

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE: UMA
NOVA VISÃO DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A CIÊNCIA DA
REPARAÇÃO DOS DANOS**

Fernando Pretti Serraglio

Presidente Prudente – SP

2006

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE: UMA
NOVA VISÃO DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A CIÊNCIA DA
REPARAÇÃO DOS DANOS**

Fernando Pretti Serraglio

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente – SP

2006

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE: UMA
NOVA VISÃO DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A CIÊNCIA DA
REPARAÇÃO DOS DANOS**

Monografia de conclusão de Curso
aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Francisco José Dias Gomes
Orientador

Carlos Alberto Destro

Paulo Sérgio Brandi

Presidente Prudente-SP, 29 de novembro de 2006.

Durante os cinco anos do Curso, matérias muitas e diversas são explicadas e estudadas. Mas, reparem, todas elas se prendem umas com as outras. Relacionam-se pelos seus primeiros princípios, pelos seus fundamentos, pelos fins que almejam. Em verdade, podemos até dizer que, durante todo o Curso numa Faculdade de Direito, só cuidamos de uma única disciplina: a Disciplina da Convivência Humana.

Goffredo Telles Junior.

Dedico este trabalho para Paulo Roberto Serraglio, meu querido pai, filho da Faculdade de Direito de Presidente Prudente, incansável defensor da justiça e da honestidade, o qual, nas lágrimas ou sorrisos, no trabalho ou no descanso, ensinou-me as regras básicas existentes na sociedade.

Ao meu irmão Paulo Roberto Serraglio Júnior, que tanto me acompanhou desde os primeiros passos na seara jurídica, trazendo-me a respeitável doutrina da Velha Academia.

Outrossim, dedico este trabalho para Sônia Regina Pretti Serraglio e Lorena Pretti Serraglio, mãe e irmã respectivamente, sem as quais não haveria beleza e alegria no estudo da ciência jurídica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, mantenedor da sabedoria, paciência e disciplina, fundamentais para o deslinde da Faculdade de Direito.

Ao corpo docente da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” que proporcionou os elementos necessários para o início desta caminhada de estudos jurídicos.

Em especial aos ilustres professores Francisco José Dias Gomes e Cláudio José Palma Sanchez, incentivadores da pesquisa e da busca de novos conhecimentos.

Aos amigos de classe que, no momento mais difícil, proporcionaram-me conforto e atenção.

Por fim, aos Doutores Fábio Mendes Ferreira, Juiz de Direito da Comarca de Presidente Bernardes, Hélio Perdomo Júnior, Promotor de Justiça da Comarca de Presidente Bernardes e Paulo Sérgio Brandi, Diretor do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Presidente Bernardes, pelas oportunidades de estudo, trabalho e pesquisa, quando da feliz época de estagiário.

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da responsabilidade civil por danos decorrentes da perda de uma chance. Não havendo regras específicas na legislação, bem como a diminuta pesquisa pela doutrina acerca do tema, os Tribunais brasileiros ainda relutam pela aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance. Quando do reconhecimento da *perte d'une chance*, sejam pelos estudiosos ou pela jurisprudência, ela é aplicada de forma não correta, misturando-se os conceitos de lucro cessante, dano moral e a chance perdida, passível de reparação. Para tanto, abordou-se o atual sistema da responsabilidade civil, fundado na exigência da existência indiscutível dos requisitos conduta, dano e nexo de causalidade. Nesse sentido, tentou-se demonstrar que, malgrado os posicionamentos em contrário, a responsabilidade da perda de uma chance não ofende os princípios e regras da reparação civil. Trata-se, por sua vez, de uma nova sistemática da análise dos elementos que o compõem a ciência da reparação dos danos, mormente no que tange à violação de interesses jurídicos tutelados pela norma, ou seja, o dano. Partindo-se da premissa de que a chance séria e real é havida como interesse jurídico, sua violação acarreta o surgimento de prejuízo, logo devendo ser indenizável.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade. Responsabilidade civil. Conduta. Dano. Dano emergente. Lucro cessante. Nexo de causalidade. Perda de uma chance. *Perte d'une chance*.

ABSTRACT

This paper has as object the study about civil responsibility for damages originated by loss of a chance. There aren't specific rules in a legislation as well as the diminutive search of the doctrine about the subject, so Brazilian Courts are still unwilling for the application of the civil responsibility for damages originated by a loss of a chance. When the *perte d'une chance* (in French) is recognized for the studios or for the jurisprudence itself is applied of an incorrect way mixing interruption profits concepts, moral damages and a loss of chance which it is passable of a indemnification. So I have studied the actual system about the civil responsibility established in necessity of incontrovertible existence of the behavior requirements, damage and causality nexus. This way was tried to show that, in spite of opposite knowledge, the responsibility for loss of a chance doesn't offend civil indemnification principium and rules. It refers, this time, about a new systematic of element analyses that compound themselves, damage indemnification science, mainly in which refers to the violation of juridical interests guarded by law, in other words, damage. According to a principle that a serious and real chance has been had as a juridical interest, its violation brings up the occurrence of harm, so it will be indemnifiable.

KEYWORDS: Responsibility. Civil Responsibility. Behavior. Damage. Emergent Damage. Cessation profits. Causality nexus. Loss of a chance. *Perte d'une chance*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Idéias Gerais.....	13
1.2 Noção de Responsabilidade.....	14
1.2.1 Responsabilidade jurídica e moral.....	16
1.2.2 Responsabilidade civil e penal.....	17
1.2.3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	21
1.2.4 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva: breve análise histórica da responsabilidade civil.....	24
1.3 Síntese dos Elementos da Responsabilidade Civil.....	28
1.4 Natureza Jurídica e Fundamentos.....	29
2. DA CONDUTA	32
2.1 Idéias Gerais.....	32
2.2 Ato Ilícito: a transgressão do dever jurídico primário.....	33
2.3 Ação e Omissão do Agente.....	34
2.3.1 A voluntariedade como requisito essencial da conduta.....	38
2.4 Imputabilidade.....	40
2.5 Responsabilidade Indireta: a busca do ressarcimento da vítima.....	42
3 DO NEXO DE CAUSALIDADE	45
3.1 Idéias Gerais.....	45
3.2 Nexo de Causalidade: conceito e importância do tema.....	46
3.3 Teorias Sobre o Nexo Causal.....	49
3.3.1 Equivalência de causas (<i>conditio sine qua non</i>).....	50
3.3.2 Causa adequada.....	51
3.3.3 Causa direta ou imediata: teoria da interrupção do nexo causal.....	53

3.4	Concausas: berço da interrupção do nexo causal.....	56
3.5	Concorrência de Causas: segue atuação da interrupção do nexo causal.....	58
3.6	Isenção da Responsabilidade.....	59
3.6.1	Fato exclusivo da vítima: o pretense infrator como mero instrumento para o dano.....	60
3.6.2	Fato de terceiro: novamente o indigitado infrator atuando como mero instrumento do dano.....	62
3.6.3	Caso fortuito e força maior: as derradeiras excludentes do nexo causal.....	63
3.7	Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Exercício Regular do Direito e Estrito Cumprimento do Dever Legal: excludentes que atacam a ilicitude do ato.....	65
3.7.1	Estado de necessidade.....	66
3.7.2	Legítima defesa.....	67
3.7.3	Exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal.....	68
4.	DO DANO.....	71
4.1	Idéias Gerais.....	71
4.2	Dano: violação de interesses jurídicos tutelados pela norma.....	72
4.2.1	Características do dano reparável: violação de bem jurídico, certeza e subsistência.....	74
4.3	Dano Patrimonial.....	77
4.3.1	Dano emergente e lucro cessante: o verdadeiro desfalque patrimonial da vítima.....	79
4.4	Dano Moral: idéias gerais.....	81
4.4.1	Conceito: uma nova perspectiva frente ao texto constitucional.....	83
4.4.2	Dano moral direto e indireto.....	85
4.4.3	Dano moral exclusivo e cumulação com o dano material.....	87
4.4.4	Dano moral e pessoas jurídicas.....	89
4.5	Mecanismos de Reparação Dos Danos Materiais e Morais.....	91

5. DA ILICITUDE DA CONDUTA AO DANO SUPORTADO PELA VÍTIMA.....	96
5.1 Idéias Gerais: a responsabilidade subjetiva fundamentada na culpa.....	96
5.2 Culpa Presumida: a transição para a responsabilidade objetiva.....	98
5.3 Responsabilidade Civil Objetiva: a adoção da teoria do risco e a reparação dos danos fundada no prejuízo da vítima.....	99
6. DA PERDA DE UMA CHANCE.....	101
6.1 Idéias Gerais.....	101
6.2 A perda da Chance Como Dano Certo e Determinado: dano emergente, lucro cessante e dano moral.....	105
6.3 A perda da Chance Como Dano Indenizável.....	111
6.4 A Quantificação da Perda da Chance.....	116
6.5 A Jurisprudência Brasileira.....	121
7. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	125
7.1 Idéias Gerais.....	125
7.2. Responsabilidade Civil: a cláusula geral do Código Civil.....	126
7.3 A Reparação Integral Dos Danos e a Proteção da Vítima.....	127
7.4 Perda de uma Chance e Lucro Cessante: causa de pedir e pedido da ação indenizatória.....	130
CONCLUSÃO.....	133
BIBLIOGRAFIA.....	137

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, como ciência que estuda a reparação dos danos, requer, para que seja imposto o dever de indenizar, a verificação e a presença dos requisitos essenciais, quais sejam: a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade.

