de responsabilidade civil basta a verificação da existência de uma conduta, de um dano e de um elo entre ambos, prescindindo a prova da culpa, indiferente frente ao risco assumido pelo agente quando decidiu desempenhar uma determinada atividade.

Norris (2010, p. 197), com clareza, assevera:

Finalmente, como conseqüência do instante intermediário, surgiu a *teoria do risco*. Através desta *teoria*, e do seu consectário *risco-criado*, ao invés de se exigir que o ato seja resultante dos elementos já mencionados no tópico anterior (culpa, dano e vínculo causal), a responsabilidade civil encontra-se na ligação entre os pólos *dano* e *autoria*, ou seja, basta apenas observar se houve determinado evento, e se deste surgiu algum prejuízo. Em outras palavras, responderá civilmente pelo dano aquele que, em virtude da atividade empreendida, expõe alguém a risco de sofrer um dano.

Registra-se, no mais, que a responsabilidade civil objetiva não é o mesmo que responsabilidade sem culpa. Esta poderá ou não ocorrer, sendo absolutamente irrelevante para a imposição da responsabilização do causador do dano.

2.8 Causas Excludentes

Causas excludentes são as circunstâncias que isentam o causador do dano do dever de reparação por atacar um ou mais elementos constitutivos da responsabilidade civil.

Como já adiantado em tópicos anteriores, o pressuposto mais afetado por estas causas é o nexo de causalidade, tendo em vista que impede a imputação do resultado à conduta do agente, fazendo desaparecer sua responsabilidade, como ocorre no caso fortuito e na força maior, na culpa exclusiva da vítima e no fato de terceiro. Nada obstante, a própria conduta voluntária poderá ser questionada ante o afastamento legal de sua ilicitude nos casos de estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal. Veremos agora cada um destes institutos.

2.8.1 Estado de necessidade

Aduz o art. 188, II, do Código Civil que não constituem ato ilícito “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Em complemento, diz o parágrafo único deste mesmo dispositivo que “... o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Assim, encontra-se em estado de necessidade a pessoa que, diante de uma situação de perigo por ele não provocada intencionalmente, sem excessos, causa danos à pessoa ou coisa alheia, com o intuito de proteger direito de valor igual ou superior ao sacrificado. Conceituando o instituto, Viana Pinto (2003, p. 31/32) dispõe o que segue:

ESTADO DE NECESSIDADE é a condição da pessoa que, para evitar um mal maior, ou salvaguardar de perigo atual, - inevitável e não provocado intencionalmente – um direito ou determinados bens, próprios ou de outrem, pratica ato violador de normal legal, empregando para tal fim os meios menos prejudiciais do interesse alheio, que a lei tutela. O ESTADO DE NECESSIDADE pode ser atinente à vida ou à integridade física do agente ou de terceiro, à propriedade ou a qualquer outro bem jurídico prestes a ser lesado.

Importa anotar que os atos praticados não podem ir além do necessário para a remoção do perigo, haja vista que, como nos lembra Tartuci (2010, p. 559), “havendo excesso, mais uma vez, tanto poderá estar configurado o abuso de direito (art. 187 do CC) quanto o ato ilícito propriamente dito (art. 186 do CC)”, o que retira o caráter lícito da ação.

Frisa-se que, a despeito do estado de necessidade ser um ato permitido em lei, não há a isenção do dever de indenizar, salvo se a situação de perigo foi causada por aquele que suportou os danos praticados pelo agente, nos termos do que dispõe o art. 929 do Código Civil. No entanto, a lei civil garante ao autor do dano o direito de intentar ação regressiva contra o terceiro criador do perigo

para reaver a quantia que teve que desembolsar para reparar o prejuízo imposto à vítima.

Para estas colocações vale citar o elucidativo exemplo doutrinário consistente na hipótese da pessoa que, para evitar um atropelamento de um pedestre desidioso, arremessa seu automóvel sobre outro que estava devidamente estacionado, provocando-lhe danos. Em que pese a conduta altruísta do motorista, o ordenamento pátrio lhe impõe a obrigação de reparar o prejuízo causado pelo abalroamento, muito embora lhe faculte a possibilidade de, *a posteriori*, reaver o valor gasto para tanto do pedestre criador da situação de perigo.

2.8.2 Legítima defesa

Também indica o art. 188, I, do Código Civil ser ato lícito o praticado em “legítima defesa”, assim entendida como a conduta praticada para repelir injusta agressão, praticada para defesa própria ou de terceiro. Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 104), “a doutrina não recomenda a fuga como a conduta mais razoável a se adotar, uma vez que considera legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente não tenha atuado com excesso”. Desta maneira, tal como ocorre no estado de necessidade, é imprescindível que o agente utilize dos meios necessários para a repulsa à agressão dentre aqueles colocados à sua disposição, empregando-os com moderação e dentro dos limites da razoabilidade, sob pena de configurar excesso e eliminar a juridicidade do comportamento.

Vale destacar que se o agente, no proceder lícito de repulsa à injusta agressão, acabar por atingir terceiro inocente (*aberratio ictus*, para o Direito Penal), será obrigado a ressarcir todos os prejuízos por ele experimentados, cabendo-lhe, porém, regressar em face de seu agressor, contra quem era dirigida a ação de defesa (art. 930, parágrafo único, do Código Civil).

Registra-se, por derradeiro, que somente a legítima defesa real é abrangida pela presente escusa da responsabilidade civil, estando excluída a legítima defesa putativa (imaginária), que somente autoriza a exclusão da culpabilidade no Direito Penal. Nesta linha, se uma pessoa, vendo seu desafeto sacando algo de seu bolso, antecipa-se e lhe desfere tiros de revólver, quando, na verdade, aquele apenas retirava um isqueiro, não poderá invocar a legítima defesa para se eximir do dever de arcar com os custos decorrentes das lesões provocadas, muito embora dela possa se valer no juízo criminal para tentar elidir sua condenação.

2.8.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal

O art. 188, I, do Código Civil prevê ainda como lícita a conduta praticada no “exercício regular de um direito reconhecido”. Embora não exista regra explícita, observa Gonçalves (2007, p. 434), lembrando os ensinamentos de Frederico Marques, que o cumprimento de um dever legal está compreendido na noção de exercício regular de direito.

Nos termos desta regra, a nosso ver pleonástica e óbvia, está conforme o Direito quem exerce um direito que lhe foi reconhecido pelo ordenamento ou quem cumpre um dever imposto pelo Direito e, portanto, não está obrigado a reparar danos oriundos destes comportamentos, desde que não haja abusos. É o que justifica o policial a se valer do uso da força física moderada para conter um criminoso, o oficial de justiça a proceder ao arrombamento de uma porta e levar consigo bens de uma determinada residência, o médico a providenciar intervenção cirúrgica de pessoa acidentada, mesmo sem seu consentimento, o lutador de boxe da esbofetear seu adversário, dentro das regras do jogo, etc.

2.8.4 Caso fortuito e força maior

O Código Civil não faz qualquer distinção entre caso fortuito ou força maior, dispondo, em seu art. 393, parágrafo único, que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Diniz (2011, p. 132/133) ensina que nestes casos não há responsabilidade civil pela ausência de culpabilidade, diante da inevitabilidade. Assim, leciona que no caso fortuito e na força maior incidem dois elementos, um de ordem objetiva, consistente na inevitabilidade, e um subjetivo, consubstanciado na falta de culpa do agente no evento.

Em que pese haver certa divergência doutrinária, de importância meramente acadêmica, a esmagadora maioria da doutrina apregoa que caso fortuito revela um fato inesperado, que escapa à vontade do agente, tal como ocorre na quebra da barra de direção de um veículo automotor, o qual estava em dia com suas revisões. Já a força maior (ou *Act of God*) seria um fato da natureza, invencível pelo homem, causador de danos, como os terremotos, inundações, quedas de raio etc. Há doutrina, entretanto, que, tal como a legislação civil codificada, prefere não distinguir os institutos, considerando-os sinônimos, bem como existem aqueles que adotam invertem os conceitos.

Sobre o assunto, Almeida Santos e Cascardi (2011, p. 309) esclarecem:

A doutrina e a jurisprudência não são nada uniformes quando se trata de conceituar o caso fortuito e a força maior. O próprio Código Civil não cuidou de diferenciá-los, apenas esclareceu que ocorrem nas situações de **fato necessário**, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir (art. 393, parágrafo único, CC).

Alguns doutrinadores optam pela sinonímia na utilização das duas expressões. Outros autores entendem que o caso fortuito está ligado a fatos ou circunstâncias inelutáveis do homem, enquanto que a força maior a fatos da natureza (*act of God*). Há também quem entenda que os conceitos são exatamente inversos (destacado no original).

De qualquer forma, como dito, a discussão não repercute na prática, pois tanto o caso fortuito ou a força maior têm o mesmo poder de anular o dever de indenização, pois geram o rompimento do nexos causal entre a conduta e o dano sofrido pela vítima.

2.8.5 Culpa exclusiva da vítima

Quando se verifica culpa exclusiva da vítima, há um nítido rompimento da relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano suportado por aquela, fazendo desaparecer a responsabilidade civil. Com efeito, neste caso, o agente atua como mero instrumento, sendo a vítima a única responsável pelo acidente causador dos danos por ela experimentados. É a situação em que uma pessoa, visando se suicidar, arremessa-se sob as rodas de um automóvel que transitava regularmente em via pública. O motorista foi, assim, simplesmente um meio para as lesões causadas exclusivamente por culpa da vítima, a qual deverá arcar sozinha com os prejuízos suportados.

Convém ressaltar que se o agente, ainda que minimamente, concorrer para a produção do dano, deverá dividir com a vítima os prejuízos na proporção do grau de sua culpa, conforme regra ventilada no art. 945 do Código Civil.

2.8.6 Fato de terceiro

Quando o nexos de causalidade é rompido pelo comportamento de alguém, que não a vítima e o agente, tem-se a causa excludente do fato de terceiro. Do mesmo modo que ocorre na culpa exclusiva da vítima, o agente é novamente

utilizado como simples instrumento nas mãos de terceira pessoa, que o utiliza como meio para provocar danos à vítima. Tome-se como exemplo o comportamento de uma pessoa (terceiro) que empurra outrem (agente) sobre a vítima, provocando-lhe ferimentos.

Nesta hipótese, o terceiro deverá responder integralmente pelos danos causados, obviamente se advierem única e exclusivamente de sua conduta. Agora, se o agente concorrer para o resultado, os prejuízos impostos à vítima deverão ser rateados, na medida de suas culpas. Contudo, perante a vítima, ambos serão solidariamente responsáveis, nos termos do que dispõe o art. 942, parágrafo único, do Código Civil.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 117) enfatizam, porém, que há jurisprudência no sentido de que a vítima, como acontece no estado de necessidade, poderá demandar em face do agente causador do dano, reservando-se a este o direito de regresso contra o terceiro exclusivamente culpado pelo incidente. Nada obstante, externam entendimento diverso, no sentido de que o agente estará inteiramente exonerado do dever de reparação em razão da ausência de elo entre sua conduta e os danos.

3 O DANO E SUA REPARAÇÃO

3.1 Definição de Dano

Não haverá que se cogitar em responsabilidade civil sem a ocorrência de um dano. Uma pessoa até pode agir com dolo ou culpa, mas, se não causar prejuízos a ninguém, não será compelida a pagar indenização. Assim, se alguém imprudentemente atravessa uma via com sinal vermelho, se não colidir com terceiros, jamais será responsabilizado, ao menos civilmente. Do mesmo modo, se determinado indivíduo arremessa uma pedra contra o automóvel de seu desafeto, com o propósito deliberado de danificá-lo, se vier a errar o alvo, igualmente será isentado do dever de reparação.

Isso porque, visando evitar hipóteses de enriquecimento ilícito, o instituto em questão foi todo estruturado com a finalidade precípua de anular os prejuízos impostos injustamente a outrem ou, ao menos, minorar os seus efeitos. Somente de forma secundária incide uma função pedagógica ou punitiva, a fim de evitar a reiteração da conduta e prevenir a sociedade em geral, reforçando a necessidade de se observar o dever de cuidado objetivo a todos imposto. Em regra, portanto, o causador do dano somente é compelido a desembolsar exatamente o desfalque causado à vítima.

Nesse palmilhar, Gonçalves (2007, p. 337) adverte:

Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta.

Tamanha é a importância do dano para a responsabilidade civil que os autores baianos Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 35) o denominam de “pedra de toque” da ciência, salientando a imprescindibilidade de sua configuração em toda espécie de responsabilidade civil, seja contratual, extracontratual, subjetiva ou objetiva. Cavalieri Filho (2010, p. 72/73), por sua vez, após taxar o dano de “o grande vilão da responsabilidade civil”, faz interessante comparação entre o direito penal e o direito civil no que tange à exigência do dano para configuração de um ilícito, lembrando-nos que na área civil jamais seria admitido o que os penalistas chamam de “crime de mera conduta”, que se satisfaz com a simples realização da conduta definida no tipo como crime; por outro lado, o ilícito civil sempre seria um “delito material”, pois, além da realização de uma conduta, a lei exige a visualização de um resultado danoso.

Estabelecida sua importância, podemos definir o dano como sendo a lesão de um bem juridicamente tutelado pelo Direito, seja de ordem material, em que o patrimônio da vítima é afetado, ou de natureza extrapatrimonial, integrante dos chamados direitos da personalidade, configurando o famigerado dano moral. Sempre bom lembrar que até pouco tempo o Direito não contemplava o dano moral, tutelando apenas a efetiva diminuição no patrimônio da vítima, conceito este de dano hodiernamente estendido pela lei, acompanhando o novo entendimento que passou a predominar na doutrina e na jurisprudência.

3.2 Principais Espécies de Dano

Antes de apresentar as principais espécies de dano, é de suma importância esclarecer que o rol a seguir não é taxativo. À medida que a ciência do Direito vai evoluindo, novos danos são percebidos e incorporados no nosso ordenamento, tudo como forma de evitar que a vítima se veja privada de um integral ressarcimento pelos prejuízos injustamente experimentados. Para este momento,

porém, convém analisar apenas os “danos clássicos”, cuja existência e reparabilidade não encontram oposição na doutrina tradicional.

3.2.1 Dano patrimonial

O dano patrimonial, também chamado de dano material, consiste no prejuízo causado em bens, direitos ou conjunto de relações jurídicas integrantes do patrimônio de uma pessoa, dotados de valor econômico. Em outras palavras, dano patrimonial é todo aquele que pode ser mensurável em pecúnia.