A culpa, por si só, já não é mais havida como elemento indispensável, haja vista a teoria da responsabilidade civil objetiva adotada expressamente pelo novo Código Civil, em que pese de forma excepcional.

No bojo da ação indenizatória, deverá o jurisdicionado, portanto, demonstrar que, da conduta ilícita, sobreveio um dano, certo e determinando, como consequência direta e imediata da ação ou omissão.

Todavia, não raramente, a verificação do efetivo dano e o nexo de causalidade entre o primeiro e a conduta não resta prejudicada. Nessa hipótese, até então, ficava a vítima desprovida do amparo e abrigo do ordenamento, tendo que suportar os prejuízos.

Na tentativa de criar um mecanismo que não ofendesse os princípios e regras da teoria da responsabilidade civil, assegurando a presença de seus elementos indispensáveis, a jurisprudência alienígena passou a prever a responsabilidade civil pela perda da chance, uma vez que o dano, por si só, não era demonstrável.

Essa corrente está sendo incorporada gradativamente pela doutrina e tribunais pátrios, ainda sofrendo severas críticas dos defensores da teoria clássica da responsabilidade civil, aliadas ao pouco desenvolvimento de trabalhos e estudos acerca do tema.

Diante destes fatos, o presente trabalho visa abordar os elementos que constituem a denominada “teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance”.

Para desenvolver o tema escolhido, partiu-se do princípio de que, determinadas oportunidades de ganho e de se evitar um prejuízo, a despeito de não

serem concretizadas, quando sérias e reais, merecem o respaldo e a proteção do ordenamento jurídico.

Na forma da teoria tradicional do dano, havido como indenizável apenas quando certo e determinado, buscou-se a caracterização da perda de uma chance como subespécie do dano material, na modalidade dano emergente.

Ainda, nesse palmilhar, foi diferenciada a perda da chance do lucro cessante, bem como do dano moral, em que pese os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário.

Mesmo traçando-se as premissas básicas da perda da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo, como o dano material, dúvidas ainda ocorrem quanto à fixação do montante da indenização, tendo em vista a natureza do prejuízo.

Com base nas regras dispostas no ordenamento, no que tange à reparação integral dos danos, bem como no avanço das ciências exatas e estatísticas, um mecanismo de quantificação fora abordado no desiderato de suprir e combater as críticas sobre a impossibilidade de verificação do *quantum debeatur* do dano em destaque.

Dessa forma, a reparação do dano decorrente da perda de uma chance, não admitida expressamente pelo ordenamento, também não é vedada. Ademais, as regras e princípios da própria responsabilidade civil inclinam-se para a absorção da *perte d'une chance*, resguardadas suas características peculiares.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Idéias Gerais

A convivência harmônica dos sujeitos que compõem a sociedade reclama da ordem jurídica o estabelecimento da pacificação nas relações que os norteiam. Assim, na busca desse fim comum, tutelam-se as condutas lícitas ao ordenamento e reprimem-se aquelas contrárias a este.

Não é privilégio da sociedade contemporânea excluir e combater os elementos nocivos à paz social. Em tempos idos, os fatores que desequilibravam o sentimento de harmonia do grupo, clã ou sociedade recebiam reprimenda fugaz e violenta da vítima ou do próprio Estado, quando reconhecido.

A noção de responsabilidade – *lato sensu* – traz à baila a idéia de obrigação, vinculação ao resultado da conduta praticada, sendo essa, não raramente, contrária ao ordenamento.

Nesse contexto, desenvolveu-se a teoria da responsabilidade civil, fundada no primado do restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial, afetado por uma conduta, que transgrediu norma pré-existente. Nessa linha leciona Venosa (2006, p. 2-3):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Responsabilizar alguém pelo dano praticado não conduz ao enriquecimento indevido da vítima, a despeito das inúmeras demandas que se aglomeram nos pretórios. A responsabilização civil é o instituto da reparação do dano e nada mais.

De outro lado, não se busca a ruína para o causador do ilícito. Em que pese o caráter sancionador da obrigação de reparar, mormente em sede de dano moral, o objetivo primordial do instituto em debate é o restabelecimento da situação anterior ao fato contrário ao ordenamento.

1.2 Noção de Responsabilidade

O sentimento de justiça e manutenção da ordem pública recai na imposição de deveres em face dos sujeitos que compõem a sociedade.

Esses deveres, denominados “originais ou primários”, decorrem, em regra, do ordenamento jurídico, bem como das relações negociais entre os sujeitos de direitos, calcados nos bons costumes, na boa-fé, na justiça e na eqüidade,.

Exteriorizam-se em deveres de dar, fazer ou não fazer; ou, de forma global, encontramos aquele que governa as relações privadas, qual seja o dever de não causar dano a outrem, conforme lição precisa de Cavalieri Filho (2005, p. 23):

(...) a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Assim, subentende-se que tais deveres caracterizam-se por condutas impostas pelo ordenamento jurídico no desiderato da convivência pacífica e harmoniosa entre os membros que compõem a sociedade.

Tais condutas, necessárias à convivência social, também podem originar-se das manifestações de vontade. Em outras palavras, o negócio jurídico, bilateral ou unilateral, tem o condão de estabelecer um dever ao indivíduo que manifesta sua vontade, *ex vi* os atinentes ao cumprimento dos contratos.

O não cumprimento da imposição acima descrita, ou seja, a violação ao dever originário faz surgir o ilícito, entendido como toda ação ou omissão que transgredir uma norma pré-existente e que causa dano a terceiro.

A prática do ilícito, por sua vez, é o combustível para o surgimento do dever secundário (derivado): a reparação do dano causado. Novamente, a lição precisa de Cavalieri Filho (2005, p. 23-24):

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever *jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Da mesma forma incorre o contratante que não cumpre as cláusulas do pactuado.

O contrato faz surgir, para as partes, o dever primário, qual seja o cumprimento da avença. Ressalvadas as hipóteses de resolução por onerosidade excessiva¹ e exceção de contrato não cumprido², dentre outras, previstas no Estatuto Civil, o inadimplemento traz à tona o dever secundário, solidificado na reparação do dano.

Desse contexto, surge a idéia de responsabilidade em sentido amplo, fundada na premissa do dever jurídico de composição de danos advindos da transgressão de dever jurídico pré-existente (originário), consoante magistério de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 3):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação de danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

¹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato (...).

² Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

De forma embrionária, salientamos a necessidade da transgressão do dever originário, bem como do dano efetivo, em sede de responsabilidade civil, para caracterização da obrigação sucessiva de indenizar, malgrado algumas exceções, posteriormente analisadas mais a fundo.

1.2.1 Responsabilidade jurídica e moral

Delimitado o âmbito e abrangência da expressão “responsabilidade”, mister traçar as diferenças entre aquela que decorre da violação de norma moral ou jurídica, posto suas diferenças no plano reparatório (exigência) e no ressarcimento dos prejuízos.

Em sede de responsabilização moral não se cogita reparação de dano, pois o mesmo não existe. Não há um conjunto de interesses juridicamente tutelado pela norma; não há patrimônio jurídico em sentido amplo a ser violado.

A aplicabilidade da responsabilização moral tem eficácia apenas no âmbito interno do agente. Vale dizer, a submissão às conseqüências, resultados da violação do dever originário são de ordem pessoal, não podendo o Estado intervir punitivamente, sujeitando o indivíduo a uma sanção.

De forma clara e precisa, ensina-nos Aguiar Dias (1994, p. 4), mencionando doutrina francesa:

(...) não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há prejuízo. Ocorre, aqui, a primeira distinção entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. Esta se confina – explicam Henri et Leon Mazeaud – no problema do pecado. O homem se sente moralmente responsável perante Deus ou perante sua consciência, conforme seja, ou não, um crente. Puramente objetiva, portanto, é a sua noção. Para apurar se há, ou não, responsabilidade moral, cumpre indagar do estado de alma do agente: se aí se acusa a existência de pecado, de má ação, não se pode negar a responsabilidade moral. Essa é a única investigação a proceder.

A idéia de análise interna do agente, a “má ação”, também pode ser facilmente verificada em situações do cotidiano, como permanecer em fila no ponto de ônibus. Não havendo danos físicos, morais ou qualquer ato discriminatório, inexistente regra jurídica que determine a permanência em fila.

Assim, apenas de ordem moral será a represália ao apressado ou desordeiro, desde que, ainda no seu interior, exista o sentimento de respeito à organização no ponto, como regra eminentemente costumeira, diversa do costume jurídico.

Por sua vez, inexistindo prejuízo tutelado pelo ordenamento, a ação do Estado como órgão competente para imprimir uma punição ou assegurar o efetivo ressarcimento da vítima resta prejudicado.

A regra moral não possui coercitividade suficiente para aparelhar eventual atuação estatal. A consequência é meramente interna, em regra calcada na vergonha ou no arrependimento, *ex vi* as penitências religiosas.

1.2.2 Responsabilidade civil e penal

A idéia de responsabilidade, como já se mostrou anteriormente, pressupõe a noção de ilicitude. Em outras palavras, a transgressão de um dever jurídico originário, tendo em vista a conduta ilícita do agente, conduz à apresentação da responsabilidade na forma do dever secundário de reparação do dano.

No direito romano não existia a dicotomia entre ilicitude penal ou civil. Àquele que não respeitasse e ferisse um dever imposto pelo ordenamento era aplicada uma pena severa: privada, na forma mais embrionária; pública, com a evolução e estabelecimento do Estado romano.

A cisão entre ilícito civil e penal é obra do direito moderno, fundamentada, ordinariamente, na repercussão e extensão do dano.

O ilícito civil viola normas de ordem privada, trazendo prejuízos apenas à vítima. O veículo mantenedor da paz social manifesta-se na reparação dos danos apenas, pleiteada pelo ofendido à sua conveniência.

O ilícito penal, por sua vez, enfrenta normas de ordem pública, favorecendo o desequilíbrio da sociedade e prejudicando-a. Tratando-se de interesse público violado, a atuação enérgica e punitiva do Estado faz-se necessária, na forma da imposição de pena, como verdadeira reação da sociedade.

Em hipóteses especiais, a violação alcança interesses públicos e privados, permitindo a reação da sociedade e da vítima, concomitantemente.

Precisas são as lições de Rodrigues (2002, p. 6-7) e Aguiar Dias (1994, p. 8), respectivamente:

No caso de crime, o delinqüente infringe uma norma de direito público e seu comportamento perturba a ordem social; por conseguinte, seu ato provoca uma reação do ordenamento jurídico, que não pode se compadecer com uma atividade individual dessa ordem. A reação da sociedade é representada pela pena.

No caso de ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado. O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo. A reação da sociedade é representada pela indenização a ser exigida pela vítima do agente causador do dano. Todavia, como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer o prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma conseqüência advirá para o agente causador do dano.

Assim, certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam-se tão-somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, enfim, acarretam, há um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva.

Não apenas sob a ótica do interesse lesado distam responsabilidade civil e criminal.

O ilícito que fere normas de ordem pública acarreta ao infrator a submissão à aplicação da pena, intransferível, segundo o princípio da pessoalidade. Outrossim, em contrapartida, obriga-se o Estado a prestar toda a assistência e fornecer os meios para assegurar as garantias ao infrator, tendo em vista sua liberdade estar em xeque.

Cabe ao Estado, também, a prova da culpabilidade do pretense infrator, sendo que qualquer dúvida será dirimida em favor desse último.

Tratando-se de ilícito civil, a resposta do ordenamento não é tão somente a aplicação da pena; visa-se a volta ao *status quo ante*, por meio do sistema de reparação dos danos. Contudo, em sede de lesão a interesses meramente privados, o ressarcimento decorre da atuação da vítima, com base no devido processo legal, em homenagem ao princípio da disponibilidade.

Em regra, a prova da culpa do infrator recairá sobre a vítima, salvo nas situações excepcionais de responsabilidade objetiva, culpa presumida e inversão do ônus da prova, na forma do disposto na Lei n.º 8.078/90³. Nesse diapasão são as pertinentes colocações de Gonçalves (2003, p. 19-20):

Sob outros aspectos distinguem-se, ainda, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Esta é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. Por isso, deve estar cercado de todas as garantias contra o Estado. A este incumbe reprimir o crime e deve arcar sempre com o ônus da prova.

Na esfera civil, porém, é diferente. A regra *actori incumbit probatio*, aplicada à generalidade dos casos, sofre hoje muitas exceções, não sendo tão rigorosa como no processo penal. Na responsabilidade civil não é o réu, mas a vítima que, em muitos casos, tem de enfrentar entidades poderosas, como as empresas multinacionais e o próprio Estado. Por isso, mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm sido desenvolvidos para cercá-la de todas as garantias e possibilitar-lhe a obtenção do ressarcimento do dano.

Outra diferença encontra-se encostada no requisito tipicidade. Fundamentada na aplicação da pena e na reação da sociedade frente ao ilícito, tratando-se de responsabilidade penal, determinou o legislador a subsunção da conduta ao fato previsto anteriormente pela norma, sob pena de atipicidade e não possibilidade de responsabilização.

Quanto à responsabilidade civil, não existe a figura do fato típico. Requer o ordenamento apenas a presença de uma conduta (ação ou omissão), a existência de dano e o elo de ligação entre os dois primeiros requisitos (nexo causal).

³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Em alguns casos, até mesmo a culpa é dispensada, como nas hipóteses de responsabilização objetiva⁴, disposta no Código Civil.

Sobre a imputabilidade do agente, algumas distinções são perceptíveis.

Sob o manto dos princípios da pessoalidade e da individualização da pena, nenhuma sanção poderá passar da pessoa do condenado. Vale dizer que, somente sobre àquele que praticou o ato violador da norma preexistente, recairá a preceito secundário da norma penal incriminadora (pena).

De forma diversa, a responsabilização civil poderá recair sobre pessoa que não praticou o ato, consoante as regras de responsabilização indireta⁵, todas do citado *codex*, fundamentadas no dever de vigilância e guarda.

Por fim, somente os maiores de dezoito anos são responsáveis criminalmente. Os menores, a despeito de praticarem qualquer conduta que se amolde ao fato previsto pelo legislador como típico, não são penalmente imputáveis, tendo em vista o fator etário.

Aos menores que praticarem dano a outrem, o novel Código Civil assinalou a possibilidade de responsabilização direta, desde que a mesma não lhe prive dos recursos necessários e os responsáveis indiretos também não possam arcar com o *munus*, na inteligência do *caput* do artigo 928 e parágrafo único⁶ daquele estatuto.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. P parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

⁶ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

1.2.3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Partindo-se da definição de responsabilidade civil como aquela derivada da violação de um dever jurídico antecedente e que causou dano a outrem, tendo como fundamento o ilícito de natureza civil, pode-se determinar uma divisão, segundo a fonte originária do dever primário violado.

Em regra, como exposto alhures, no desiderato da manutenção do equilíbrio jurídico e harmonização social, impõe o ordenamento jurídico obrigações primárias de dar, fazer ou não fazer aos indivíduos que compõem a sociedade. Em última análise, o dever de não causar dano a outrem, sob qualquer perspectiva.

Esses deveres acima destacados originam-se da idéia de justiça, eqüidade, boa-fé e todos os elementos necessários para a pacífica convivência em sociedade. Assim, cabem aos sujeitos de direito a submissão aos postulados básicos de convivência.

Quando assim não forem respeitados, via ato ilícito, os deveres primários, reclamam o cumprimento do dever secundário, qual seja: a reparação do dano causado.

Nessa linha, diz-se que a responsabilidade civil é extracontratual ou aquiliana, tendo por base a transgressão de dever originário imposto pelo ordenamento jurídico.

Todavia, permite o legislador, em homenagem ao princípio da autonomia das vontades e da estrutura política do Estado liberal, que os sujeitos de direito criem, entre si, deveres originários.

Assim, com fundamento nos negócios jurídicos, bilaterais ou unilaterais, as partes podem envolver-se em um dever primário, sendo o seu descumprimento ensejador de responsabilidade civil. Lê-se, nessa hipótese, responsabilidade contratual, por força da origem do dever primário violado.

Em síntese acurada explica-nos Pereira Lyra, citado por Cavalieri Filho (2005, p. 38):

Na precisa lição do professor Ricardo Pereira Lyra, 'o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado *ilícito* contratual, por isso que mais freqüentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, *o ilícito é extracontratual*, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato.

Com fundamento na finalidade comum da responsabilidade contratual e extracontratual, parte da doutrina defende a idéia da não dicotomia em foco. São os adeptos da teoria monista ou unitária, proclamando a inexistência da responsabilidade civil contratual e extracontratual, mas com a existência tão somente da responsabilidade civil por si só.

A teoria apontada não recebeu amparo do legislador, mormente quando esse distinguiu o tratamento dado às matérias no bojo da legislação civil.

Destarte, em que pese a posição topográfica diversa das normas no Código Civil no trato das responsabilidades negocial e aquiliana, existe verdadeira comunhão na aplicação das mesmas, pois todas visam um único escopo: a reparação do dano.

Algumas diferenças entre responsabilidade civil contratual e extracontratual são visualizadas pela doutrina. Apontam os estudiosos, em regra, os seguintes pontos diferenciadores: capacidade do agente, relação jurídica preexistente e ônus da prova quanto à culpa do agente infrator.

A responsabilidade aquiliana prescinde de relação jurídica anterior ao evento danoso entre o infrator e a vítima. O dever primário violado é aquele fundamentado na proibição geral a todos imposta de que a ninguém é dado causar dano a outrem.

Tratando-se de responsabilidade negocial, cuja fonte geradora do dever primário são as manifestações de vontade do infrator e da vítima, existe uma relação jurídica, precedente ao evento danoso. Nesse diapasão os citados Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 19-20) dispõem que:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Por conta desse anterior contato entre as partes na relação jurídica, bem como a fixação do dever, com o qual as partes pactuaram e assumiram a obrigação de respeitar, a prova da culpa, em sede de responsabilidade contratual, incide sobre o inadimplente.

Sobre a vítima, apenas recai o ônus de demonstrar o inadimplemento da outra parte; ao infrator, a prova de que não agiu com culpa ou a presença de alguma excludente de responsabilidade.

De outro lado, a responsabilidade civil extracontratual requer a demonstração da culpa do agente infrator, por parte da vítima ou aquele que pleiteia a reparação dos danos. A regra é mitigada apenas em sede de responsabilidade objetiva e nos casos de culpa presumida, onde se inverte o ônus da prova. Sintetiza-nos Rodrigues (2002, p. 10):

[...] Em matéria de prova, por exemplo, na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente da responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Quanto à capacidade do agente, o menor apenas se vincula ao pactuado e se responsabiliza pelo mesmo quando devidamente representado ou assistido na celebração do negócio jurídico, salvo a hipótese quando se declara maliciosamente maior, na forma do artigo 180 do Código Civil⁷.