Diniz (2011, p. 84), com clareza, fornece a sua definição:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação no uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano patrimonial, nos termos do art. 402 do Código Civil, pode afetar tanto o patrimônio presente da vítima, causando-lhe diminuição, quanto o futuro, impedindo o seu crescimento, classificando-se, conforme o caso, em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente, também chamado de dano positivo, é o desfalque presente no patrimônio do lesado, ou seja, é aquilo que efetiva e imediatamente se perdeu em razão da conduta do agente. Importa, portanto, na diferença de valor do bem jurídico antes e depois do ato ilícito, cuja indenização deve abranger tudo o que de fato se perdeu. Tomemos por exemplo a situação em que determinado motorista colide com um carro que se encontrava devidamente estacionado. O dano emergente consistirá no valor do conserto do veículo, se houver apenas avarias

passíveis de reparação, ou na quantia correspondente a outro automóvel equivalente, caso a perda seja total.

Já o lucro cessante diz respeito aos efeitos mediatos (futuros) do ato ilícito, abrangendo tudo aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar em razão da conduta do agente. É a frustração de lucro esperado, o qual teria se incorporado ao patrimônio da vítima se as coisas tivessem seguido seu curso normal, sem a interferência do sujeito. Imagina-se a situação de um médico que, em razão de uma lesão provocada por alguém, é impedido de exercer o seu labor por 30 dias. O lucro cessante, no caso, será consequência lógica do dano emergente (lesão), correspondendo às verbas que receberia nesse lapso se estivesse apto a desempenhar suas funções.

Em um único parágrafo, Rizzardo (2007, p. 17) distingue as mencionadas modalidades de dano material:

Quando os efeitos atingem o patrimônio atual, acarretando uma perda, uma diminuição do patrimônio, o dano denomina-se emergente *damnum emergens*; se a pessoa deixa de obter vantagens em consequência de certo fato, vindo a ser privada de um lucro, temos o lucro cessante *lucrum cessans*.

Ainda, a ideia de lucro cessante, em nosso ver, deve incluir, não só a potencial possibilidade de crescimento patrimonial, como também aquilo que se despendeu para a manutenção da atividade ordinária afetada pela conduta do agente. Melhor explicitando este entendimento, Venosa (2010, p. 324) assevera:

Assim, por exemplo, se a vítima teve seu veículo abalroado por culpa, deve ser indenizada pelo dano efetivo: valor dos reparos e eventual porcentagem de desvalorização da coisa pelo acidente. Deverá receber também o equivalente que a supressão desse bem representou de prejuízo, durante certo período, em seu patrimônio. Trata-se do lucro cessante. Destarte, se utilizava veículo para o trabalho, deverá receber o valor do aluguel de outro veículo representativo do período no qual a coisa ficou sem poder ser utilizada. Se, por exemplo, tratava-se de um taxista, deve ser avaliada a fêria média representativa dos dias em que o veículo ficou sem utilização. Se o veículo era utilizado para o lazer e para as atividades diárias, nem por isso deixa de haver direito ao lucro cessante, representado pelo valor que teve de ser despendido pela vítima para manter suas atividades normais sem a utilização do bem avariado.

Para a mensuração do lucro cessante, o legislador faz menção expressa ao princípio da razoabilidade no art. 402 do *Codex*, devendo o magistrado lançar mão de critérios racionais e bom senso para a fixação de seu *quantum*, com base em dados e informações levantados no processo que conduzam a certeza de que o lucro se incorporaria ao patrimônio da vítima se não fosse o ato ilícito, sob pena de caracterização de dano hipotético (também chamado de eventual, remoto ou imaginário), que não admite qualquer tipo de indenização.

Feitas estas colocações, salienta-se a existência de mais uma modalidade de dano material, que é exatamente a perda de uma chance, tema deste trabalho monográfico, inadmissível para a doutrina mais tradicional, que a confunde ora com lucro cessante, ora com dano hipotético, e até mesmo unicamente com dano moral.

3.2.2 Dano moral

Nem sempre se admitiu a tutela de danos morais, tendo em vista a originária noção de dano indenizável como sendo somente aqueles passíveis de redução patrimonial. No entanto, a história nos revela algumas normas que dispensaram preocupação com a reparação de lesões a determinados bens jurídicos de cunho não patrimonial.

Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 56/64) nos fornecem um breve estudo sobre os precedentes históricos do dano moral, revelando-nos algumas legislações primitivas que amparavam esta modalidade de dano.

Ensinam que o “Código de Hamurabi”, por exemplo, previa a possibilidade de retribuição de uma ofensa com outra ofensa idêntica (“olho por olho, dente por dente”) ou mediante o pagamento de certa importância em pecúnia. Citam também o “Código de Manu” como um avanço da codificação anterior, uma vez que

aboliu a reparação dos prejuízos por meio de idêntica ofensa ao lesante, determinando como sanção tão somente o pagamento de determinado valor. Da mesma forma, o “Alcorão” prevê repressão aquele que comete adultério e a “Bíblia Sagrada” repudia lesões à honra de mulher virgem, injúrias e falsos testemunhos contra o próximo. Destacam, por fim, a importância que a Grécia antiga e o Direito Romano dispensavam à honra, prescrevendo em suas ordenações o permissivo para sua reparação.

No Brasil, enquanto subordinado às Ordenações do Reino de Portugal, vigia a irreparabilidade do dano moral. Com a criação do Código Civil de 1916, a falta de autorização expressa da reparação de dano extrapatrimonial não contribuiu para a mudança de paradigma, em que pese ter fomentado a discussão com o emprego, no art. 159, das expressões “violar direito” e “causar danos a outrem”, que levaram a alguns estudiosos a interpretarem-nas de forma a englobar não só o dano patrimonial, mas também o moral.

Nada obstante, como o Direito é uma ciência em constante evolução, em que pese a resistência de alguns², não levou muito tempo para que a doutrina e jurisprudência comesçassem a convergir no que tange à reparabilidade de danos imateriais, influenciando o legislador que, por intermédio de leis especiais, trouxe disciplinas pontuais sobre o assunto. Cita-se exemplificativamente a “Lei de Imprensa” (Lei nº. 5.250/67), “Lei dos Direitos Autorais” (Lei nº. 5.988/73) e “Código Eleitoral” (Lei nº. 4.737/65).

O legislador constituinte não ficou a margem da discussão, colocando uma pá de cal sobre o assunto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não só prevendo expressamente a reparabilidade do dano moral, como também elevando o tema ao *status* de direito fundamental. Eis o texto da Magna Carta:

² Diniz (2011, p. 111/116), malgrado ser favorável à ressarcibilidade dos danos morais, cita em sua obra os principais argumentos daqueles que se posicionam contrariamente, a saber: 1) Efemeridade do dano moral; 2) Escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro; 3) Incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real; 4) Dificuldade de descobrir-se a existência do dano; 5) Impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral; 6) Indeterminação do número de lesados; 7) Imoralidade da compensação da dor com dinheiro; 8) Perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo; 9) Enriquecimento sem causa; 10) Impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação.

Art. 5º [...]

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sobrevindo nova legislação civil codificada em 2002, restou ao legislador adequar a lei infraconstitucional à previsão da Lei Maior, tomando esta providência ao reconhecer o dano moral no art. 186, passível, nos termos do art. 927 do mesmo diploma, de reparação.

Tecida esta breve abordagem histórica, podemos finalmente entender o dano moral como a ofensa dirigida à pessoa e não ao seu patrimônio. Trata-se da lesão dos bens jurídicos integrantes dos chamados direitos da personalidade, tais como honra, imagem, intimidade, nome, dignidade da pessoa humana, arrolados de modo exemplificativo nos artigos 1º, III, 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988, que resultam sofrimento, dor, angústia à vítima. Estes sentimentos, é bom que se diga, não são o dano moral, mas sua consequência, como bem anota Gonçalves (2007, p. 358):

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimenta os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

Obviamente que o dano moral reparável deve ser grave, cabendo ao magistrado diante do caso concreto ponderar se houve a ocorrência efetiva de abalo de estado de espírito da vítima ou um mero dissabor. Nesta esteira, Wald e Giancoli ensinam (2011, p. 95):

Não é possível, porém, qualificar como dano extrapatrimonial um mero dissabor, uma simples irritação, porquanto fazem parte da normalidade do nosso dia a dia. Viver em sociedade também exige tolerância.

Diniz (2011, p. 110) ainda preleciona que os danos morais podem ser diretos, consistentes na lesão a interesses contidos nos direitos da personalidade da vítima, ou indiretos, que significam ofensas a bens jurídicos dotados de patrimonialidade, mas que acabam surtindo efeitos não patrimoniais, a exemplo do que ocorre na perda da coisa de valor afetivo.

Também é conveniente ter em mente que, nos termos do artigo 52 do Código Civil, “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Por tal razão, predomina o entendimento de que as pessoas jurídicas, mesmo desprovidas de sentimentos, podem sofrer danos morais quando sua imagem ou nome forem atingidos por um ato ilícito, provocando máculas à sua reputação. Nesta linha, a propósito, trilha a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça que, de maneira bastante simplista, dispõe: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Ainda com abono no entendimento sumular desta egrégia Corte Superior, menciona-se o contido em seu enunciado 37, o qual autoriza a cumulação de danos materiais e morais oriundos de um mesmo fato.

Destacados os principais aspectos do dano moral, cuja tentativa de exaurimento das discussões a ele ligadas ensejaria a elaboração de novo trabalho monográfico, mostra-se salutar findar sua abordagem esclarecendo que, em regra, o dano moral existe por si só (*in re ipsa*), dispensando a produção de provas a respeito da alteração de estado emocional da vítima. Portanto, basta a prova da ofensa a interesse personalíssimo para fazer surgir presunção absoluta da ocorrência de lesão imaterial. Assim, uma mãe que perde seu filho ao dar a luz por conduta imperita de seu médico não precisa provar a dor e sofrimento resultantes para fazer jus à indenização.

3.2.3 Dano estético

O dano estético é o dano provocado na integridade física da pessoa, ocasionadora de alteração dos padrões normais de beleza, tal como acontece nos casos de deformidade, mutilação, cicatrizes grosseiras etc.

Wald e Giancoli (2011, p. 98) estabelecem “o dano estético correspondente a uma alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e eventualmente repulsa”. Já Rui Stoco (1999, p. 668), com precisão, define-o como sendo “... a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém”.

A par de sua inquestionável tutela, o Código Civil atual não trouxe disciplina específica de seu tratamento, regulamentando-o de forma generalizada no artigo 949, *in fine*, quando dispõe “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (diferentemente do que ocorria com o Código Civil revogado, o qual fazia menção expressa ao dano estético em seu artigo 1.538, §1º).

Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência se o dano estético seria uma vertente do dano moral ou uma terceira modalidade autônoma de dano. Hoje, no entanto, a celeuma parece estar superada, ao menos no âmbito dos nossos tribunais, inclinando-se no sentido de que o dano estético não se confunde com o dano moral, podendo, inclusive, nos termos da súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, ter suas indenizações cumuladas.

O embate, porém, prevalece em sede doutrinária, podendo ser apontados importantes juristas como defensores do dano estético como dano moral. Cavalieri Filho (2010, p. 106), apesar de admitir a prevalência do entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça, expõe sua forma de pensar:

(...) Embora tenha acolhido este entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continuo convicto de que o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física.

No mesmo coro, Pereira (2009, p. 496) apregoa: “à indenização do prejuízo material acrescenta-se a reparação do dano moral se a vítima ficar aleijada ou deformada”.

Com a devida vênua aos insígnos autores, preferimos a corrente predominante, pois temos o dano moral e o estético como lesões distintas, a primeira de ordem interna, anímica, e o segundo de ordem externa, causadora de repulsa a quem vê. Assim, nada impede que ocorra tripla cumulação, podendo, por exemplo, uma atriz pleitear: indenização por uma cicatriz grotesca causada em seu rosto a título de dano estético; reparação de danos patrimoniais, resultantes do perdimento de certo trabalho artístico em razão da cicatriz; ressarcimento da humilhação, vexame e desgosto experimentados com seu “enfeimento”.

3.3 Formas de reparação do dano e sua quantificação

Iniciamos este trabalho invocando a expressão latina *neminem laedere*, que significa não lesar ninguém, máxima que traduz a noção de justiça e a essência da responsabilidade civil, e que se funda no princípio supremo da dignidade da pessoa humana. Qualquer pessoa, por menor que seja seu grau de instrução, sabe que se causar um dano a outrem deve repará-lo.

Deste modo, infringida uma norma jurídica preexistente, seja originada de lei ou de um contrato, e verificada a imposição de um prejuízo, nasce para a vítima a pretensão indenizatória para a recomposição da ordem violada. Aliás, o próprio significado da palavra indenização encerra a ideia do instituto, que é tornar indene ou, em outras palavras, incólume, ileso, como se o dano jamais tivesse existido. Busca-se, assim, restituir as partes ao *status quo ante*, o que evidentemente não é das tarefas mais fáceis.

Surgiu-se, então, a necessidade de se criar mecanismos para que o Estado lograsse em fazer a vítima retornar o mais próximo possível da sua situação anterior ao ato ilícito, vendo-se totalmente ressarcida dos danos sofridos.

Para tanto, o ideal seria a recomposição *in natura*, ou reparação em espécie, indubitavelmente mais eficaz para a retroação ao estado inicial dos envolvidos. Se a vítima se diz lesada por ter recebido em sua residência um produto diverso do anunciado em um site de compras, o conflito poderia ser facilmente resolvido mediante a devolução do dinheiro desembolsado e a restituição do produto ao vendedor, como se esta compra jamais tivesse ocorrido.

Todavia, a natureza dos danos em geral raramente é compatível com esta forma de reparação. Imagine-se, por exemplo, uma lesão corporal grave, sem chances de cura; ou o perecimento de um bem infungível. A questão fica ainda mais complexa quando adentramos no campo do dano extrapatrimonial, em que o retorno ao *status quo ante* fica impossibilitado. De fato, não há como devolver à vítima que perdeu seu filho menor de maneira violenta o seu anterior estado de espírito. Também, certamente a honra de uma pessoa ofendida jamais retornará ao seu estágio inicial, já que o autor do impropério não poderá retirar o que foi dito.