Em matéria de responsabilização do menor por conduta danosa extracontratual, dúvidas não pairam. A regra geral era a da responsabilidade indireta

⁷ Art. 180. O menor, entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

do representante legal, por conta do dever de vigilância. Contemporaneamente, permite-se a própria responsabilização direta do menor, nos limites do citado artigo 928 e parágrafo único do novo Código Civil.

1.2.4 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva: breve análise histórica da responsabilidade civil

O fundamento nuclear da responsabilidade civil nos tempos atuais é a existência efetiva e certa do dano. Assim, nada mais justo, pré-determinar a responsabilidade civil como a ciência da reparação do dano.

Porém, a premissa em debate não fora unânime em tempos passados. Ao contrário, em sua fase embrionária de estruturação como instituto jurídico, a responsabilidade civil tinha por fundamento e centro nuclear a idéia de culpa, *lato sensu*.

Retrocedendo ainda mais no tempo, encontraremos o fundamento da responsabilização pelo descumprimento de dever primário, imposto pelo ordenamento ou pela sociedade, baseado na vingança privada. A noção de culpa nos primórdios da civilização ocidental (Roma antiga) não era havida como elemento ensejador da responsabilização civil.

Durante o período de vigência da vingança privada, como meio de responsabilização do infrator, a idéia de reparação do dano não encontrava guarida no pensamento local. Era apenas o mal pelo mal, não obstante o juízo de reprovabilidade do infrator.

Pelas próprias razões de injustiça e ineficácia, a vingança privada progressivamente perdeu apoio no ordenamento jurídico, cedendo espaço à nova concepção de responsabilização civil com fulcro na idéia de culpa. Nessa linha de pensamento proclama Gonçalves (2003, p. 22):

Primitivamente, a responsabilidade civil era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como o concebemos hoje.

Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a idéia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano.

A responsabilidade civil subjetiva tem por fundamento a análise do juízo de reprovabilidade da conduta do infrator, ensejadora do prejuízo. Presentes os elementos conduta, dano e nexos de causalidade, mister, indelévelmente, a existência do elemento anímico em testilha.

Fala-se, nessa senda, em teoria subjetiva, adotada expressamente pelo legislador infraconstitucional, ao dispor, no art. 186 do Código Civil 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”.

Adotou o Código Civil a culpa em sentido amplo, bipartida em dolo e culpa *stricto sensu*. Contudo, em terreno de responsabilidade civil subjetiva, não há diferença entre a existência da vontade livre e consciente de querer e produzir o resultado e o descumprimento do dever de cuidado objetivo esperado pelo agente; respectivamente, dolo e culpa em sentido estrito. Imprescindível é a demonstração do elemento anímico, em que pese a dicotomia apresentada.

No contexto apresentado, percebe-se que eventual ajuizamento de ação com vistas à reparação de dano ensejará, por parte do autor da demanda, vítima da relação material, a prova do fato constitutivo do seu direito, nas linhas da legislação processual civil⁸.

Em outras palavras, caberá ao prejudicado a prova de que o infrator agiu com culpa na transgressão do dever originário, trazendo-lhe prejuízos.

Assim, por conta de longo movimento doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista a situação peculiar da vítima do evento danoso, em regra hipossuficiente, e a possibilidade de não haver tutela jurisdicional do seu direito, passou-se a admitir a presunção de culpa em determinadas situações e atividades.

⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (...).

Nesse momento, transitório à adoção da responsabilidade objetiva, a teoria da culpa presumida encontrou tutela nos pretórios e, posteriormente, no próprio legislador.

A novel regra trazia a inversão do ônus da prova em sede de responsabilização civil, permitindo, porém, ao demandado, a demonstração de que não agiu com culpa ou que sua conduta estava sob o manto de alguma cláusula excludente de responsabilidade.

Em resumo, precisas as palavras de Pereira (2001, p. 265-266):

(...) na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposos do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposos do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.

Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma idéia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.

Entretanto, o fundamento da responsabilização subjetiva não acompanhou a evolução da sociedade, das máquinas, dos meios de produção e das novas formas de trabalho e negócios.

Situações variadas, mesmo existindo o dano, subsistiram sem a devida reparação do prejuízo, tendo em vista a inexistência de culpa. Ou seja, o elemento anímico demonstrou-se imprescindível ao evento danoso, como outrora se pensava.

Nessa seara, os sentimentos de injustiça e desequilíbrio das relações sociais pairaram no seio da sociedade, pois não existe fato de maior repugnância que a verificação de dano, prejuízo, sem a devida reparação.

Novos contornos e interpretações tenderiam a reconstruir a teoria da responsabilidade civil vinculada, até o momento, na demonstração da culpa do agente infrator.

Coube à doutrina e à jurisprudência, paulatinamente, a modificação da idéia de responsabilização regrada na culpa por aquela que prescindia do elemento anímico, no afã da efetiva reparação do dano.

Inevitável, nesse momento, a lição de Stoco (1997, p. 64):

(...) a multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação do nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre lograram convencer a existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada (...).

(...) Impressionados com essa situação, juristas de escol (salvo os irmãos Mazeuad, ferrenhos opositores da teoria) se rebelaram contra os termos restritivos do art. 1.382 do Código Napoleão (Gaston Morin, Saleilles, Josserand, Georges Ripert), e por via de processo hermenêutico entraram a buscar técnicas hábeis a desempenhar mais ampla cobertura para a reparação do dano. E assim veio a nascer a doutrina objetiva (...).

No contexto formulado pelo abalizado doutrinador supramencionado, incidiu a teoria da responsabilidade objetiva, regrada, comumente, na teoria do risco, nos seus vários aspectos.

Para o novo pensamento, não mais se discute a noção de culpa. Os únicos elementos a serem demonstrados são apenas a conduta, o dano e o vínculo que os ligam. Essa foi a orientação e inspiração do novo Código Civil⁹.

As previsões legais de responsabilização objetiva antecedem o novel Estatuto Civil, decorrentes da evolução doutrinária e jurisprudencial. Como exemplo, são

⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 927), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (grifo nosso).

sempre lembrados os seguintes diplomas legislativos: Decreto 2.681/1912¹⁰ (responsabilidade civil das estradas de ferro); Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 21, XXIII, “c”¹¹ (responsabilidade civil por danos nucleares); Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 37, §6º¹² (responsabilidade civil do Estado); Súmula 28¹³ do Supremo Tribunal Federal (responsabilização dos bancos); dentre outros.

No que tange à “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, na forma do dispositivo em baila, caberá à doutrina e à jurisprudência limitar a incidência e a amplitude do que venha a ser atividade de risco.

1.3 Síntese dos Elementos da Responsabilidade Civil

A análise do art. 186 do Código Civil, fonte nuclear da responsabilidade civil, traz a noção dos elementos gerais que norteiam o instituto.

O tratamento perfunctório, nesse momento, faz-se necessário para melhor compreensão da matéria em estudo, sendo que lineamentos mais aprofundados serão objeto futuros do trabalho.

O primeiro elemento, nas letras do dispositivo em testilha “(...) ação ou omissão (...)”, realça o que se denomina de “conduta”.

Para que exista responsabilização, mister a presença de uma conduta, exteriorizada no fazer ou não fazer, quando o ordenamento exigia o primeiro.

¹⁰ Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais (...).

¹¹ (...) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

¹² As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

¹³ O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

Do lado oposto, como fundamento máximo, a presença do dano é indispensável. Repugna o sentimento de justiça a violação de interesses juridicamente tutelados. Na mesma linha, execrada é a possibilidade, pelos mesmos motivos, da reparação de dano hipotético ou incerto, ensejador do enriquecimento sem causa. Na transição dos dois pólos, encontra-se a possibilidade de reparação da perda da chance.

Por fim, o último elemento norteador da responsabilização é o elo de ligação entre a conduta e o dano por ela praticada. Ou, como se ventila na doutrina e na jurisprudência, o nexo de causalidade.

Percebe-se que o elemento anímico “culpa” não fora citado como elemento caracterizador da responsabilidade civil.

Não olvidamos sua importância em todo e qualquer debate em sede de reparação de danos. A evolução histórica da responsabilidade aquiliana gira em torno da idéia de culpa. Contudo, o advento da teoria do risco, fomentadora da responsabilidade objetiva tornou o requisito anímico destacado um requisito secundário, ou, como se afirma, verdadeiro elemento incidental na responsabilidade civil.

1.4 Natureza Jurídica e Fundamentos

A noção de responsabilidade civil pressupõe, como afirmado anteriormente, a violação de dever jurídico primário, imposto pela ordem jurídica positiva ou advindo de negócio jurídico anterior.

A violação do citado preceito originário, por sua vez, é causa de desequilíbrio social e perpetuação do ilícito no bojo da mesma sociedade.

Destarte, o ordenamento jurídico, nesse liame, não poderá compadecer e calar-se aos eventos prejudiciais que interfiram no sentimento de paz e justiça. Pelo

contrário, reage, automaticamente, impondo uma sanção àquele que violou norma primária e causou dano a outrem.