Nestes casos de impossibilidade de reparação em espécie, o único meio hábil para reparar os prejuízos é a prestação em pecúnia, isto é, sendo impossível a prestação *in natura*, impõe-se ao causador do dano o dever de pagar o equivalente em dinheiro. Frisa-se que, caso seja a recomposição *in natura* insuficiente para a reparação integral dos prejuízos, nada impede que o julgador aplique a prestação de dinheiro cumulativamente e de forma complementar.

A prestação em pecúnia é tranquilamente aplicada nos danos materiais, bastando simples operação aritmética (que nem sempre é tão simples, admita-se). No dano emergente, calcula-se o valor do que a vítima efetivamente perdeu com o ato ilícito, repassando-o ao causador do dano para pagá-lo em dinheiro. Por exemplo, em um acidente automobilístico, será apurado o valor do conserto do veículo e sua respectiva desvalorização, além de eventuais despesas hospitalares. Quanto aos lucros cessantes, apurar-se-á o *quantum* a vítima deixou de crescer em seu patrimônio para que o agente, mediante entrega de quantia correspondente em dinheiro, cubra o desfalque. Aproveitando-nos do mesmo

exemplo supra, caso a vítima seja um taxista, bastará ao magistrado fazer um cálculo da sua média diária de ganho, multiplicando pelos dias em que o carro ficar indisponível para reparação.

No que concerne à reparação do dano moral, malgrado também consistir na entrega de quantia em dinheiro, esta espécie não comporta a mesma sistemática. Diferentemente do que se verifica nos danos patrimoniais, não se busca com a indenização reparar os prejuízos suportados pelo ofendido, até mesmo porque isso seria impossível. Exatamente por este motivo é que se prefere o emprego do termo “compensação” e não indenização, ressarcimento ou reparação do dano moral. Como o ressarcimento da dor, do sofrimento, da angústia, da depressão etc. é impraticável, tenta-se ao menos compensar a vítima com o pagamento de dinheiro, a fim de que com ele possa realizar condutas que lhe proporcionem bem estar e alegria, aliviando a tristeza a que foi injustamente submetida.

Sobre o assunto, com inteligência, Diniz (2011, p. 125/126) pontua:

Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute conveniente, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

(...) A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. O dinheiro seria tão somente um lenitivo, que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos.

A mencionada civilista (2011, p. 125) ainda ensina que a natureza jurídica da reparação do dano moral tem dupla função: uma penal e outra satisfatória ou compensatória. A primeira tem como enfoque o agente infrator, impondo-lhe uma sanção com a uma redução em seu patrimônio pela transgressão praticada, enquanto que a segunda recai sobre a vítima, conferindo-lhe satisfação com o recebimento de dinheiro frente ao abalo psicológico suportado, atenuando-o.

A fixação do *quantum debeatur* por danos morais é tema de calorosas discussões entre os juristas, ante a falta de critérios legais para auxiliar o magistrado e da enorme dificuldade em se quantificar sentimentos. A lei deixou, deste modo, ao prudente arbítrio do julgador a tarefa da fixação da compensação, o qual deverá se valer das circunstâncias específicas do caso concreto e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para apurar o correto valor.

Oportunamente, Santos e Cascaldi (2011, p. 314) fornecem alguns critérios a serem observados pelo juiz no arbitramento do dano moral:

Obviamente que em razão da imaterialidade do dano moral, a sua valorização para fins da fixação do *quantum indenizatório*, é tarefa das mais difíceis e das que mais divide a doutrina e a jurisprudência atualmente. O valor da indenização no caso de dano moral sujeita-se ao arbítrio do magistrado e deve variar de caso a caso, conforme as circunstâncias específicas de cada situação submetida a julgamento.

Seja como for, em todo e qualquer caso, para o correto e justo arbitramento da indenização por danos morais, o juiz deverá necessariamente perquirir, de forma prudente, o grau e a repercussão da ofensa na vítima, o grau de culpa do agente, a repercussão do dano na sociedade, a qualidade econômica das partes, a reiteração da conduta lesiva do ofensor, bem como eventual vantagem obtida com a conduta lesiva. Somente após responder a todas essas indagações é que a indenização poderá ser corretamente fixada, dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

De todo o exposto se denota que a responsabilidade civil visa anular prejuízos, na exata medida de suas extensões, na forma do que dispõe o artigo 944 do Código Civil, revelando sua função essencialmente reparadora. Apenas secundariamente é que se observa uma função punitiva, cujo foco recai sobre o agente responsável (e, mirando evitar a reiteração, sobre a sociedade como um todo).

Destarte, não se pretende com a indenização enriquecer a vítima, mas, por outro lado, também não se deseja deixá-la sem a reparação integral de todos os danos suportados (nem mais, nem menos – tem que ser na exata medida). Também, como já tratado em tópicos anteriores, não é o fito do instituto levar ninguém à insolvência, permitindo a lei civil que o juiz se valha da equidade para reduzir o montante indenizável quando houver excessiva desproporção entre o grau de culpa e o dano (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil).

3.4 Dano Indenizável: requisitos

Para que seja passível de indenização, o dano deve conter certos requisitos, sem os quais, ainda que se verifique um prejuízo, não haverá a incidência da responsabilidade civil.

A doutrina especializada, e aqui podemos citar Diniz (2011, p. 80/83), Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 38/40) e Wald e Giancoli (2011, p. 87/89), é concorde no que tange à presença de três requisitos mínimos, a saber: 1) violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; 2) certeza ou efetividade; 3) subsistência.

Com efeito, não haverá indenização se não houver ofensa com a destruição ou diminuição de um determinado bem jurídico, tenha patrimonialidade ou não, pertencente a pessoa física ou jurídica. Só há dever de reparação de danos causados a alguém. Sem lesados, não há responsabilidade. Se, por exemplo, determinado indivíduo danificar coisa sem dono ou abandonada, nada poderá ser compelido a ressarcir.

Já o requisito da certeza visa assegurar que apenas danos efetivos sejam indenizáveis, havendo a necessidade de comprovação, exceto quando a lei os presumir. Deste modo, visa-se impedir a ocorrência do chamado dano eventual, remoto ou hipotético, o qual, dado ao alto grau de abstração, não pode ser indenizado. É exatamente este requisito o principal argumento daqueles que não admitem a indenização pela perda de uma chance, talvez até por não compreenderem a teoria em todos os seus aspectos, uma vez que a certeza, assim como os demais danos, é requisito presente e indispensável também na perda de oportunidades, como será melhor abordado em momento específico.

Também é exigida a subsistência do dano para obrigar o agente responsável a pagar indenização. Isso significa que, estando os prejuízos do lesado já devidamente ressarcidos pelo lesante, nada mais lhe poderá ser cobrado, sob pena de enriquecimento ilícito. Obviamente, se o dano foi reparado pela própria vítima, sua subsistência persistirá para fins reparatórios.

Wald e Giancoli (2011, p. 88/89) ainda trazem como requisito a imediatidade, explicando que só haverá indenização se os prejuízos forem decorrentes direta e imediatamente do ato ilícito, como estabelece o artigo 403 do Código Civil. Não afastam, contudo, a possibilidade de dano reflexo ou em ricochete, consistente no dano causado a outras esferas jurídicas indiretamente com o comportamento lesivo.

Derradeiramente, menciona-se que Diniz (2011, p. 82/83) estabelece em sua obra também como requisitos a causalidade (chamada pelos autores supra de imediatidade), a legitimidade e a ausência de causas excludente de responsabilidade.

Demonstrada a presença de tais requisitos, está a vítima autorizada a exigir a reparação dos danos suportados pela conduta do agente, o qual, caso se recuse a pagar espontaneamente os prejuízos impostos, poderá ser compelido a fazê-lo pelo Estado, por meio do devido processo legal, com a expropriação de bens de sua propriedade, tantos quantos bastarem para a integral satisfação do lesado.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DE UMA CHANCE

4.1 Noções Introdutórias

Durante anos predominou uma concepção restritiva de dano. Enxergava-se o dano apenas como o desfalque patrimonial causado à vítima, levando-se muito tempo para se admitir a responsabilização por dano moral, exatamente em razão da dogmática que prevalecia até bem pouco tempo atrás. Além disso, em qualquer caso, exigia-se comportamento culposo para o surgimento da responsabilidade civil.

Salientamos em diversas passagens anteriores que a responsabilidade civil é um dos ramos do Direito que mais evolui, no intuito de acompanhar (ou tentar...) os longos passos trilhados pela sociedade.

Deixou-se para trás a ideologia eminentemente patrimonialista das legislações anteriores, alocando-se o ser humano como o centro das atenções, quando finalmente se aventou que a dignidade do homem é o maior bem a ser tutelado.

Descobriu-se que a excessiva preocupação com a culpa prejudicava o ressarcimento dos danos suportados injustamente pela vítima, já que, como qualquer elemento de ordem subjetiva, é de difícil comprovação, mormente com os avanços tecnológicos conquistados pela humanidade.

A partir de então a responsabilidade civil vem sofrendo profundas e constantes modificações.

O instituto ganhou objetivação, mitigando a prova da culpa e até mesmo dispensando sua demonstração em certas atividades de risco.

Com o declínio da culpa, o centro das atenções passou a ser o dano e o nexo de causalidade, que outrora jamais tiveram posição de destaque no estudo da responsabilidade civil. Os juristas concluíram que mais importante do que saber

se o agente quis o resultado ou se não atuou com o devido zelo era definir o quê causou o dano à vítima e quem deveria custeá-lo.

Ainda, sendo a ciência em estudo fundamentalmente reparadora, revelou-se sobremaneira relevante a identificação de todos os prejuízos, para um integral ressarcimento, sob pena de violação da dignidade do ofendido, bem como dos princípios da solidariedade e da justiça retributiva abraçados pelo sistema de leis.

Tendo sempre em mente o princípio supremo da dignidade da pessoa humana, consagrado constitucionalmente como fundamento da República Democrática (art. 1º, III, CF/88), começou-se a perceber que a antiga noção de dano estava ultrapassada, identificando-se diversas outras modalidades que não eram reconhecidas como indenizáveis. A vítima, portanto, tinha sua dignidade duplamente afetada ao suportar o dano e, mesmo recorrendo ao Estado-juiz, ao não ser devidamente ressarcida. Nas palavras de Santos e Cascaldi (2010, p. 316), “digno é não sofrer dano, em contrapartida, é indigno sofrê-lo e não ser devidamente reparado”.

Assim, os holofotes mudaram o seu foco do agente culpado para a vítima!

O reconhecimento do dano moral foi só o início. A complexidade das relações vivenciadas, sobretudo a partir do século passado, revelou a existência de danos coletivos, rompendo-se com o paradigma individualista das legislações vigentes. Dano estético, dano em ricochete (dano reflexo), dano à imagem, dano moral à pessoa jurídica são outros exemplos deste momento e não exaurem a possibilidade da descoberta de novos danos. Assim como os elementos químicos vão sendo descobertos e inseridos na tabela periódica, os danos também devem ser desvendados e dispostos no rol dos indenizáveis.

Com precisão, Noronha (2003, p. 540/541) analisa a evolução da responsabilidade civil:

O crescimento da responsabilidade civil, devido à revolução industrial, manifesta-se através de um triplo fenômeno, que poderá ser denominado expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização.

O fenômeno da *ampliação dos danos suscetíveis de reparação* traduz-se essencialmente (ainda que não unicamente, como veremos daqui a pouco) na extensão da obrigação de indenizar os danos extrapatrimoniais e na

tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível. O fenômeno da *objetivação*, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade sem culpa. O fenômeno da *coletivização* traduz o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.

É devido a esses três fatores que atualmente a responsabilidade civil geral não cessa de se avolumar...

[...]

... é também forte a pressão social no sentido da reparação de todo e qualquer dano, ainda que não patrimonial.

O papel do presente trabalho é exatamente demonstrar a descoberta de mais um dano: as chances perdidas.

Como visto, segundo o ordenamento jurídico, o dano indenizável é aquele certo e determinado, sendo que, uma vez não constatado, não há que se falar em ressarcimento, estando vedada a imposição de responsabilização por dano eventual. Ou se paga pelos prejuízos presentes – dano emergente – ou pelos prejuízos futuros objetivamente comprovados – lucros cessantes.

Mas o que fazer diante de uma situação em que a vítima teve tolhida uma chance de auferir uma melhora em sua situação? Nossa lei diz que se uma pessoa consegue um determinado emprego e, posteriormente, fica inapta para o trabalho em razão de uma agressão praticada por outrem, tem o direito de receber de seu agressor, não só uma indenização pelos custos gastos com o seu tratamento, mas também o valor de seus vencimentos até sua morte a título de lucros cessantes.

Porém, e se esta mesma pessoa, ainda na disputa por sua contratação, mas com efetivas chances de almejar o pretendido, fica impossibilitado para o labor por conduta de outrem, perdendo a oportunidade de emprego. Poderia pleitear alguma indenização pela perda da possibilidade de ser contratada, mesmo sendo esta circunstância uma probabilidade?

Para nós, é evidente a ocorrência de um dano, a despeito da incerteza da vantagem final pretendida pela vítima.

Vejamos o conhecido caso do atleta Vanderlei Cordeiro de Lima que, depois de liderar boa parte da maratona das Olimpíadas de Atenas em 2004, viu-se

imobilizado por uma pessoa quando estava a 6 km do final da prova (em uma corrida que contava com 42 km de percurso), perdendo segundos preciosos que o separavam dos demais competidores, além de ter abalada a sua concentração e o seu quadro emocional. O final é de conhecimento de todos: Vanderlei acabou ficando com a terceira posição, perdendo a chance de conquistar a maior glória do esporte mundial.

Vanderlei teria ganhado o ouro se não tivesse sido atrapalhado? Ninguém o sabe. Então não se pode falar que ele teve um dano certo e determinado. Todavia, tem como se afirmar que o atleta não teve prejuízos passíveis de indenização?

O advogado que perde prazo para recorrer, fazendo com que seu cliente perca a possibilidade de ter revisto o litígio em tribunal superior e reverter sua situação, não deve ser compelido a pagar uma indenização? Segundo a doutrina mais antiga não, pois não é possível saber se, interposto o recurso tempestivamente, a parte teria um resultado favorável.

O médico que não diagnostica uma enfermidade, fazendo com que o paciente não descubra a tempo sua moléstia, perdendo a chance de cura, deve ser responsabilizado por isso? Ora, o paciente não morreu ou teve agravada sua situação em decorrência da conduta do médico, além do que não há certeza de que, caso fosse corretamente detectada sua doença e recebido o tratamento a tempo, o paciente sobreviveria. Então, como não há um dano certo, a vítima ou seus familiares não poderiam pleitear por uma indenização?

E o concursando que, tendo superado duas fases do concurso de seus sonhos é impedido de realizar a etapa final por ato culposo da empresa responsável pelo seu transporte? Ou a empresa que disputa uma rentável licitação para poder contratar com o Poder Público e é frustrada no certame por um erro atribuído a terceira pessoa?

Estes são os exemplos clássicos trazidos por aqueles que defendem a possibilidade de se indenizar pela perda de uma chance. Em todos os casos mencionados, é fácil visualizar que as vítimas tiveram prejuízos, pois perderam a chance de melhorar suas situações por conta da violação de interesses jurídicos. A teoria da perda de uma chance foi criada exatamente para permitir a reparação destes prejuízos.

4.2 Origem e Desenvolvimento da Teoria da Perda de Uma Chance

Não há consenso na doutrina a respeito de quando a teoria da perda de uma chance foi criada, tampouco de quem teria sido o seu criador.

Petteffi da Silva (2009, p. 10/11) traz como julgado pioneiro o exarado pela Corte de Cassação francesa, em 17 de julho de 1889. O mencionado autor ainda explica que no sistema da *Common Law* a primeira aparição do assunto ocorreu em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*, em que uma concorrente de um concurso de beleza pleiteava indenização por ter sido impedida de participar da fase final do evento.

Já Kehl (s.d.; s.p.), em artigo publicado no site “Âmbito Jurídico”, também atribui a criação à França, só que em 1865, em decorrência de um acidente que impediu um cavalo premiado a participar de uma competição, fazendo com que perdesse a oportunidade de ganhar mais uma corrida.

Nada obstante, a maioria da doutrina ensina que a teoria em estudo surgiu na década de 60 do século passado na França – sob denominação de *perte d'une chance*, a exemplo de Cavalieri Filho (2010, p. 77) e Wald e Giancoli (2010, p. 99).

A par da discussão, o certo é que a teoria ganhou repercussão a partir de sua frequente utilização pela Corte de Cassação da França nos anos 60, com aplicação inicial principalmente em casos envolvendo atividades médicas, em que se reconhecia o dever de indenizar o paciente que perdia a chance de cura em razão de diagnósticos equivocados, que não constatavam a moléstia em tempo hábil para o correto tratamento, impedindo, assim, o restabelecimento da saúde da vítima. Foi uma verdadeira ruptura com o pensamento vigente na época, já a morte ou o agravamento da situação do paciente não decorria da conduta do médico (não era a ação ou omissão do médico que causava o evento danoso), circunstância esta que, segundo a doutrina tradicionalista, impedia o reconhecimento da responsabilização civil do médico. Todavia, como as chances de cura haviam sido aniquiladas ou

diminuídas em razão do diagnóstico incorreto ou tardio, os tribunais franceses passaram a reconhecer o direito de indenização.

Um exemplo elucidativo deste momento foi o caso apreciado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação em julho de 1964, quando do julgamento de recurso interposto contra decisão da Corte de Apelação de Paris, envolvendo exatamente a discussão acerca da responsabilização de um médico. Por isso a teoria ficou conhecida como “teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”.

Kehl (s.d.; s.p.) comenta o citado caso:

A perda de uma chance no âmbito da medicina se deu com o acontecimento de um fato e, conseqüentemente, um dano. O exemplo de que se tem conhecimento é o caso do Dr. Helie de Domfront, médico que foi chamado para atender um parto às 6 horas da manhã, comparecendo somente às 9 horas. Encontrando dificuldades no parto, pois o feto estava de ombros, amputou os braços da criança. A criança sobreviveu, mas a sua família ingressou em juízo para se ver ressarcida do prejuízo que tivera devido ao atraso do médico. Houve uma divisão social entre partidários e algozes do médico, porém a Academia Nacional de Medicina da França estava ao lado deste. Foram elaborados dois laudos, onde um era a favor e outro contra o procedimento adotado pelo médico. Quando foi julgado, o Tribunal de Comfront condenou ao Dr. Helie o pagamento de uma pensão anual de 200 francos.

A perda de uma chance passou, então, a ser objeto de estudos mais aprofundados pela doutrina francesa, ganhando outras áreas de abrangência estranhas à seara médica. Após, expandiu-se para outros países da Europa, encontrando importante apoio na Itália, a partir de estudos formulados, principalmente, por Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola, muito bem analisados por Savi (2006, p. 7/33), autor brasileiro que abordou o tema aprofundadamente em uma obra específica e que será valioso instrumento para este trabalho.

4.2 Definição de Perda de Uma Chance

A própria designação da teoria já encerra em si o seu significado. Talvez até por uma questão linguística a melhor tradução para o vernáculo deveria

ser perda de uma oportunidade, mas a expressão que estampa a capa deste trabalho foi a que predominou entre os juristas e vem sendo difundida no Brasil, daí porque será mantida.

A perda de uma chance é a frustração de uma justa expectativa de melhora de situação ou evitar um prejuízo; é a perda da oportunidade de se ganhar ou de se deixar perder algo quase certo em razão da conduta de outrem. É a aniquilação das oportunidades de disputa, de competir, de realizar um determinado comportamento já esperado e com boas chances de acarretar um ganho ou de evitar ou minimizar um prejuízo. É a perda de uma vantagem provável caso os fatos seguissem o seu normal e esperado curso.

Com a clareza que lhe é peculiar, Cavelleri Filho (2010, p. 77), traz a sua definição de perda de uma chance:

Caracteriza-se essa perda de uma chance 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. Deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Tartuce (2010, p. 421) assevera:

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal.

Na doutrina de Venosa (2010, p. 42):

Quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos.

A chance deve ser entendida como uma expectativa da realização de um ganho final, o qual depende do sucesso de um processo aleatório. Entretanto, caso este processo seja interrompido por ato de outrem, fazendo com que este processo não chegue ao seu fim, a vítima, embora nunca saiba se efetivamente lograria em obter a vantagem, perde a oportunidade para tanto. Do mesmo modo

que não há como afirmar o sucesso do processo, também não há como declarar o seu insucesso.

Neste particular se mostra valiosa a lição de Peteffi (2011, p. 13):

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 estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.

Ainda, são dignas de notas as argutas preleções de Noronha (2003, p. 665):

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou.

Wald e Giancoli (2010, p. 99) também são claros ao dispor:

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 terceiro, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Essa probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de relativa certeza.

Nos casos de perda de uma chance não se mostra possível, portanto, saber se a vantagem almejada pela vítima ocorreria ou não. Todavia, há um prejuízo, estando o dano caracterizado, não naquilo que se pretendia ganhar (dano final), mas justamente na perda da possibilidade de conseguir ganhá-lo (chances perdidas).

4.3 Superando o Problema da Certeza

Compreendida a noção da perda de uma chance, o próximo passo deste trabalho será demonstrar a viabilidade de sua reparação. Em tópico específico, foram analisados os requisitos exigidos para que um dano possa ser indenizado, dos quais as chances perdidas se relacionam diretamente com o da certeza.

Poder-se-ia argumentar a irreparabilidade de tais danos exatamente pela ausência da certeza de sua ocorrência, pois, com a paralisação do processo aleatório, não é possível saber se o dano final ocorreria ou não, implicando naquilo que se convencionou chamar de dano hipotético, eventual ou abstrato. Este pensamento, contudo, espelha a não compreensão do instituto.

Há um curso de sucessões de eventos, denominado de processo aleatório, cujo final é meramente hipotético. Nestes termos, imagine-se que este final seja representado por uma vantagem ou minimização de prejuízos. A vítima espera este resultado, mas, por ato imputável a terceira pessoa, o processo é paralisado, não atingindo o seu momento derradeiro. Destarte, ela jamais saberá se o esperado realmente ocorreria, já que, mesmo excluída a ação do agente, outras causas poderiam surgir para evitar a conclusão do processo. Há realmente uma incógnita. Nas palavras do italiano Maurizio Bacchiola apud Savi (2006, p. 1), “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”. A incerteza e probabilidades são fatos da vida, cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas.

Mas duas coisas precisam ser divisadas: o dano final, representado por aquilo que se pretendia ganhar ou evitar de perder; e as chances perdidas, entendidas como a frustração da tentativa de conquistar tais vantagens.

Como preleciona Pereira (1999, p. 42), “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”.

O mencionado autor quer dizer que se fosse possível provar que a chance efetivamente se realizaria, isto é, que o benefício já era esperado com certeza absoluta, estaríamos diante de lucros cessantes, que inquestionavelmente são indenizáveis, motivo pelo qual o agente deveria arcar a totalidade daquilo que razoavelmente se deixou de ganhar. Por outro lado, caso seja demonstrado que a chance jamais se realizaria, obviamente nada poderia ser reclamado. A chance deve ser necessariamente incerta.

Neste sentido, Savi (2006, p. 101) é preciso quando dispõe:

A chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.

Se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e, com isso, no caso dos exemplos citados neste livro, o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar.

Veja-se: a chance é incerta e não o dano. Não se busca com a teoria a vantagem perdida, mas sim uma indenização pela perda da chance de se tentar conquistá-la.

Em conclusão, o dano final, consubstanciado naquilo que o lesado esperava ganhar, é distinto do dano resultante das chances perdidas. O primeiro, se indenizado, inquestionavelmente caracterizaria reparação de dano eventual, o que é vedado pelo ordenamento. Já o mesmo não ocorre com o segundo, cuja existência é certa, passível, portanto, de indenização, que será sempre menor do que o benefício esperado, calculado de forma proporcional à probabilidade de conquistá-lo.

Noronha (2003, p. 667) é preciso ao asseverar:

Como se vê, o *dano da perda de chance* é ainda um *dano certo*... esse dano da perda de chance contrapõe-se a um *dano final* que, este sim, nas situações aqui consideradas, é dano meramente hipotético, eventual, incerto.

Um exemplo trará luz ao que se está tentando expor. Supõe-se que determinada pessoa contrate os serviços de um advogado para patrocinar uma causa valorada em R\$100.000,00. Iniciado regularmente o processo, sobrevém uma sentença desfavorável, julgando improcedente o pedido formulado. Inconformado, a parte deseja recorrer da sentença, porém, o defensor, por desídia, perde o prazo para tal providência. Note-se duas situações distintas: a primeira representa aquilo que o constituinte pretendia ganhar, ou seja, R\$100.00,00; ao passo que a segunda espelha um comportamento culposo resultante da frustração de uma legítima expectativa. Temos o dano final e as chances perdidas, respectivamente.

Pleitear em juízo a quantia desejada indubitavelmente equivale a uma abstração impassível de reparação, pois sua ocorrência é incerta. Não se sabe se interposto o recurso este seria provido. Por outro lado, não há como afirmar a não verificação de um prejuízo. Se provado que havia uma probabilidade de provimento do recurso, é evidente que a frustração configura um dano, onde reside o requisito da certeza. A perda da oportunidade é, deste modo, certa, o que autoriza sua reparação.

Portanto, visualizando as chances perdidas como um dano distinto do final, temos que o requisito da certeza se encontra presente, tornando-as indenizáveis. A vantagem esperada é incerta, mas a perda da probabilidade não.

4.4 O Posicionamento da Doutrina Brasileira

No Brasil a teoria ainda é pouco conhecida, pois ignorada durante muitos anos pelos estudiosos nacionais.

Os cursos e manuais de Direito Civil pouco abordam as chances perdidas, fazendo apenas referência quanto a sua existência (isso quando o fazem), sem maiores questionamentos. Também são escassas as obras específicas sobre o tema, sendo poucos aqueles que dispensaram maior aprofundamento na teoria, a exemplo de Rafael Pettefi da Silva, Sérgio Savi e Fernando Noronha, citados pela maioria dos civilistas que escrevem sobre a teoria. Também existe doutrina que trata da teoria pontualmente em certas atividades, como a de Sérgio Novais Dias, que

trabalha a responsabilidade civil do advogado, e Miguel Kfoury Neto, dirigindo seu foco à responsabilidade do médico pela perda de uma chance.

Porém, devido o destaque dado ao tema no direito estrangeiro e, sobretudo, à constante aparição da teoria nos julgados nacionais, conforme se demonstrará mais adiante, parece-nos que esse descaso doutrinário será paulatinamente deixado para trás, como se pode observar na internet, atualmente com grande quantidade de artigos dispostos na rede discutindo o assunto.

Seja de maneira superficial, seja de forma mais acurada, o certo é que a maioria dos autores se mostra favorável à reparação das chances perdidas. O coro doutrinário só não é uníssono porque ainda existem estudiosos de escola, influenciados pelo pensamento tradicional da responsabilidade civil, que não admitem a perda de uma chance como dano indenizável. Devido ao peso de seus nomes, este trabalho não pode prosseguir sem a exposição de seus pensamentos, até para que a dialética possa ser completa.

O autor Carvalho Santos (1956, p. 322/323), analisando um caso em que determinado advogado deixou de interpor recurso contra uma sentença desfavorável ao seu cliente, sustentou a impossibilidade deste exigir indenização de seu mandatário ante a impossibilidade de se fazer prova do dano. Com a devida vênia, o citado jurista confunde os conceitos de dano final, este sim abstrato, e o dano pela perda de uma chance, conforme salientado alhures.

Modernamente, Stoco (2004, p. 489/490) ainda resiste à admissão da teoria. Também sem fazer qualquer distinção entre o dano final e a perda da chance, tal autor, ao tratar da responsabilidade civil do advogado que perde prazo para recorrer, taxa a teoria de “verdadeira futurologia empírica”, sob fundamento de que não se pode ingressar no íntimo do julgador para saber se, caso julgasse a demanda, decidiria favoravelmente ou não. Taxa a teoria, portanto, de dano hipotético. Nas suas palavras, “será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria”. Stoco repete, deste modo, o mesmo equívoco cometido por Carvalho Santos.

Afora tais estudiosos (seguidos por alguns julgados, frisa-se), o restante da doutrina ou é omissa quanto o assunto ou admite sua reparabilidade.

Desde a primeira edição de sua obra “Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências” em 1955, ou seja, antes mesmo da teoria ganhar fama no

exterior, Agostinho Alvim já enfrentava a problemática, posicionando-se favoravelmente quanto à possibilidade de reparação da perda de uma chance.