Assim, aquele que, por meio da ilicitude, transgredir norma jurídica, legal ou contratual, submete-se às conseqüências de sua conduta, vinculando-se à reação do ordenamento exteriorizada pela sanção.

Nessa linha, poder-se-ia definir a natureza jurídica da responsabilidade civil como uma sanção imposta pelo ordenamento, tendo em vista a violação de dever jurídico primário: uma conseqüência lógica e jurídica da violação da norma jurídica.

A sanção, por sua vez, não se confunde com a pena, pois essa relaciona-se com a responsabilidade penal.

Visa-se, de um lado, a reparação do dano causado à vítima, seja por meio da volta ao *status quo ante*, quando possível, ou por intermédio de indenização financeira. De outra banda, a atividade sancionadora do Estado recai sobre o agente causador do ato lícito, tendo em mente a reação do ordenamento e da sociedade pela prática do ato contrário à lei.

Inevitáveis, neste momento, os argumentos de Bittar (1993, p. 16):

Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido (...).

(...) realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir o lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

A reparação do dano, fim máximo buscado pelo instituto em debate, concretiza-se, na melhor medida, com a volta ao estado inicial, anterior à conduta delituosa. Vale dizer, a volta ao *status quo anti*.

Todavia, esse processo não raramente é impossibilitado, tendo em vista a extensão do dano e, principalmente, a natureza do interesse jurídico violado, *ex vi* a situação de dano moral ou dano material que deteriore bens não fungíveis¹⁴, segundo as regras da norma civil. Nessa hipótese, determina o ordenamento e conforma-se a vítima com o ressarcimento via indenização pecuniária.

Levando a foco o causador do ilícito, responde o direito positivo com a imposição da sanção, buscando-se maior repreensão e reprimenda, no afã de prevenir e evitar novas situações da mesma natureza.

¹⁴ Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade ou quantidade.

2. DA CONDUTA

2.1 Idéias Gerais

A responsabilidade civil, contratual ou aquiliana, tem por fundamento lógico a noção de reparação do dano auferido pela vítima.

Com efeito, abraçou o Código Civil, na forma do art. 186, o postulado histórico de que a ninguém é dado causar dano a outrem, definindo o conceito de ato ilícito, bem como as conseqüências quando da sua ocorrência, com as disposições contidas nas alíneas do art. 927, do mesmo *codex*.

Como exposto alhures, os elementos que norteiam o instituto da responsabilidade civil são a conduta, o dano e o nexa causal, sendo a culpa havida, contemporaneamente como elemento accidental, tudo em homenagem aos dispositivos acima delineados.

O dano e o elo de causalidade serão expostos posteriormente, sendo este capítulo destinado ao estudo da manifestação de vontade ensejadora da ilicitude, conjugada com a violação de interesses tutelados pelo direito objetivo.

A par dessa situação, destacar-se-ão os elementos constitutivos da conduta – ação e omissão – tal qual o adjetivo que integraliza e satisfaz a responsabilidade, ou seja, a voluntariedade.

Derradeiramente mencionar-se-ão algumas premissas sobre a imputabilidade e a ilicitude e, por fim, serão feitas considerações acerca da responsabilidade indireta, tangenciando a regra geral de que aquele que por ato próprio, comissivo ou omissivo, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

2.2 Ato Ilícito: a transgressão do dever jurídico primário

O ordenamento jurídico impõe aos membros, componentes da sociedade por ele regida, obrigações de primeira ordem, denominadas pela doutrina como deveres originários ou primários no desiderato da manutenção do equilíbrio das relações que pairam na sociedade.

Esses deveres originários podem surgir da vontade do legislador, do pactuado entre as partes em negócio jurídico bilateral ou unilateral, ou do próprio fim social ao qual está submetido um direito.

A transgressão dos mesmos, em total desrespeito e desarmonia para com o ordenamento, faz surgir o ilícito, consoante lição de Cavalieri Filho (2005).

Assim, estabelecido o ilícito – fator de inquietação social – cumpre ao Estado impor medidas de cunho repreensivo, na tutela da ordem jurídica.

Não raramente, a conduta que infringe o dever primário imposto pelo ordenamento ocasiona lesão a interesses protegidos pelo direito objetivo. Nessa situação, além do fator de inquietação social em abstrato, teremos o prejuízo da vítima, calcado na ocorrência do dano. E, havendo dano, por imperativo legal ou qualquer noção de justiça, o mesmo deverá ser ressarcido, reparado. Essa obrigação de reparação do dano, proveniente de ato ilícito, a doutrina classifica como dever jurídico secundário, conforme o sempre citado Cavalieri Filho (2005).

Em regra, a responsabilidade civil surge no bojo da ilicitude.

A prática de ato ilícito, contrário ao ordenamento, infringindo dever jurídico primário e causando dano a outrem implica no dever jurídico secundário de reparar o dano causado. Cuida a responsabilidade civil de obrigar, delimitar, conceituar e reger as formas de reparação daquele prejuízo proveniente do ato contrário ao direito.

Daí, definir-se responsabilidade civil como o dever jurídico sucessivo decorrente da prática de ato ilícito. Explica-nos, mais uma vez, Cavalieri Filho (2005, p. 24):

É aqui que entra a noção de *responsabilidade civil*. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Todavia, situações há em que o dever de reparar o dano causado prescinde de ilicitude. Em outras palavras, não existe ato ilícito, por expressa disposição legal¹, embora a conduta do agente, trazendo prejuízo a outrem, obrigue o primeiro a ressarcir o segundo², segundo a Lei 10406\02.

2.3 Ação e Omissão do Agente

Estabelecido que a transgressão do dever jurídico primário, na forma do ato ilícito, impõe ao infrator a obrigatoriedade de reparar o dano quando existente, ou, excepcionalmente, quando da não ocorrência da ilicitude, resta analisar de que forma o ato contrário ao direito se exterioriza no mundo fático.

A violação da obrigação primária – legal, contratual ou social – dá-se por intermédio da ação ou omissão do agente.

Com efeito, sendo o ato ilícito o mecanismo de infringência, as regras atinentes aos atos jurídicos são a ele aplicáveis, sobretudo a manifestação de

¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo eminente.

² Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

vontade, livre e consciente, exteriorizada na conduta ativa (ação) ou negativa (omissão).

Nesse momento, vale destacar que alguns acontecimentos naturais, a despeito de trazerem danos aos sujeitos de direito, *ex vi* a chuva que deteriora uma plantação, não são havidos por atos ilícitos, justamente por faltarem-lhes o elemento volitivo da manifestação de vontade humana. São considerados, apenas, fatos jurídicos, sem qualquer conseqüência em sede de responsabilidade civil.

Excluídos os fatos naturais, resta-nos debruçar sobre os atos humanos, praticados pessoalmente ou sob o manto de um ente moral³.

A ação ou omissão é o meio de exteriorização do ato ilícito, sem os quais não se inicia a discussão de haver ou não responsabilização civil. Claras são as palavras de Stoco (1997, p. 54):

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior.

Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso.

Mas a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.

Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil.

A conduta positiva do agente infrator receberá a reprimenda e a não aceitação do ordenamento jurídico, quando e na medida em que esse impõe àquele o dever de abstenção, de não agir, de não realizar determinada atividade.

Exemplos variados podem ser trazidos à tona. O dever de não ofender a incolumidade física de outrem é atacado quando da prática de atos que denigrem a saúde da vítima, causando-lhe lesões.

O contrato também pode ser o berço do dever de não praticar um ato, como nas situações de impor obrigação de não fazer⁴. A manifestação de vontade positiva

³ Denominação dada pela doutrina às pessoas jurídicas.

⁴ Artigos 250 e 251 do Código Civil.

em atos concretos rescinde o pactuado, em clara inobservância às regras do mesmo. A culpa, nessa hipótese, é presumida.

Por fim, a finalidade social de um direito restará prejudicada pela conduta ativa do indivíduo, quando esse, no exercício do direito, exorbitar o uso da faculdade e causar danos a outrem. A reparação dos danos será conseqüência lógica da não observância do dever primário calcado na função social do direito. Bem nos explica Rodrigues (2002, p. 20) essa última hipótese:

Finalmente, a responsabilidade pode emergir de um ato ou omissão do agente que represente infração a um dever social. É possível que a atitude do agente não seja ostensivamente contra a letra da lei, mas contra seu espírito. São os atos praticados com abuso de direito. A lei permite a quem quer seja pedir abertura de inquérito policial. Todavia, se alguém exorbita no exercício desse direito, formulando o pedido de inquérito policial com base em queixas infundadas, pratica ato ilícito e por conseguinte deve reparar o prejuízo causado (RT, 167/269 e 171/141).

A omissão, por outro lado, é a transgressão ao dever primário de agir, imposto pelo ordenamento jurídico, pelo negócio jurídico ou a pela própria finalidade social do direito.

Percebe-se, agora, a não materialização no mundo fático de atos visíveis, posto que a omissão é justamente o não agir quando assim deveria proceder.

Essa modalidade de conduta, na forma da ilicitude, encontra-se melhor visualizada em sede de responsabilidade contratual. Rodrigues (2002, p. 19/20), citando jurisprudência da excelsa corte, exclama:

A responsabilidade individual por omissão é mais freqüente, parece-me, no campo contratual. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“A concessionária do serviço de fornecimento de energia elétrica que descurou do dever de fiscalização é solidariamente responsável pela eletrocussão de pessoa, causada por defeito em linha particular de transmissão” (RT, 452/245).