Alvim (1972, p. 191/195) já defendia que a dificuldade de se provar o dano final nestes casos, bem como de estimar sua quantificação, não poderia servir de objeção para a indenização de outro dano, qual seja, as chances perdidas, estas sim certas e indenizáveis. Trazendo como exemplo a hipótese do advogado negligente que deixa de apelar de uma decisão equivocada, reconhece a imposição de prejuízos ao seu mandante, passíveis de reparação. Em seus termos (1972, p. 192):

Com efeito, se ele está inibido de provar a existência direta do dano, tal como o supusemos, outro dano há, resultante da mesma origem, o qual se pode provar e é, portanto, indenizável.

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa, em segunda instância, constituía uma *chance*, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir favoravelmente no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

O mencionado autor ainda traz à baila a situação de um indivíduo que pretendia concorrer com seu cavalo, havido como raro, em um certame, mas que foi impedido devido ao fato de que a pessoa responsável por sua guarda, por ato culposo, deixou-o perecer. Já naquela época Alvim bem trabalhou a teoria, diferenciando a perda de uma chance daquilo que se pretendia ganhar, taxando a primeira de indenizável e a segunda de dano hipotético. A propósito (1972, p. 194):

Ora, se o dono do animal, ao demandar o prejuízo, incluir aí o prêmio, é certo que a sua pretensão terá que ser repelida.

Tal lucro era hipotético.

Mas é inegável que o animal, antes do certame, e tendo probabilidade de levantar o prêmio, tinha o seu valor acrescido, nesse momento, podendo por isso mesmo ser negociado por maior preço.

Esse *a mais*, que êle valia, entrava como elemento ativo no patrimônio do seu dono.

De modo que, se o que se pede é êsse *a mais*, e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e, sim, do real.

Seguiram-se estudos de José de Aguiar Dias, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes.

Dias (1997, p. 296/297) também admitia a responsabilidade do advogado que não recorria tempestivamente contra as ordens de seu mandante,

apesar de reconhecer que a dificuldade da prova do prejuízo pelo autor acabaria por inviabilizar a condenação.

Em dura crítica a um julgado de sua época, exarado pelo extinto 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, Dias (1997, p. 207) apregoou:

Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, com votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque esse fato não constituía dano, só verificável se o resultado do recurso fosse certo. Confundiram-se o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia. E este, ainda que ocorresse, correspondia ao *quantum debeatur*, o que sucede mais das vezes do que supõem os que desconhecem a distinção, pois, ainda que ganha uma causa, a liquidação pode ser negativa, isto é, não representar valor pecuniário.

A despeito de admitir a responsabilidade no caso retrocitado, como dito, Dias dizia ser praticamente impossível uma condenação, o que acabava por inviabilizar a aplicação da teoria. Seu grande mérito, porém, foi, mesmo em um terreno pouco fértil, contra a dogmática prevalente no seu tempo, enxergar a diferença entre a perda daquilo que se pretendia ganhar e a perda de uma chance.

Ainda, Pereira (1999, p. 42), sem meias palavras, dispõe:

[...] é claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano.

Lopes (1995, p. 391) complementa:

Tem se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance...

Contemporaneamente, Novais Dias (2001, p. 308), tratando da perda de uma chance na atividade da advocacia, reconhece a responsabilidade do profissional desidioso quando não se atenta aos prazos processuais. No seu dizer: “Será preciso, pois, reexaminar, detida e minuciosamente, a questão que seria posta

em julgamento para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se era provável o êxito da pretensão do cliente”.

Entretanto, Novais Dias trata destes prejuízos como se lucros cessantes fossem, o que nos parece ser um equívoco, conforme será abordado em tópico apropriado.

Kfoury Neto (2002, p. 98), por sua vez, em excelente abordagem das chances perdidas na seara médica, também é a favor da responsabilização quando da frustração de oportunidades, desde que sérias e reais. São precisas suas lições:

Entre as hipóteses de dano futuro juridicamente considerado como certo e aquelas em que é meramente eventual ou hipotético (não indenizável), situam-se os casos em que o facto gerador de responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (*chance*) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo; o estudante poderia ter obtido aprovação num exame a que não pôde apresentar-se; o funcionário, a promoção num concurso; o proprietário de um cavalo de corridas, um prêmio; o litigante, ganho de causa, se o recurso fosse tempestivamente interposto.

Se esta possibilidade existia e era séria, então a *chance* parece entrar no domínio do dano ressarcível [...].

Permanecendo na responsabilidade do médico, Rosário (2009, p. 08) defende a responsabilização pela perda de uma chance, fazendo a devida distinção entre o resultado perdido e a chance de obtê-lo. Em obra dedicada exclusiva ao tema, a mencionada autora sintetiza seu pensamento em um único parágrafo:

O ilícito decorre da ausência de todas as oportunidades que deveriam ser oferecidas ao paciente, com o intuito de cura, privando o doente de perseguir a saúde perdida. Nesse caso, surge a possibilidade de um pedido de indenização à luz dos princípios norteadores da responsabilidade civil.

Cavaliere Filho (2010, p. 77/81), Stolze e Gagliano (2006, p. 39), Tartuce (2010, p. 421/426), Santos e Cascaldi (2011, p. 315) e Venosa (2010, p. 39/49) também compõem o time dos que são favoráveis ao que ora se propõe, sempre salientado a diferença entre a vantagem pretendida e as chances perdidas, nos termos propostos neste trabalho.

Destes autores, é interessante consignar as colocações de Venosa (2003, p. 201), o qual dispõe que a teoria já vem sendo há muito tempo aplicada pela jurisprudência pátria, mesmo sem a rubrica de “perda de uma chance” e sem

sua exata compreensão, nos casos em que se admite a indenização pela morte de um filho com pensão para os pais até quando aquele atingisse 25 anos.

Em suas palavras:

Quando nossos tribunais indenizam a morte do filho menor com pensão para os pais até quando esse atingiria 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda de uma chance.

Com efeito, os tribunais se posicionaram desta forma por presumirem que, uma vez atingida esta idade, o filho sairia de casa, constituiria sua própria família, não mais contribuindo para as despesas do lar. Destarte, nas entrelinhas, os tribunais estão querendo firmar o entendimento de que os pais do filho menor devem ser indenizados por *perderem a chance* de ter na renda familiar um complemento. Não é possível saber se o filho menor contribuiria de fato, ou mesmo até quando ficaria no lar familiar, mas o certo é que a família sequer teve a oportunidade de lograr um aumento no patrimônio comum, que tinha grande possibilidade de ocorrência pela existência de mais uma mão-de-obra na residência. Isto é, se as coisas tivessem seguido o seu curso normal, haveria grande probabilidade da família auferir um implemento em sua renda. Perfeita, portanto, a conclusão do citado civilista, demonstrando que a teoria já era utilizada mesmo por aqueles que a criticavam e a repudiavam.

Nem há que se cogitar que tal situação configura lucros cessantes. Nestes, ocorre a certeza do dano. É o que se observa na morte de um pai de família, cujo labor era o arrimo de todos os entes. Nesta hipótese, o dano é certo, pois tão logo seja verificada a morte, a família ficará desprovida de sustento. Tal não ocorre na morte de um filho menor de idade, cuja contribuição para a renda familiar não passava de uma expectativa, embora séria e real.

Exposta a doutrina correlata, cumpre conferir maior destaque aos trabalhos redigidos por Rafael Peteffi da Silva, Sérgio Savi e Fernando Noronha, que elaboraram estudos mais aprofundados, com base na doutrina alienígena, onde a teoria foi criada e desenvolvida. Apesar de cada um analisar a questão de pontos de vista diferentes, forneceram a base para uma discussão mais acurada, com critérios,

classificações e abordagens até então inéditas na nossa doutrina, e que serão estudados nos tópicos que se seguem.

Desta maneira, como se pode verificar, pouco a pouco a noção de perda de uma chance está sendo incorporada em nossa cultura jurídica, contando com ampla aceitação doutrinária.

4.5 Seriedade e Realidade: Critérios para a Aplicação da Teoria

Não é toda e qualquer frustração que merece ser indenizada. O cotidiano é cercado de dissabores e desapontamentos, com os quais somos obrigados a conviver. Por esta razão a doutrina especializada do tema tem criado critérios para a aplicação da teoria, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade precípua, que é a reparação de perdas legítimas de oportunidades por ato imputável a outrem, que causa desfalque patrimonial à vítima ou lhe atinge algum direito da personalidade.

A despeito da teoria da perda de uma chance se encontrar atualmente em uma verdadeira “torre de babel”, em que cada jurista a aborda de maneira própria, sem unidade de pensamento, o certo é que todos são concordes quanto à exigência de que as chances perdidas devem ser sérias e reais.

Nesta linha, Savi (2006, p. 102) explica:

Contudo, a aplicação da teoria encontra limites, pois, evidentemente, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Isto porque a chance para poder ser indenizada deverá ser séria e real. Simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização.

Wald e Giancoli (2010, p. 99) também dão o seu parecer:

Mas não é a perda de qualquer chance que permite a caracterização dessa espécie de dano. É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de recorrer à situação futura esperada.

Ser séria e real significa que as chances não devem ser remotas, inalcançáveis, visualizáveis unicamente no campo do hipotético e do abstrato. A chance deve ser idônea, plausível, razoável, e não mera expectativa subjetiva da vítima. Por exemplo, não pode uma criança que teve uma perna amputada em um acidente de trânsito pleitear salários de jogadores de futebol sob argumento de que tinha talentos para tanto. Também não faz jus à indenização pela perda de uma chance a pessoa que exige o pagamento do prêmio da loteria de determinada pessoa, alegando que foi por ela impedida de apostar; ou o recém bacharel em direito vítima de um acidente que lhe tolheu a capacidade civil que exige do sujeito lesante uma pensão mensal equivalente aos vencimentos de um magistrado, fundamentando sua pretensão nas boas notas obtidas na faculdade.

Há a necessidade de se demonstrar uma probabilidade de sucesso, que tinha grandes chances de ocorrer se não fosse o ato lesivo que paralisou o processo aleatório. Para Cavalieri Filho (2010, p. 77):

É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada... A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades** perdidas (destacado no original).

Noronha (2003, p. 674) ainda recomenda que o juiz se valha das regras de experiência comum para a análise na seriedade e da realidade, nos termos do que dispõe o art. 445 do Código de Processo Civil.

Objetivando a questão, Savi (2006, p. 102/103), influenciado pela doutrina italiana, sobretudo por Maurizio Bocchiola, considera como sérias as chances cuja probabilidade de sucesso é superior a 50%. Se inferior a este percentual, o referido autor opina pelo não reconhecimento da chance, considerando-a como hipotética nestas situações. Pertinentemente:

Somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. Assim, feita a prova de que a vítima tinha mais de 50% (cinquenta por cento) de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado estará o *na debeatur*, faltando, somente, quantificar esse dano (*quantum debeatur*).

Comungando do mesmo entendimento, Cavalieri Filho (2010, p. 78) e Tartuce (2010, p. 422) também sustentam a necessidade de prova de que a chance tinha mais de 50% de probabilidade de ocorrência.

Com o devido respeito aos citados juristas, temos por equivocada tal posição. Atribuir percentual à caracterização das chances perdidas dificulta em muito a prova por parte do lesado, ao ponto de praticamente inviabilizar a teoria em determinadas situações. Imagine-se a prova que a vítima teria que fazer de que seu recurso tinha 50% de chance de ser provido? Ou do candidato a uma vaga de emprego que tinha este percentual de probabilidade de contratação?

No nosso sentir, nada impede que chances de 40% ou ainda menores sejam indenizadas. Tal percentual influenciará, entretanto, no montante indenizável, variando para mais ou para menos de acordo com o grau de probabilidade. Para nós, a solução do problema pode ser encontrada no próprio ordenamento jurídico, com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Deve o magistrado se valer de todos os dados obtidos no processo para averiguar se a vítima tinha efetivas oportunidades de ter uma melhora de situação ou evitar prejuízos. É o caso concreto que determinará a reparabilidade ou não da perda de uma chance.

Pettefi da Silva (2009, p. 142) também rechaça a exigência de percentual para a configuração da chance, rebatendo o direito italiano, como se pode verificar do texto abaixo transcrito:

Paradoxalmente, a Corte de Cassação italiana parece adotar postura diametralmente oposta, considerando que o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a

vantagem esperada, isto é, que a ação do agente aniquilou 50% das chances da vítima alcançar seu desiderato. Parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar provimento destas ações de indenização.

Se a tendência encontrada no direito italiano fosse apoiada, casos que tratam da perda da chance de obter aprovação em determinado concurso ou licitação pública, comuns nos ordenamentos francês e norte-americano, somente poderiam ser admitidos se restassem apenas dois concorrentes, pois somente desta maneira a vítima poderia obter mais de 50% de chances de lograr êxito no certame público. Caso a última fase de um concurso público contasse com quatro candidatos, aquele que fora eliminado injustificadamente nunca poderia ajuizar uma ação de indenização, pois contaria, dependendo do caso concreto, com algo em torno de 25% de chances de obter sucesso.

Em conclusão, o grau de probabilidade terá papel fundamental para estabelecer o divisor de águas entre o dano eventual e as chances perdidas. Se remota a oportunidade, a abstração que gravita em torno do dano deve impedir sua reparação. Por outro lado, se idônea, dotada de seriedade aferível por meio da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a chance adquire o grau de certeza relevante para o sistema jurídico e passa a ter o qualitativo de indenizável.

4.6 Modalidades de Perda de Uma Chance

As chances perdidas podem ser classificadas em dois grandes grupos:

1) perda de uma chance de obter uma vantagem esperada e 2) perda de uma chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido.

A primeira modalidade pode ser exemplificada com o caso do advogado que perde o prazo para recorrer. Nesta hipótese, jamais se saberá se o resultado favorável (vantagem futura) de fato ocorreria, tendo em vista a paralisação do processo aleatório pelo causídico. Já a segunda modalidade se ilustra com a

perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que determinado médico não diagnostica corretamente o quadro clínico da vítima, tolhendo sua oportunidade de sobreviver. Aqui o prejuízo é presente, eis que o processo aleatório não foi interrompido, chegando ao seu momento derradeiro com a verificação efetiva de prejuízos.

Como dito e redito, tanto em uma quanto noutra modalidade as chances perdidas não se consubstanciam naquilo que se pretendia ganhar - o bem da vida no processo judicial que se tencionava recorrer e o restabelecimento da saúde - mas na frustração da tentativa de obtenção destes resultados. Nem mesmo na situação em que o processo aleatório atingiu o seu fim, em que é possível se visualizar um prejuízo presente – a morte ou agravamento do quadro clínico, no exemplo supra - este resultado não pode e não deve ser atribuído ao médico, pois não há certeza sobre a real causa do evento. Esta noção será importante para a exposição de nosso posicionamento quanto à problemática que será enfrentada na seção seguinte relativa à natureza jurídica das chances perdidas. Antes, porém, parece-nos conveniente demonstrar a classificação mais detalhada feita por Fernando Noronha e a dominante na França, muito bem descrita por Rafael Pettefi da Silva em sua obra.

Noronha (2003, p. 668/671) subdivide as modalidades de chances perdidas já mencionadas – 1) *frustração da chance de obter uma vantagem futura* e 2) *frustração da chance de evitar um dano que aconteceu* (dano presente).

Na primeira classificação, este autor cria duas outras submodalidades, a saber: 1.1) *perda de uma chance de realizar um benefício em expectativa* e 1.2) *perda de uma chance de evitar um prejuízo futuro*. Em ambos os casos, o agente praticou um fato antijurídico que impediu a verificação de eventos futuros esperados, os quais trariam à vítima uma melhora de situação (seja a obtenção de uma vantagem, seja para evitar um prejuízo).

De outro lado, na segunda classificação, Noronha novamente a divide, desta feita em: 2.1) *perda de uma chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo* e 2.2) a *perda de uma chance por falta de informação*.

Estes casos “dizem respeito a hipóteses em que os elementos que se projetam no futuro dizem respeito ao cômputo do grau de probabilidade, que

porventura houvesse, de evitar um prejuízo que efetivamente atingiu a pessoa” (NORONHA, Fernando. 2003, p. 669).

Enquanto que na perda de uma chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo o agente poderia ter evitado a ocorrência de um dano se tivesse adotado procedimento diverso do eleito, retirando da vítima a oportunidade de melhora, na perda de uma chance por falta de informação é o próprio lesado que pratica a conduta que lhe ocasionou um dano, só que por causa da quebra do dever de informar por parte do agente, que poderia ter evitado o prejuízo se tivesse esclarecido adequadamente a vítima.

Outra classificação não pode deixar de ser mencionada. Em França, onde a teoria se originou e se encontra em estágio mais avançado de estudos e pesquisas, predomina o entendimento, segundo Rafael Pettefi (2009, p. 83), que a perda de uma chance deve ser classificada em: 1) *casos clássicos de perda de uma chance* e 2) *perda de uma chance na seara médica* (perda de uma chance de cura ou sobrevivência – *perte d'une chance ou guérison*).

Os casos clássicos correspondem à perda de uma chance de obter uma vantagem futura na classificação de Fernando Noronha, ao passo que a perda de uma chance de cura se encontra inserida na modalidade perda de uma chance de evitar um dano que aconteceu.

O grande problema na classificação dos franceses, e dessa crítica comunga Peteffi da Silva (2009, p. 103), é que a perda de uma chance na seara médica não é o único caso em que o processo aleatório chega ao seu momento derradeiro. De fato, se trazermos à tona novamente o exemplo do atleta que foi prejudicado em uma maratona pelo comportamento de um expectador que invadiu a pista e o impediu de prosseguir por preciosos segundos quando liderava a corrida, podemos enxergar que, nada obstante o fato antijurídico, o processo aleatório se concluiu, pois o corredor, mesmo com as chances reduzidas, decidiu prosseguir na prova até o seu final, chegando apenas em terceiro lugar.

Por esta razão, parece-nos mais apropriada a classificação de Fernando Noronha, não só pela sua precisa didática, mas por exaurir todas as modalidades de perda de uma chance. Entretanto, grosso modo, o divisor de águas das chances perdidas é o alcance ou não do momento final do processo aleatório.

As subdivisões levadas a efeitos pelo autor são teóricas e meramente didáticas e sem grandes repercussões na prática.

4.7 Natureza Jurídica

Não há nada mais controverso na teoria da perda de uma chance do que a sua natureza jurídica. Doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um consenso quanto ao enquadramento das chances perdidas em uma categoria jurídica, havendo os mais diferentes posicionamentos.

Primeiramente, não se pode esquecer daqueles que as consideram como dano hipotético, a exemplo de Carvalho Santos (1956, p. 322/323) e Stoco (2004, p. 489/490). Esta doutrina refere-se ao requisito da certeza, que entendem ausente na teoria, daí porque não admite que seja um dano indenizável.

Depois há quem aloque as chances unicamente com dano moral, partindo do pressuposto de que o comportamento antijurídico do agente causou abalos emocionais à vítima ao lhe privar de tentar auferir uma melhor condição ou evitar um prejuízo. O aborrecimento e a frustração seriam os únicos danos a ser reparados, não enxergando, esta corrente, prejuízos de ordem patrimonial em nenhum caso.

Neste sentido, vale mencionar o julgado proveniente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, de relatoria do Desembargador Guilherme Couto, na Apelação Cível 2003.51.10.001761-6, publicado no Diário Oficial em 5 de maio de 2006:

TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO PAGO E NÃO CADASTRADO - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Hipótese na qual o autor adquiriu título de capitalização, que foi pago em 08/05/2002. Entretanto, não recebeu o título e, ao consultar a central de atendimento da Federal Capitalização S/A, segunda ré, verificou que não havia título em seu nome e CPF. Assim, resta caracterizada a falha no serviço. É caso de inadimplemento contratual, e responsabilidade das rés pela inexecução do ajuste. A abrangência do

artigo 403 do CC não autoriza a reparação do dano remoto, o que ocorreria se levado em conta o valor do prêmio que poderia ser obtido. A chamada teoria da perda de uma chance, em caso como o dos autos, deve ser equacionada dentro da reparação do dano moral, e sua carga lateral punitiva. Admitido que a ré pudesse sair livre da situação, apenas devolvendo o valor aplicado, seria ofensa à dignidade de todos os consumidores que, como o autor, fazem a sua fé na sorte. (TRF-2ª Região - Ap. Cív. 2003.51.10.001761-6 – Rel. Des. Guilherme Couto – Publ. em 5-5-2006) – grifamos.

É digno de nota mencionar que este pensamento não encontra respaldo doutrinário. A doutrina em geral, apesar de bastante divergente neste ponto, parece caminhar no sentido de classificar as chances como um dano patrimonial. Isto porque se o que era visado consistia em uma vantagem patrimonial (dano final), igual natureza deve ter a perda de uma chance, pois a vítima deixou de agregar ao seu patrimônio certo valor, o qual deve ser recomposto com o pagamento de uma indenização equivalente ao grau de probabilidade de sucesso. Isso não quer dizer, todavia, que a mesma conduta não possa ocasionar também a violação de algum direito da personalidade do lesado, permitindo a cumulação de danos morais, conforme visto anteriormente.

Esta situação pode ser facilmente visualizada na hipótese do atleta que, disputando uma corrida cujo prêmio consistia no recebimento da quantia de R\$100.00,00, e tendo liderado praticamente toda a competição, é prejudicado por terceiro, fazendo-o perder a liderança e o prêmio almejado. Parece-nos não haver dúvida quanto à natureza material do dano, tendo em vista que perdeu a chance a crescer o seu patrimônio, quando tinha concreta possibilidade para tanto. Obviamente, diante da incerteza da vitória, não poderá pleitear o prêmio global, tal como tivesse vencido. De outro lado, fará jus a uma indenização em valor proporcional às suas chances, que evidentemente terá cunho patrimonial. A despeito desta colocação, não se pode desprezar a decepção do atleta em não se ver consagrado no esporte pelo qual dedica sua vida. Só que neste caso o dano é distinto, extrapatrimonial, podendo ser perfeitamente cumulado com as chances perdidas para uma integral reparação de seus prejuízos.

Como dispõe Savi (2006, p. 46):

... não há dúvida de que, em determinados casos, a perda de uma chance, além de representar um dano moral, poderá, *também*, ser considerada um “agregador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano na perda de uma chance como sendo um dano *exclusivamente* moral... (destaques do autor).

Admitido o caráter patrimonial da perda de uma chance, os estudiosos do Direito novamente se digladiam, havendo quem entenda se tratar a teoria de lucros cessantes, outros de dano emergente e, também, uma corrente argumentando se tratar de uma modalidade *sui generis*, distinta de qualquer outra categoria existente no ordenamento.

Alguns juristas ainda hoje defendem que as chances devem ser indenizadas pelo valor correspondente àquilo que se pretendia ganhar, confundindo-as, deste modo, com lucros cessantes. Já tivemos a oportunidade em momento pretérito de afirmar que, muito embora haja uma semelhança entre os institutos, estes não se confundem.

Os lucros cessantes constituem danos futuros, facilmente verificáveis por meio de simples cálculo matemático, quando alguma conduta atrapalha o seguimento normal do curso das coisas, impedindo a obtenção de vantagens certas. O exemplo do taxista que teve seu veículo abalroado por outrem deixa claro que o valor da indenização deve comportar também os lucros que deixou de receber durante o tempo em que o automóvel ficou no conserto.

Já nas chances perdidas não se indeniza por aquilo que se pretendia ganhar, mas pela perda da possibilidade de ganhar. Aqui a vantagem é quase certa, mas impossível de se demonstrar, daí porque não pode ser reparada integralmente, mas proporcionalmente às chances.

A diferença repousa, pois, no grau de probabilidade de ocorrência. Se provado a certeza do prejuízo futuro, indeniza-se integralmente a título de lucros cessantes. Se não provado a certeza do prejuízo em questão, mas havendo prova de probabilidade séria de evitá-lo, certo será o dano, consistente no tolhimento da oportunidade de ganho, que deverá ser reparado de forma proporcional. Aceitar o pagamento do que se pretendia ganhar é abraçar a doutrina contrária à teoria, pois neste caso sim estaríamos diante de reparação de dano eventual.

Por esta razão, parece atualmente prevalecer a autonomia do dano resultante da perda de uma chance. E por tudo o que vem se expondo neste trabalho, entendemos não ser necessário aprofundar no assunto referente à divisão existente entre a vantagem esperada e as chances.

Admitida a teoria como algo distinto do dano final, é interessante ressaltar o entendimento de Sérgio Savi a respeito do tema. Novamente influenciado pela doutrina italiana, desta feita de Adriano De Cupis³, aquele autor defende a natureza jurídica de dano emergente da perda de uma chance.

Para resolver o problema da certeza e, de quebra, do nexos de causalidade, tão invocados por aqueles que criticam a teoria, Savi sustenta que a chance deve ser encarada como uma propriedade anterior ao ato lesivo que paralisou o processo aleatório e que, uma vez frustrada, gera um dano presente. Rompe-se, assim, com a ideia de lucros cessantes, pois não se tem o dano como aquilo que se pretendia obter (dano futuro). E, ainda, estabelece-se a certeza do prejuízo na frustração da chance e o nexos causal entre o ato lesivo e esta perda de oportunidade, afastando qualquer abstração da teoria.

Nesta linha, Savi (2006, p. 101/102) ensina que:

Enquanto a completa realização da possibilidade deva ser considerada de difícil demonstração em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Neste caso, de fato, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vítima já existente e a ela pertencente, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano.

Assim, em determinados casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

³ A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada (DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale deçça responsabilità civile*, 2ª Ed., v. 2, Milano: Giuffrè, 1966. apud SAVI, Sérgio. 2006, p. 11).

A perda da chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, deve ser considerada em nosso ordenamento uma subespécie de dano emergente.

A despeito da consistência dos argumentos de Savi, cresce no Brasil os adeptos da corrente que sustenta as chances perdidas como uma terceira modalidade de dano material, ao lado dos lucros cessantes e do dano emergente, sob fundamento de que elas não se amoldam a nenhuma destas categorias.

Cavaliere Filho (2010, p. 80) confirma a ascensão desta posição:

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como *terceiro gênero* de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre em extremo e outro caberia uma graduação, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a *mera possibilidade da probabilidade*.

Na mesma linha, Venosa (2010, p. 40) apregoa:

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro seguimento. Por isso, a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato.

As diversas correntes mencionadas demonstram a relativa novidade que o tema representa para nós. A teoria ainda está em construção no Brasil, daí porque é difícil falar em erros ou acertos dos doutrinadores ou da jurisprudência. O certo é que nada é definitivo em sede de perda de uma chance, podendo a maioria oscilar com bastante frequência até que no futuro se estabeleça uma posição única, com argumentos sólidos e obtidos ao longo das discussões passadas e presentes.

Preferimos, contudo, a par das correntes mencionadas, sustentar que a perda de uma chance sempre constituirá um dano presente e terá a natureza jurídica da vantagem final esperada, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial. Não nos parece correto estabelecer que sempre será indenizada como dano moral, tendo em vista que haverá hipóteses em que as chances frustradas ocasionarão

desfalque patrimonial. É o caso do advogado que perde prazo para recorrer em uma causa valorada em R\$10.000,00. Ao perder a oportunidade de ver tal valor em seu patrimônio, a vítima sofre um prejuízo material, obviamente menor do que o valor esperado, em graduação proporcional ao sucesso da demanda, se interposta tempestivamente.

Nesta situação, concordamos com a doutrina brasileira majoritária, que cria uma nova modalidade de dano material, ao lado do dano emergente e dos lucros cessantes. Com efeito, as chances não se enquadram em nenhuma destas classificações. Não pode ser lucros cessantes, pois estes são incertos e haveria o risco de se indenizar por danos hipotéticos. Também não soa mais adequado, e aí é uma opção teórica, pois, na prática, representam a mesma coisa (danos presentes), enquadrá-las como dano emergente, dada as peculiaridades das chances, que são fixadas de acordo com um juízo de probabilidade. Assim, seria coerente dizer que os danos patrimoniais, além dos consagrados lucros cessantes e dano emergente, teria agora uma nova modalidade *sui generis* – as chances perdidas.

Entretanto, há um ponto que parece ser ignorado pela grande maioria dos estudiosos que alocam a perda de uma chance unicamente como dano patrimonial. Só admitem a reparação de dano moral como um “agregador” das chances, a ser indenizado de forma cumulativa, o que é verdade somente quando a vantagem pretendida ostenta cunho patrimonial.