Na hipótese, a pessoa jurídica titular da concessão omitiu-se no cumprimento do dever contratual de conservar em bom estado a linha de transmissão, e por essa omissão foi julgada responsável pela reparação do dano causado com a morte da pessoa eletrocutada.

Destarte, a omissão ilícita também provém do ordenamento jurídico. Vale dizer, a conduta inativa, em determinadas hipóteses e situações, ofende o dever jurídico de agir, *facere*, imposto pela norma.

Veja-se, por exemplo, a situação do motorista que, por conta de fato de terceiro⁵, acaba causando prejuízo a um ciclista ou pedestre que calmamente caminhava pela calçada. Não haverá obrigação de indenizar a vítima por conta da causa excludente de antijuridicidade em destaque. Todavia, se o mesmo motorista deixar de prestar o socorro necessário ao lesado, e dessa omissão decorrer um dano, o mesmo será responsabilizado.

Ademais, a ação e a omissão podem ser verificadas no mesmo contexto, representando condutas aptas a ensejar a reparação do dano. Em regra, ocorrerá nas hipóteses em que a conduta ativa, por si só, já fora suficiente a proporcionar o evento danoso, muito embora exista, *in casu*, o dever de vigilância de outrem, sobre quem também recairá a responsabilidade, pois transgrediu o dever de agir, ou seja, de vigiar. Novamente Rodrigues (2002, p. 20/21), finalizando o tema, dispõe:

Casos em que o dano resulta a um tempo de ato de uma pessoa e da omissão de outra, por haver esta deixado de cumprir um dever que a lei, ou o contrato, ou as circunstâncias lhe impunham. Exemplo curioso de tal hipótese encontra-se em acórdão de 28 de abril de 1981, do Tribunal de Justiça de São Paulo (*RJTJSP*, 71/98).

Durante uma aula de laboratório, em um curso de artes plásticas, um estudante colocou álcool na tocha utilizada para amolecer acrílico, ocasião em que a chama aumentou e se estendeu ao recipiente. Atirada a garrafa para trás, ela atingiu a vítima, que se feriu gravemente. Esta propôs ação de reparação do dano contra o estudante que atirara a garrafa em flamas e contra a mantenedora do estabelecimento de ensino. A decisão condenou ambos os réus, o estudante pelo seu ato imprudente e a mantenedora por sua omissão, dada sua culpa manifesta, “que não exerceu necessária vigilância sobre os alunos, durante experiências com substância perigosa”.

⁵ Em exemplo elucidativo suscitam Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 129/130): “Em algumas hipóteses, entretanto, o fato de terceiro que haja rompido o nexo causal, sem que se possa imputar participação ao agente, exonera, em nosso entendimento, completamente a sua responsabilidade, devendo a vítima voltar-se diretamente contra o terceiro. Se, por exemplo, o sujeito estiver ultrapassando, com seu fusca, pelo lado esquerdo da pista, uma caminhão, e o motorista deste, imprudentemente, arremessa-lo para fora da estrada, será obrigado (o agente que guiava o carro) a indenizar o pedestre que atropelou? Ou poderia alegar o fortuito, para o efeito de se eximir da obrigação de ressarcir? Não entendemos assim, pois, em tal situação, diferentemente do que ocorre no estado de necessidade, em que o sujeito causador do dano atua para livrar-se do perigo, no abaloamento do fusca, este veículo fora apenas um mero instrumento na cadeia causal dos acontecimentos. Daí porque, no caso, só restaria à vítima acionar o motorista do caminhão”.

2.3.1 A voluntariedade como requisito essencial da conduta

A ilicitude reclama a manifestação de vontade do agente, a qual desembocará no dano. A exteriorização volitiva pode ser ativa, na conduta, ou negativa, na omissão.

Nesse contexto, discute-se se qualquer manifestação de vontade, mesmo que cause dano, tem aptidão suficiente e necessária a dar azo à responsabilidade civil.

Não é qualquer conduta, ativa ou omissiva, que solidificará o elemento da responsabilidade em destaque. Em outras palavras, além da ação e da omissão, reclama a doutrina um segundo elemento, ou uma qualidade da mesma, qual seja, a voluntariedade.

Dessa maneira, excluem-se os atos imprevisíveis, ocasionados por mero reflexos, ou aqueles praticados por quem, em determinadas hipóteses, não tinha qualquer noção de sua manifestação de vontade. Destacam Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 31):

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Por isso, não se pode reconhecer o elemento “*conduta humana*”, pela ausência do elemento volitivo, na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal, e, *involuntariamente*, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si.

Na mesma trilha é a hipótese do indivíduo que sofre de transtornos do sono, ou sonambulismo. Os atos praticados nesse estágio não ensejam a obrigatoriedade de reparar os danos, salvo se a doença ou o problema já fora detectado e era sabido de seus responsáveis, os quais negligenciaram no dever de vigilância do mesmo.

Destaque-se que a voluntariedade não exclui a responsabilidade dos menores e portadores de deficiência mental, ou seja, os incapazes⁶ em sentido amplo. A responsabilidade existirá, independentemente de recair-lhes ou não, pessoalmente, a obrigatoriedade de reparar o dano.

Ensina-nos Gonçalves (2003, p. 36):

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 um 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.

Outrossim, voluntariedade não equivale ao elemento culpa *lato sensu*. A primeira traduz-se na consciência do ato que está sendo praticado; o segundo, na consciência do resultado (dano) a ser buscado. A diferença é enfatizada por Stoco (1997, p. 54), citando lição de Caio Mário da Silva Pereira, senão vejamos:

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo.

Por essa razão, o elemento voluntariedade, definido como a consciência do ato que está sendo praticado, e não do resultado almejado ou ocorrido, encontrar-se-á em seara de responsabilidade civil subjetiva ou naquela que prescinde da culpa.

O fator indispensável, reprise-se, é a manifestação de vontade consciente, “dominável”; o discernimento daquilo que está sendo executado, ativa ou passivamente. O querer o resultado danoso, ou a assunção de seu risco, escapa do elemento conduta e não se confunde com a voluntariedade.

⁶ Artigos 3º e 4º, ambos do Código Civil.

2.4 Imputabilidade

Do conceito de conduta, discute-se a existência ou não de outro pressuposto da responsabilidade civil, ligado à manifestação de vontade e da voluntariedade: a imputabilidade.

Entende-se por imputabilidade a condição pessoal necessária e suficiente para a responsabilização civil, desde que haja uma conduta voluntária e danosa. São aspectos particulares do infrator que permitem a sua responsabilização e possibilitam a reprovabilidade de sua conduta.

Deveras, diz-se imputável o agente que tinha o necessário discernimento do caráter ilícito de sua conduta e, mesmo assim, a praticou. Propõe-nos, Cavalieri Filho (2005, p. 50):

Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.

(...) por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Do conceito em destaque percebe-se que a indagação sobre a imputabilidade pressupõe a existência da responsabilidade. Em outras palavras, imputar alguém é perquirir de quem é a responsabilidade, pois essa já restou demonstrada, ou, “quem é o sujeito responsável, e não se há efetivamente responsabilidade”, nas palavras de Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 30).

A análise das condições pessoais do agente, com fito na atribuição do dever de reparar o dano, tem que ser realizada no caso concreto.

Aos que não sofrerem qualquer limitação de capacidade, a presunção recairá na imputabilidade, quando do ato contrário ao ordenamento e causador de dano. Subentende-se que o agente tinha o necessário discernimento do caráter ilícito da conduta ensejadora de prejuízos a outrem.

De outra banda, aqueles que sofrem restrições na prática pessoal dos atos da vida civil, ou seja, os incapazes, induzem presunção relativa de inimizabilidade. A análise do caso concreto irá delimitar se o agente tinha ou não as condições necessárias para o discernimento da ilicitude de sua conduta. Eis a lição de Aguiar Dias (1994, p. 376), destacando doutrina pátria e francesa:

Assim, como bem expressa Carvalho Santos, a responsabilidade civil depende da capacidade. Mas esta capacidade, advirta-se desde logo, deve ser encarada em relação ao fato concreto, conforme o ensinamento de Savatier, quando mostra a impossibilidade de fazer abstração da pessoa do agente para apreciar a imimizabilidade da culpa. Quem diz culpa diz imimizabilidade. Mas iníquo seria considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada de razão. Um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não o ser para outra.

O princípio orientador, de longa data, de que o absolutamente incapaz, mesmo quando da análise do fato concreto, não poderia responder pelos atos danosos por ele praticados sofreu dura crítica, posto que trazia situações extremamente injustas, sobretudo aquelas quando o incapaz possuía patrimônio de grande monta.

Não havia consenso quanto ao fato da vítima ter que suportar pessoalmente os prejuízos advindos da conduta ilícita dos desprovidos de capacidade, os inimizáveis.

Assim, passou se admitir na doutrina e legislação, consoante o Código Civil de 1916, a responsabilidade indireta daqueles que tinham o dever de guarda ou vigilância dos inimizáveis.

Em medida de elevada contemporaneidade, ao sabor dos reclames da justiça, contemplou o legislador civil, no novel Estatuto, a possibilidade de responsabilização direta do incapaz, outrora reconhecido como inimizável, desde que obedecidas as prescrições externadas no artigo 928 e parágrafo único⁷ daquele *codex*.

⁷ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

2.5 Responsabilidade Indireta: a busca do ressarcimento da vítima

O princípio geral de que a ninguém é dado causar dano a outrem implica ordinariamente na reparação do prejuízo por conta do agente infrator.

A regra natural da responsabilidade civil é imputar a obrigação de ressarcir a vítima por conta do evento danoso. Nesse aspecto, aproxima-se bastante da responsabilidade penal, onde vigoram os princípios da individualização da pena e da personalidade.

Todavia, situações, em não poucos casos, ficarão sem o amparo do ordenamento e a vítima terá de arcar com os prejuízos, quando da adoção dos princípios acima referidos, ou seja, da responsabilidade direta.

Com efeito, por exemplo, o menor que cause dano a outrem e viole dever jurídico não será submetido à reparação dos danos, tendo em vista a falta de imputabilidade, a despeito da existência da responsabilidade civil, em termos técnicos.

Da mesma forma ocorrerá nas hipóteses de fatos jurídicos com cunho ilícito oriundos, seja de ataques de animais, seja da ruína de imóveis ou de objetos lançados do mesmo.

Dessa noção de não ressarcimento da vítima, em busca da preservação dos princípios da justiça e não locupletamento, bem como da manutenção do equilíbrio jurídico, impôs o legislador responsabilidade para certos sujeitos, mesmo não tendo praticado qualquer conduta.

Reclames de justiça realçam o critério trazido pelo legislador, escudado no dever de vigilância, eleição, guarda e custódia. Em outras palavras, aquele que não cumpriu com o dever originário e deu azo para outrem praticar o ato ilícito, haverá de arcar com o dano; em uma palavra: poderá ser responsabilizado civilmente.

Sempre preciso, preleciona Venosa (2006, p. 63) a respeito da responsabilidade direta e indireta:

Cada vez mais, o direito positivo procura ampliar as possibilidades de reparação de prejuízos causados ao patrimônio de alguém. Na introdução desta matéria, apontamos que a primeira idéia de responsabilidade que aflora, dentro do conceito de equidade e justiça, é fazer com que o próprio causador do dano responda pela reparação do prejuízo. Essa noção é a mais restrita no exame da responsabilidade e coincide com a punição do Direito Penal, cuja pena tem sentido social e repressivo. Trata-se da responsabilidade direta do causador do dano ou responsabilidade por fato próprio.

No entanto, se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas. Por isso, de há muito, os ordenamentos admitem que, em situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham ocorrido diretamente pelo evento.

O Código Civil de 1916 previa a responsabilidade civil extracontratual indireta no art. 1521⁸, com fundamento na presunção relativa de culpa dos obrigados, destacados nos incisos daquele dispositivo.

Por exemplo: em síntese, o pai respondia pelos atos danosos praticados pelo filho, tendo em vista o dever de vigilância⁹ sobre o mesmo. A culpa *in vigilando* era presumida, devendo, o responsável indireto, no bojo da relação processual, provar sua isenção de culpa, livrando-se da responsabilidade.

Além disso, dever-se-ia demonstrar a culpa do agente causador direto do dano, pois reinava a responsabilidade subjetiva no Código revogado. Havendo qualquer causa excludente de sua responsabilidade¹⁰, não haveria qualquer motivo de acionar em juízo o responsável indireto.

⁸ Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

⁹ Responsabilidade civil – Acidente de trânsito. Danos causados por menor púbere. Responsabilidade solidária do pai, decorrente da culpa *in vigilando* indenizatória procedente. Acidente de trânsito – ingresso na contramão alegação não provada, que o veículo que vinha em sentido contrário, estava com os faróis altos – Irrelevância – Indenizatória procedente. Anotação da comissão. (1º TACSP – Ap. Cível 0000377128, 29-10-87, 8ª Câmara – Rel. Raphael Salvador).

¹⁰ Responsabilidade civil – Acidente automobilístico. Culpa de terceiro. Hipótese em eu, reconhecida a culpa exclusiva de um dos motoristas implicados no evento danoso, não há razão para atribuir-se responsabilidade àquele que, mero agente físico dos prejuízos, foi envolvido involuntariamente no acidente. Inteligência dos arts. 160, II, 1520 e 1524 do Código Civil. Recurso especial não conhecido. (STJ – Acórdão Resp. 37062/MG - 199300203231 – RE 70890, 10-05-94, 4ª Turma – Rel. Min. Barros Monteiro).

Contemporaneamente, a responsabilidade civil indireta das pessoas elencadas no art. 932 prescinde de culpa. Adotou o legislador civil¹¹ a teoria da responsabilidade civil objetiva, recaindo sobre os responsáveis indiretamente o dever de reparar o dano.

Por fim, na busca incansável para aumentar os meios de composição dos prejuízos e a volta ao *status quo ante* da vítima, possibilitou o novel Código Civil a responsabilidade direta do menor, antes apenas subsidiária, nas regras do *codex* revogado. Resta-nos esperar o posicionamento das cortes, tendo em vista a modificação em destaque, a qual contrariou posicionamento secular de irresponsabilidade do incapaz, por conta de sua inimputabilidade.

Ademais, a própria dicção do art. 928 e parágrafo único do lei 10406/02 dificulta sua incidência, exigindo requisitos que, na prática, pouco se observa, tais como a isenção de responsabilidade do maior ou haver o menor quantidade significativa de patrimônio.

¹¹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

3. DO NEXO DE CAUSALIDADE

3.1 Idéias Gerais

Após a análise do primeiro elemento caracterizador da teoria da responsabilidade civil, qual seja, a conduta voluntária transgressora de norma preexistente, a qual desemboca no dano, mister a aferição do liame que interliga esses dois elementos: o nexo de causalidade.

O exame da relação entre conduta e dano desperta interesse prático e doutrinário, divagando os sábios da ciência jurídica em infindáveis teorias, as quais cotidianamente têm incidência no pretório.

De fato, não é fácil para o aplicador do direito compor o litígio de forma a não prejudicar a vítima, muito menos responsabilizar demasiadamente o agente infrator, pois nem sempre o exame da causa que efetivamente tenha resultado no dano é de simples verificação.

Não raramente, múltiplas são as condições que contribuem para o inadimplemento (dano), decorrentes de condutas simultâneas ou sucessivas. Nessa ordem, imprescindível a observação de qual condição foi suficientemente eficiente ou adequada em produzir o evento danoso.

O entendimento do nexo de causalidade precede ao do elemento anímico culpa, porque há responsabilidade sem essa (*ex vi* nas hipóteses de responsabilidade objetiva), mas não quando da omissão daquele.

3.2 Nexo de Causalidade: conceito e importância do tema

A definição do nexos de causalidade não reporta à ciência jurídica propriamente dita. Em que pese seu largo campo de atuação nas regras de convivência social, insofismável na formação da responsabilidade civil, sua natureza e conceito provêm da própria filosofia, das leis naturais.

Por esse motivo, o legislador infraconstitucional, mormente na elaboração da Lei 10.406/2002 – o novo Código Civil – não mencionou expressamente o objeto em destaque, tendo em mente a complexidade do tema. Deixou a cargo da doutrina sua possível interpretação, apenas destacando alguns dispositivos, conforme será discutido em seguida.

O liame que interliga a conduta violadora do preceito primário e o dano transparece ser de fácil acepção. Ledo engano, pois em sede de responsabilidade civil é o tema que mais desperta disputas, discussões e, mormente, falsas interpretações. Adverte-nos Serpa Lopes (2001, p. 218):

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

A idéia central parte do pressuposto de uma relação de causa e efeito. Vale dizer, a conduta, por maior que seja sua antijuridicidade de forma isolada, caso não desemboque no dano, não poderá ser reprimida pelo ordenamento.

Por outro lado, não se cogita ressarcimento de eventuais prejuízos se, em face deles, não precedeu qualquer ação ou omissão do agente.

Por fim, não encontra campo de atuação a ciência da reparação de danos quando, mesmo da existência de conduta ilícita e prejuízo, esse não for conseqüência da conduta, conforme ensinamento de Alvim (1972, p. 341), citando doutrina alienígena:

Casos há em que a inexecução da obrigação coincide com certo prejuízo sofrido pelo credor, sem que, entretanto, haja relação de causa e efeito (...). Por isso – diz Polacco – ainda que haja inadimplemento e dano, nenhum direito tem o credor ao ressarcimento, se não provar que o dano é efeito do inadimplemento.

Assim, poder-se-ia conceituar o nexó de causalidade como o liame que interliga a conduta contrária ao ordenamento ao dano, patrimonial ou moral.

A idéia central é uma verdadeira relação de causa e efeito entre os outros dois elementos, sem a qual não se cogita a responsabilidade. O dano seria conseqüência natural da conduta praticada pelo agente infrator, na mais perfeita relação entre ambos, tendo em vista a atuação do nexó de causalidade. Sintetizemos Stoco (1997, 63):

Na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexó de causalidade entre uma e outro.

Não basta que o agente haja procedido *contra jus*, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta que a vítima sofra um dano (...).

É necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuridicidade da ação e o mal causado (...).

Porém, como advertimos anteriormente, a singela definição do liame causal não pode nos levar à falsa apreciação de que sua aplicação prescinde de dúvidas e dificuldades.

Em seara probatória, caberá ao autor da demanda indenizatória provar a relação de causa e efeito entre a conduta ilícita do réu e o dano que lhe foi causado; nada mais além do postulado básico de que cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito.