Mas e quando a vantagem visada possui natureza extrapatrimonial? Aproveitando-nos do exemplo do advogado que perde o prazo para recorrer, imaginemos que a causa verse sobre a guarda de uma criança, adoção ou sobre investigação de paternidade. Como não há patrimonialidade envolvida, poder-se-ia afirmar que não houve dano decorrente da perda de uma chance? Ora, a vítima teve frustrada a oportunidade de obter uma melhora de situação, que era obter a guarda do filho, por exemplo.

O caso fica ainda mais claro nas situações de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que a melhora de situação evidentemente é extrapatrimonial (sobrevida).

Por isso, nas situações em que a vantagem ou prejuízo a ser evitado correspondem a algo sem cunho patrimonial, preferimos sustentar que a

indenização terá natureza jurídica de dano moral. Todavia, obviamente, também nada impedirá que nestas situações sejam cumulados danos patrimoniais se verificado algum prejuízo material na mesma conduta do agente.

Em unidade de pensamento, Rosário (2009, p. 11), muito embora dedique sua obra especificamente à perda de uma chance na responsabilidade civil médica, estabelece a dupla natureza jurídica que pode estar presente na teoria, a depender da vantagem visada. Nos casos de perda de oportunidade de cura, a citada doutrinadora atribui natureza de dano moral à indenização pertinente, sem excluir, porém, a possibilidade de cúmulo com danos materiais decorrentes da conduta do médico. Em seus termos:

O dano material divide-se em dano emergente e lucro cessante. Na seara médica, o dano emergente revela a perda sofrida pelo doente, verificada de forma efetiva no patrimônio daquele. O lucro cessante traduz aquilo que a vítima deixou de auferir em virtude do dano ocasionado pelo médico.

Ora, na perda da chance de cura não se verifica a possibilidade de indenizar o enfermo pelos supostos danos materiais ocorridos pelos seguintes motivos: a condenação é imposta em razão da conduta médica que deflagrou a perda de uma possibilidade de cura; a ação ou omissão do profissional não deu azo ao fracasso do tratamento nem tampouco a morte do doente e, sim, a perda da possibilidade de cura ou de sobrevivência. Desse modo, o médico só poderá ser condenado a compensar o lesado a título de indenização por dano moral.

Não obstante, determinadas situações jurídicas presentes no campo da responsabilidade civil poderão dar azo a indenização por dano material oriunda do fenômeno da perda da chance. Caso típico é a responsabilidade civil do advogado. Nessa senda, o lucro cessante deve ser reparado, tendo em vista o insucesso da demanda ante a violação do dever de cuidado pelo advogado. Exemplo clássico é aquele concernente à perda do prazo para interposição de recurso, ocorrendo preclusão temporal. A perda de uma chance se faz presente, devendo o advogado compensar o cliente pelo ganho que deixou de ser auferido.

Concordaríamos plenamente com Rosário se não fosse, data vênia, seu equívoco quando dispôs que os danos materiais decorrentes da perda da chance de sucesso na demanda pelo ato do advogado que não recorre ostentam natureza de lucro cessante. Como sustentamos, tais danos melhor se classificam como uma terceira modalidade de dano material.

Noronha (2003, p. 666) também prefere atribuir a natureza jurídica das chances de acordo com aquilo que se pretendia ganhar. Sem meias palavras, limita-

se a dizer que “as vantagens futuras e os prejuízos presentes aqui em questão podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, seria desnecessário esclarecer”.

Convergentemente, Cavalieri Filho (2010, p. 77) é sucinto quando diz que “a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético”.

Em resumo, entendemos que as chances poderão ser indenizadas como dano material ou moral, a depender da vantagem que se viu frustrada. No primeiro caso, se provada a violação de algum direito de personalidade, nada impede que se pleiteie também pelos danos morais decorrentes de forma cumulativa. No segundo, de igual modo, provados prejuízos materiais resultantes do mesmo ato, autorizada estará a dupla indenização.

Estabelecida nossa posição sobre o tema, cumpre trazer à tona a corrente que prevalece na França, berço da teoria, uma vez que repercute na doutrina de alguns juristas brasileiros.

Pettefi da Silva (2009, p. 72/100) e Kfoury Neto (2002, p. 96/110) ensinam que naquele país prevalece que as chances devem ser indenizadas como um dano específico e autônomo nos “casos clássicos”, em sintonia com a doutrina majoritária brasileira, acima exposta, ao passo que na seara médica a questão é debatida, não no elemento dano, mas no nexos de causalidade, em que se pugna pela aplicação de uma causalidade parcial nestes casos, tendo em vista a presença efetiva de um dano, com a realização completa do processo aleatório.

Para ficar claro, registra-se que a causalidade parcial é aplicada quando não se mostra possível provar que o ato do agente foi a causa total do prejuízo, impondo o dever de indenizar o prejuízo de acordo com a probabilidade do nexos provado. Assim, por exemplo, se houver 40% de probabilidade de que a conduta do agente tenha causado o dano, a indenização deve ser fixada em 40% do valor total dos prejuízos impostos à vítima.

Os franceses refutam o entendimento de que as situações de perda de chance de cura constituem um dano específico devido ao fato de que a conduta do médico não paralisou o processo aleatório, que chegou até o seu fim com a verificação efetiva de prejuízos. Deste modo, não conseguem diferenciar o dano da

perda de uma chance do dano efetivamente imposto, preferindo mitigar o nexo de causalidade. Por exemplo, se fosse considerado o dano no momento em que o médico se equivoca quanto ao diagnóstico da moléstia, persistiria o dever de indenizar mesmo que se prosseguisse o curso dos acontecimentos e ao final se verificasse a cura completa do paciente, a despeito da falha do profissional.

Pettefi da Silva (2009, p. 246) sustenta que a causalidade parcial é uma opção subsidiária no nosso ordenamento jurídico, frente à concepção ortodoxa do “tudo ou nada” que temos do nexo de causalidade, aplicável somente nos casos em que o processo aleatório chegou ao seu final. Nas demais hipóteses, concorda pela aplicação mais elástica do conceito de dano, alocando as chances como uma modalidade de dano autônomo e específico, nos moldes da doutrina majoritária brasileira. Na mesma esteira, Kfoury Neto (2002, p.111) assevera que “a *perda de uma chance*, no domínio médico, atinge a *causalidade*, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao *prejuízo*”.

Não nos parece o melhor entendimento. Primeiro porque não se mostra necessária a utilização de concepções mais alargadas do nexo causal. Isto porque o liame que deve ser comprovado é aquele existente entre a conduta do agente e a perda de uma chance, isto é, entre o comportamento antijurídico e o ato que tirou das vítimas a oportunidade de melhora. Por exemplo, o dono de um cavalo que participaria de uma competição, mas que foi impedido pela desídia do transportador do animal, para fazer jus à indenização da perda de uma chance basta que prove que a não participação no evento decorreu de ato culposo do agente, não precisando provar que teria ganhado a corrida se tivesse competido. Depois, adotar uma causalidade parcial é admitir a reparação do dano final, ainda que não totalmente, o que significa ressarcimento de prejuízos cuja ocorrência não pode ser atribuída estreme de dúvidas ao agente. Se não se mostra possível estabelecer que o dano foi decorrente de seu comportamento, parece-nos que neste caso também havia reparação de dano eventual.

Quanto ao argumento de que admitir as chances como um dano específico nestes casos é impossível por não poder ser dissociado do prejuízo final, é preciso ter em mente que não é qualquer conduta que é capaz de gerar responsabilização civil pela perda de oportunidade. Se um médico se equivoca

quanto ao diagnóstico dado, mas, nada obstante, a vítima se livra completamente da moléstia que a afligia, evidentemente não poderemos atribuir responsabilidade ao profissional, tendo em vista que não se visualizou o dano, no caso a perda de uma chance de cura. A vítima não teve frustrada a oportunidade de cura e, por isso, não há incidência da teoria. Como vimos, a conduta deve ser relevante e tirar da pessoa a chance de melhora de situação.

Por estes motivos, entendemos que, em qualquer caso, as perdas sempre terão natureza de dano autônomo e específico, podendo ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, a depender da vantagem pretendida.

4.8 Quantificação do Montante Indenizável

Quantificar o valor da indenização pela perda de uma chance não é tarefa das mais fáceis.

O julgador terá que ter em mente em um primeiro momento a vantagem que se pretendia auferir e, com base nela, determinar o *quantum* devido. Obviamente, o valor da indenização deverá ser menor que o dano final, já que não há prova do nexo causal entre este e a conduta do agente. Nas palavras de Cavalieri Filho (2010, p. 78), “a chance de vitória sempre terá valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização”.

Partindo desta premissa, fica fácil constatar que a indenização será maior ou menor de acordo com o grau de probabilidade da ocorrência da vantagem. Assim, se a vítima tinha 70% de chances de lograr êxito em sua demanda, valorada em R\$10.000,00, e seu advogado deixou de recorrer, sua indenização deverá ser fixada em R\$7.000,00, ou seja, 70% do dano final.

Mesmo no caso em que o prejuízo final ostenta cunho extrapatrimonial, o valor da indenização ainda sim deverá ser menor do que seria fixado se provado o liame entre a conduta do agente e o dano final. Por exemplo, no caso do médico que

se equivoca em um diagnóstico, constatando tardiamente a presença de um câncer no corpo da vítima, retirando-lhe a oportunidade de cura, o ressarcimento por dano moral será determinado com base nas estatísticas médicas relativas ao grau de probabilidade de cura de um tumor precocemente constatado. Se, no estágio em que a moléstia se encontrava havia 60% de cura, a indenização será fixada em 60% do que se pagaria por alguém que pereceu por erro médico.

Sobre o tema, com muito mais propriedade assevera Noronha (2003, p. 675):

A determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado vai depender da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse. Essa probabilidade há de ser traduzida numa *percentagem* sobre o valor do *dano total* (ou *dano final*) que o lesado teria, se a vantagem desejada se concretizasse.

Mais adiante Noronha ainda adverte que reparar o dano com base em percentual não significa reparação parcial, mas sim de acordo com a extensão do dano, o que está em perfeita consonância com o artigo 944 do Código Civil.

Enfim, é a casuística que determinará o *quantum* indenizatório. O juiz deverá se valer da equidade, analisando com prudência todos os dados, informações e circunstâncias para estabelecer um percentual de sucesso da vítima caso as coisas tivessem seguido seu normal curso.

4.9 Fundamentos Jurídicos Para Adoção da Perda de Uma Chance no Brasil

A teoria da perda de uma chance não possui previsão legal expressa. Todavia, também inexistente qualquer vedação à reparação de danos decorrentes da frustração de oportunidades.

Além disso, o próprio sistema se mostra favorável à absorção desta nova modalidade de dano, já que o Código Civil atual estabeleceu uma cláusula geral no instituto da responsabilidade civil ao dispor no seu art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E, em complemento, no art. 927 estabelece que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, trabalhando com conceitos jurídicos indeterminados, a lei civil não taxou as possibilidades de dano, deixando a sua caracterização aberta para ser preenchida no tempo, conforme a evolução da sociedade e o surgimento de novos prejuízos até então desconhecidos. Daí porque não vemos óbice para a admissão da perda de uma chance, desde que séria e real, como um dano indenizável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A propósito, sempre bom lembrar as preleções de Savi (2006, p. 86):

... assim como os Códigos Civis francês e italiano, o Código Civil Brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que, como visto, em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar.

Outro fundamento jurídico para a aplicação da teoria, também citado pelo autor supra (2006, p. 86/91), é o princípio basilar da responsabilidade civil da reparação integral dos danos, elevado ao patamar de direito fundamental pela

Magna Carta em seu art. 5º, incisos V e X⁴. Como já tivemos a oportunidade de comentar, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe que o Estado cuide para que a vítima de um dano experimentado injustamente seja plenamente ressarcida de seus prejuízos, tanto os de ordem material quanto os morais. E se assim o é, negar indenização àquele que se vê frustrado de uma oportunidade idônea nos parece afrontar o texto da Constituição Federal, chancelando uma reparação parcial e injusta, impondo ao lesado ônus duplo ao experimentar um dano sem que tenha dado causa e, mesmo recorrendo ao Estado, receber quantia inferior ao desfalque sofrido.

4.10 A Perda de Uma Chance na Jurisprudência Brasileira

Até bem pouco tempo atrás haviam poucos julgados relacionados à aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo a maioria oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Entretanto, tendo o assunto ingressado no Superior Tribunal de Justiça e ganhado repercussão com o julgamento de um caso envolvendo um famoso programa televisivo em 2006, os tribunais começaram a ser provocados a se manifestar sobre a perda de uma chance.

Tal como ocorreu na doutrina, nos Tribunais também não houve uma unidade de pensamento, encontrando os julgadores as mesmas dificuldades enfrentadas pelos doutrinadores na análise da aplicação da teoria. Por tal razão, soa-nos conveniente analisar alguns julgados à luz de tudo o que se expôs ao longo deste trabalho.

⁴ Art. 5º [...]:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

4.10.1 Julgado Paradigma: Caso “Show do Milhão”

A jurisprudência basicamente tem aplicado a teoria da perda de uma chance em casos envolvendo a atividade médica (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência) ou a advocacia. Porém, ainda que timidamente, os tribunais estão começando a desenvolvê-la em outros casos.

Um caso concreto merece destaque, pois esclarecedor da teoria e bastante comentado pela doutrina, que é o julgamento de uma ação interposta por uma competidora do conhecido programa televisivo “Show do Milhão”.

Em linhas gerais, o programa exige de seus concorrentes conhecimentos gerais, onde são formuladas questões com quatro alternativas, sendo uma correta. O seu competidor, conforme for acertando as perguntas, evolui para outro estágio, e os valores vão subindo conforme a dificuldade. A competidora em questão, após acertar todas as perguntas do programa, ao chegar à última, que poderia lhe render um milhão de reais em caso de acerto, ou lhe fazer sair do programa com apenas trezentos reais depois de ter conquistado quinhentos mil reais, deparou-se com uma situação inesperada: não havia alternativa correta. Por este motivo, a competidora decidiu não colocar o seu prêmio já conquistado em risco (R\$500.000,00), deixando de responder a pergunta e, por conseguinte, de faturar mais meio milhão de reais.

Sentindo-se lesada, ingressou com uma ação contra a empresa promotora do programa pleiteando os quinhentos mil reais que, em tese, deixou de ganhar. O pedido foi julgado procedente nas instâncias inferiores, chegando ao Superior Tribunal de Justiça que, com maestria, utilizou-se da teoria em estudo para dar a correta e justa decisão ao caso (REsp. nº. 788.459-BA, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Esta Egrégia Corte reduziu o valor da indenização de R\$500.000,00 para R\$125.000,00, grosso modo, com os seguintes fundamentos: primeiramente, não há como saber se a candidata acertaria ou não. É de conhecimento geral que a dificuldade das questões vai aumentando conforme o concorrente for acertando as perguntas. Além disso, deve ser ponderada a carga emocional do participante que

pode perder considerável dinheiro em caso de erro. Todavia, deve-se levar em consideração que a competidora teve um excelente desempenho ao longo do programa, respondendo acertadamente várias formulações apresentadas. Mostrava-se, portanto, possibilitada de conseguir lograr êxito no final da competição.

Por esta razão, deve ser indenizada, pois é evidente que perdeu uma oportunidade séria e real de se tornar milionária devido a um comportamento reprovável de terceiro, constituindo, portanto, um dano. Segundo a teoria tradicional, como dito alhures, não haveria responsabilidade civil, pois incerta a ocorrência do resultado almejado.

Assim, não estavam equivocados os juízos inferiores ao concederem a indenização, pois evidente há perda de uma chance. O erro consistiu em condenar a ré a pagar o valor do resultado perdido e não pela perda da possibilidade de ganhá-lo. Desta maneira, correta a postura do Tribunal Superior ao reduzir para o valor correspondente a $\frac{1}{4}$ da vantagem perdida, pois levou em consideração o grau de probabilidade de acerto da competidora (uma em quatro alternativas), aplicando ao caso os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, decidindo, pois, com equidade (como se vê, trata-se de um caso em que a vítima tinha 25% de chances e nem por isso deixou de ser indenizada. Com isso, reforçamos o nosso entendimento de que não é necessária a comprovação de que o lesado possuía pelo menos 50% de chances para esta ser considerada como séria, passível de reparação).

Eis a ementa do julgado:

IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO - PERDA DA OPORTUNIDADE. 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. (STJ - REsp 788459/BA – Rel. Min. Fernando Gonçalves – Publ. em 13-3-2006).

Em resumo, o julgado vai de acordo com tudo o que se expôs até agora, dando um importante passo para a compreensão e aplicação da teoria nos mais variados casos que certamente vão começar a surgir.

4.10.2 Outros casos concretos

Em julgamento prolatado em 11 de novembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar a respeito de eventual responsabilidade civil de um advogado que teria, dentre outras questões, perdido o prazo para interpor recurso de apelação (Recurso Especial nº. 1.079.185-MG). Em primeira instância, o juiz julgou a pretensão da autora parcialmente procedente para condenar o recorrido a pagar indenização de R\$2.000,00 a título de danos morais. As partes recorreram e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhecendo a caracterização da perda de uma chance de recorrer, manteve a sentença de primeiro grau, aduzindo ser de ordem moral os prejuízos resultantes do comportamento do causídico.

Interposto Recurso Especial, a relatoria ficou a cargo da Ministra Nancy Andrighi, a qual deu desceu a fundo na teoria da perda de uma chance em seu voto. Saliou a exigência de seriedade e realidade, distinguindo as chances perdidas de simples esperanças subjetivas. Em suas palavras, “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o *‘improvável’* do *‘quase certo’*, a *‘probabilidade de perda’* da *‘chance de lucro’*, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”.

A culta Ministra ainda rechaçou o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de origem de que a aplicação da teoria só poderia levar ao reconhecimento de danos morais, ressaltando que ela também pode conter “contornos materiais bem definidos”, motivo pelo qual reconheceu ser irrisório o valor de R\$2.000,00 arbitrados. Nada obstante, não deu provimento ao recurso, sob fundamento de que os danos materiais já havia sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não poderia ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial, invocando a incidência da súmula 07 daquela Egrégia Corte Superior.

Eis a ementa do acórdão:

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.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1.079.185/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009).

Outro julgamento do Superior Tribunal de Justiça que vale a pena ressaltar é o AgRg no Recurso Especial nº. 1.220.911-RS, cujo relator foi o Ministro Castro Meira. Neste caso, o autor pretendia indenização por danos morais e materiais decorrentes da perda de uma chance de ser aprovado em um concurso para o cargo de Policial Rodoviário Federal, ante sua reprovação no exame psicotécnico. Para negar provimento ao recurso, o citado Ministro sustentou que a oportunidade no caso não era séria e real, alocando os alegados prejuízos como danos eventuais. Considerou não existir prova da probabilidade de não só ser aprovado no concurso (pois até então havia sido aprovado apenas na primeira etapa de conhecimento, restando ainda outras três), mas também em ficar entre as 30 vagas disponíveis no edital, cujas dificuldades são notórias com a agravante do grande número de candidatos inscritos. Ainda ressaltou que o autor havia sido aprovado em outro concurso público, desta feita para o cargo de Procurador Federal, de modo que a teoria somente teria vez se restasse provada a frustração de melhora de situação, o que, segundo ele, não ficou assente nos autos.

O julgamento ficou assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A *QUO* BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação.

3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (*perte d'une chance*) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (*Programa de Responsabilidade Civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.220.911-RS, Rel. Min. Castro Meira, SEGUNDA TURMA, julgado em 17 de março de 2011, DJe 25/03/2009).

Mais uma vez no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.104.665/RS, em 09 de junho de 2009, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, deparou-se com a questão referente à perda de uma chance de cura. Neste caso houve o falecimento de uma pessoa de 70 anos após ser

submetida a uma cirurgia, tendo o autor alegado a ocorrência de negligência por parte do profissional da saúde responsável pelo procedimento cirúrgico. Em primeiro grau não se deu procedência à ação sob a infundada alegação de que não houve prova do nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, deixando-se de se conferir, portanto, validade à teoria da perda de uma chance que, como visto, dispensa prova do nexo causal entre o dano final e a conduta do agente, bastando que se prove o nexo com o ato que resultou na frustração de uma oportunidade. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento para reformar a sentença, impondo indenização no valor de R\$10.000,00 pela perda de uma chance de sobrevivência, sob fundamento de que o profissional não adotou todas as cautelas necessárias para um adequado procedimento cirúrgico, o que causou uma redução nas possibilidades de cura de sua paciente.

Instado sobre o assunto, o Superior Tribunal deu provimento ao recurso interposto pelo médico, não por não reconhecer a existência da teoria da perda de uma chance, mas exatamente por entender não estar presentes os requisitos que a condicionam. Em um primeiro momento, o Ministro supra mencionou que a obrigação do médico é de meio e não de resultado, de modo que, empregados todos os seus conhecimentos, não se pode exigir o restabelecimento da saúde de sua paciente. Para não admitir a responsabilização pela perda de uma oportunidade, alegou não existir nos autos prova da seriedade, realidade, atualidade e certeza de que havia probabilidade de sucesso na cirurgia.

A propósito,

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 DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO ASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a

demonstração de culpa e denexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

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

IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "*teoria da perda da chance*";

V - Recurso especial provido.

(REsp 1.104.665/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009).

Vejamos outros julgados provenientes de Tribunais de Justiça⁵:

Mandato – Indenização – Dano moral – Ajuizamento intempestivo de ação trabalhista para a qual havia sido contratado – Hipótese de perda de uma chance para o cliente – Desídia profissional – Caracterização – Cabimento. Advogado que, contratado para ajuizar reclamação trabalhista, não o faz a tempo, causando ao seu contratante a perda da chance de que seu pleito fosse conhecido, responde pelo prejuízo moral decorrente de sua conduta. (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Ver. 648.037-00/9, 5ª. Câmara, Rel. Juiz Dyrceu Cintra, j. 11.12.2002).

Responsabilidade civil – Preliminar – Hospital – Legitimidade passiva – Morte de recém-nascido – Médica – Imprudência – Culpa caracterizada – Danos morais – Ocorrência – *Quantum* – Manutenção. Em caso de ação indenizatória por erro médico é o hospital parte legítima para figurar no pólo passivo da ação quando o atendimento é feito pelo SUS, que o remunera para tal, máxime quando a escolha da plantonista parte de seu corpo clínico. Preliminar rejeitada. No mérito, trata-se de ação de indenização por erro médico que resultou na morte de recém-nascido. Situação em que restou evidente a imprudência praticada pela profissional que optou por aguardar o agravamento de uma situação que já era grave para realizar a cesariana. Aplicável ao caso, ainda, a teoria da perda de uma chance, oriunda do direito francês, pela qual, se a cesariana tivesse sido realizada logo, talvez o nefasto evento morte não ocorresse. Os danos são evidentes, pois estão *in re ipsa*, isto é, estão intrínsecos à própria ocorrência do evento danoso. O valor da indenização arbitrado em primeiro grau, sopesadas as peculiaridades do caso concreto e os parâmetros balizados pela Câmara, deve ser mantido" (TJRS, número do processo: 70013036678, Data: 22.12.2005, Órgão julgador: Décima Câmara Cível, Juiz Relator: Luiz Ary Vessimi de Lima, Origem: Caxias do Sul).

⁵ Disponível em: TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Vol. 2. 5ª edição. São Paulo: Método, 2010, p. 423/424.

Ação de indenização – Auto que contratou com a demandada serviços de ensino nos quais incluído transporte para realização de concurso público – Atraso decorrente de má prestação nos serviços, que importou em perda de horário para ingresso no prédio onde se realizariam as provas. Perda de uma chance configurada. Indenização arbitrada com moderação. Responsabilidade da recorrente firmada em razão de ter sido através dela promovida a contratação do transporte. Recurso improvido. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (TJSP, Número do processo: 71000889238, Data: 07.06.2006, Órgão julgador: Segunda Turma Recursal Cível, Juiz Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos, Origem: Comarca de Cruz Alta).

Como se vê, a perda de uma chance não é mais um assunto discutível apenas no campo da teoria, encontrando-se atualmente em plena discussão nas Comarcas, Tribunais de Justiça e Tribunal Superior de Justiça, o que somente irá contribuir para o seu desenvolvimento e suprimento de suas deficiências. Espera-se que, na maior brevidade possível, estabeleça-se uma posição jurisprudencial acerca do tema, evitando-se que frustrações de oportunidades continuem sendo ignoradas por alguns magistrados ou mal analisadas por outros.

5 CONCLUSÃO

Criada pelos tribunais franceses para solucionar casos envolvendo principalmente atividades médicas, a teoria da perda de uma chance acabou sendo difundida pelo mundo e ampliando sua zona de aplicação.

Tal teoria foi desenvolvida para resolver a área cinzenta existente entre os lucros cessantes e o dano eventual, pois sempre se teve o entendimento de que o dano indenizável era somente aquele certo e determinado, não havendo o dever de reparar danos hipotéticos ou abstratos.

No entanto, viu-se a necessidade de se indenizar perdas de oportunidades de melhora ou de se evitar prejuízos, em que pese a incerteza da ocorrência da vantagem pretendida. Passou-se a entender que não se podia indenizar por lucros cessantes nestes casos, pois não havia a certeza da ocorrência do resultado, mas também a conduta não poderia ficar sem responsabilidade, pois havia tolhido uma provável e quase certa chance de se auferir um benefício.

Diante da imprescindibilidade da ocorrência do dano para existir responsabilidade civil, aquele, na perda de uma chance, consiste na frustração da expectativa de uma oportunidade, e não no resultado que se esperava obter. Além disso, a chance reparável deve ser séria e real, à luz da análise dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Cabe ao juiz, mediante análise do caso concreto, ponderar se a chance configura um dano passível de indenização e não mero dissabor, irrelevante para o ordenamento jurídico nacional.

Situado entre os lucros cessantes e o dano emergente, a perda de uma chance classifica-se como uma terceira categoria de dano material, de natureza *sui generis* e autônoma, malgrado a doutrina e a jurisprudência não serem pacíficas neste sentido, podendo ostentar cunho patrimonial ou imaterial, a depender do benefício que era esperado.

De tudo o que foi exposto, podemos perceber que a doutrina e a jurisprudência tiveram que criar uma saída para o imbróglio que cercava a responsabilidade civil, desenvolvendo uma teoria para permitir que justas

expectativas frustradas fiquem impassíveis de indenização. Afinal de contas, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5º, inciso V, da Constituição Federal). Além disso, não se pode perder de vista que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927 do Código Civil).

Busca-se, portanto, permitir que vítima tenha reparados os seus prejuízos de maneira integral, tantos os morais, quanto os materiais, consistentes naquilo que efetivamente se perdeu, aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar, e a perda de uma chance.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1972.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008. 1664p.

BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita di una Chance e Certezza del Danno**. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 55-101, anno XXX (1976). apud SAVI, 2006.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

DE CUPIS, Adriano. Il Danno: **Teoria Generale Deçça Responsabilità Civile**. 2ª Ed., v. 2, Milano: Giuffrè, 1966. apud SAVI, Sérgio. 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume 7. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 4ª edição revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 15ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Volume IV. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

KEHL, Saraiana Estela. **A perda de uma chance como um dano autônomo e reparável**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6086>. Acesso em 18 jul. 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. Vol. 2. 6ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações / introdução à responsabilidade civil**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORRIS, Roberto. **Direito das Obrigações e Contratos**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

NOVAIS DIAS, Sérgio. **Responsabilidade Civil**. Coordenadores: LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade Civil: De acordo com o Novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Civil Médica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, RUI. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.079.185/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801684395&dt_publicacao=04/08/2009>. Acesso em: 10 dez. 2011.

_____. AgRg no REsp nº 1.220.911-RS, Rel. Min. Castro Meira, SEGUNDA TURMA, julgado em 17 de março de 2011, DJe 25/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002085030&dt_publicacao=25/03/2011>. Acesso em: 10 dez. 2011.

_____. Recurso Especial nº 1.104.665/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802514571&dt_publicacao=04/08/2009>. Acesso em: 10 dez. 2011.

_____. Recurso especial nº 788459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Publ. em 13-3-2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=perda+de+uma+chance&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11>. Acesso em 09 dez. 2011.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

STOLZE GAGLIANO, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume III. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2. 5ª edição. São Paulo: Método, 2010.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2003.51.10.001761-6, Rel. Des. Guilherme Couto, publicado no Diário Oficial em 5 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2096>>. Acesso em 10 dez. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume IV. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.