Todavia, nem sempre a atividade probatória é de fácil realização. Demonstrar a ocorrência do dano certo e determinado no bojo processual torna-se menos custoso do que trazer à relação trilateral a prova concreta do nexó de causalidade. O dano, em regra, prova-se por perícia ou vistoria; o liame entre esse e a conduta, nem sempre.

Se ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito, e esse depende da demonstração do nexo de causalidade, assim não procedendo, a consequência lógica será a improcedência do pedido. Discorre sobre o assunto Pereira (1998, p. 76/77):

A matéria referente à dificuldade da produção da prova do nexo causal vem, em princípio, subordinada ao velho aforisma, segundo o qual, ao autor incumbe a prova do que alega – *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*. Ajuizando ação indenizatória, propõe-se o autor provar os requisitos da responsabilidade civil. Se não logra evidenciá-los decairá do pedido. Cabe-lhe, então, provar o vínculo necessário entre o fato e sua pretensa consequência.

Ademais, não fugindo da necessidade da prova do nexo de causalidade, mas sim reforçando sua dificuldade, encontramos o pior entrave na elucidação do citado liame. Tratam-se das hipóteses de causas múltiplas.

Com efeito, não raramente o dano provém da convergência de diversas condições que, de qualquer forma, contribuem para seu evento. São as denominadas “hipóteses de multiplicidade de causas”.

Quando da ocorrência de variadas causas para o mesmo dano, necessária a demonstração de qual ou quais atuaram de forma efetiva para o deslinde do prejuízo. Em outras palavras: delimitar de que causa ou causas o dano foi consequência natural.

A dificuldade será ainda maior quando da hipótese de causas sucessivas, pois uma se torna efeito da outra, em verdadeira cadeia causal que tende se alongar demasiadamente. Na situação de causas simultâneas, o empecilho também ocorre, malgrado a regra expressa no Código Civil¹, destacando a aplicação do princípio da solidariedade, típico da responsabilidade contratual. Bem observa Gonçalves (2003, p. 521) o entrave:

¹ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

A teoria do nexu causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas (...). A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como sendo a responsável pelos danos.

Nesse cenário surgem as teorias explicativas do nexu de causalidade, no desiderato de alcançar a melhor explicação para a elucidação da relação de causa de efeito entre conduta e dano e, conseqüentemente, vislumbrar da responsabilidade e seu responsável.

3.3 Teorias Sobre o Nexu Causal

Não obstante a origem filosófica-natural da expressão “causa”, diversas foram as teorias apresentadas pela doutrina para tentar explicá-la.

Compreender e visualizar o dano como efeito lógico de uma conduta requer, não apenas elementos normativos, devidamente sistematizados. Deve o aplicador da ciência jurídica pautar-se na razoabilidade, na proporcionalidade e na eqüidade, para, enfim, almejar a elucidação do imbróglio trazido pelo nexu de causalidade.

Nessa senda participam as teorias explicativas do liame etiológico em destaque, como mecanismos auxiliares e não como preceitos estratificados que se auto-excluem.

Na relação processual, deverão seus sujeitos, no campo da prova, socorrerem-se da melhor doutrina que explique, no caso concreto, a relação de causa e efeito entre a conduta e dano.

Preferencialmente, destacam-se três linhas de pensamentos acerca do tema em debate: a teoria da equivalência de causas, a da adequação e da interrupção do nexu causal.

3.3.1 Equivalência de causas (*conditio sine qua non*)

Com aplicação mais restrita em seara civil, a teoria da equivalência de causas encontra abrigo na responsabilidade criminal, sendo abraçada pelo Código Penal².

Sua fundamentação está calcada na idéia de que todo antecedente fático que, de qualquer forma ou maneira, contribua para o resultado danoso será havido por causa. Atuação clara e precisa do princípio da *conditio sine qua non*.

Em outras palavras, causa seria todo antecedente cuja subtração acarretaria a não realização do dano, num procedimento hipotético de exclusão.

Tratando-se de antecedente único, como no exemplo cotidiano de um sujeito desferir golpes mortais a outrem, levando-o à morte, mediante a força bruta e física, em regra, dúvidas não recairão.

Contudo, se, no mesmo exemplo, acrescentarmos a figura do médico que não interveio de forma razoável em possível procedimento cirúrgico para salvar a vida da vítima e essa igualmente venha a falecer, dúvidas surgirão quanto à *causa mortis*.

A teoria da equivalência de causas, nesse cenário, não distingue qual o antecedente, o fator causal necessário e suficiente para levar ao evento danoso. Assim nos ensina Pereira (1998, p. 78):

Há uma cadeia de eventos antecedendo o desfecho danoso. Neste caso, é difícil indicar, dentre eles, o nexos, para estabelecer onde se situa a causa real ou eficiente do dano, e, assim, definir a responsabilidade ou indigitar o responsável. Os tribunais belgas, em tal caso, engendraram a teoria denominada da “equivalência das condições”, elaborada originariamente pelo jurista alemão Von Buri para o direito penal, e desenvolvida pela doutrina civilista. Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as “condições” de um dano são “equivalentes”, isto é, todos os elementos que, “de uma certa maneira concorreram para sua realização, consideram-se como causas”.

A crítica que se faz à citada doutrina recai sobre a equiparação, para fins de responsabilidade, de todas as causas ou condições que contribuíram para o

² Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

resultado. Tal situação levaria a um encadeamento desmesurado e infinito das causas que concorreram para o dano. Adverte-nos Tepedino (2001, p. 3):

A inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-números de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade.

No plano fático, não raramente, vários são os fatores antecedentes que interferem na cadeia causal até a desembocadura do prejuízo. Entretanto, nem todas essas condições têm aptidão genérica para perfazer uma relação de causa e efeito com o evento fatídico.

Diversamente da responsabilidade criminal, onde a cadeia causal não tende ao infinito, pois, para responsabilizar o agente, mister a presença dos pressupostos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, consoante o pensamento de Noronha (1993, p. 119) e Mirabete (2003, p. 112); no campo civil tal fato não ocorre, tornando inviável, no mais das vezes, a aplicação da teoria da equivalência das causas.

3.3.2 Causa adequada

Uma segunda linha de pensamento a respeito do liame que interliga a conduta e o dano conduz a um exame probalístico da causa.

Ao contrário da teoria da equivalência de condições, para essa corrente, os antecedentes da cadeia causal não podem ser equiparados, confluindo, de forma idêntica no dano. Vale dizer, mesmo que existam diversos fatores condicionais para a ocorrência do prejuízo, serão excluídos aqueles que não forem abstratamente adequados para a produção do último.

A teoria da causa adequada ganha relevo nas situações de concausas, ou seja, na existência de diversas causas corroborando para o evento danoso.

Nada obsta que o prejuízo tenha sido influenciado por diversas condições, sejam da vítima, do mundo externo ou de condutas de terceiros. E, no mais das vezes, as situações cotidianas nos levam a esse episódio.

Tomemos como exemplo a conduta ilícita de um sujeito que, querendo tirar a vida de outrem, desfere-lhe uma rajada de tiros de pistola. A morte da vítima é inevitável, tendo em mente os ferimentos que a acometeram.

Num primeiro momento, de forma superficial, o nexos causal parece estar escancarado entre a conduta ilícita do 'pistoleiro' e a perda da vida da vítima. Entretanto, se nos lembrarmos da teoria da equivalência de condições, poderíamos também imaginar haver nexos de causalidade entre a morte e: a compra e venda da arma de fogo; a fabricação do revólver; a extração do minério que serviu de matéria prima, etc., pois, sem essas causas, ou seja, eliminando-as da cadeia fática, o dano não teria ocorrido da maneira como ocorreu.

Nessa órbita, a teoria da causa adequada encontra campo de atuação, pois, apesar de todas as condições do exemplo citado concorrerem para o evento danoso, apenas o ato de manuseio da arma, deflagrando intencionalmente os tiros, é causa adequada e suficiente para ensejar o evento morte da vítima.

Em síntese, causa adequada é aquela que, dentre todas as condições necessárias para o dano, num juízo de probabilidade, no plano abstrato, torna-se a mais adequada para a ocorrência do dano.

Resume-nos o preclaro Cavalieri Filho (2005, p. 73/74):

Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado*. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar-se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.

Em síntese, no desiderato da busca da causa adequada, quando da ocorrência de diversas condições que concorrem para o resultado, preliminarmente, deve-se eliminar aquelas que em nada contribuíram para a ocorrência do dano.

Nesse instante, apenas estarão presentes as condições necessárias para o deslinde do prejuízo. Assim, de forma secundária, extirpam-se as condições que, mesmo no plano concreto são necessárias para o dano no nível abstrato, porém, em juízo de probabilidade, não são adequadas para produzir o mesmo.

Necessariamente urge fazer um verdadeiro procedimento de eliminação hipotética de condições, para, no final, restar apenas a límpida causa adequada, intermediando a conduta contrária ao preceito primário e o dano.

Malgrado não possuir o vício da primeira teoria em alargar demasiadamente o nexos causal, segundo melhor entendimento, a presente corrente padece do vício do subjetivismo do juiz, no julgamento do caso concreto, pois cabe a esse sujeito processual a análise, no plano abstrato, da adequação ou não das condições.

3.3.3 Causa direta ou imediata: teoria da interrupção do nexos causal

Além das aludidas teorias da equivalência de causas e causa adequada, proclamam alguns doutrinadores a existência de uma terceira corrente, cuja importância coloca-a como meio termo das primeiras. Denomina-se “teoria da causa direta ou imediata”.

Não possuindo a elasticidade e o excesso da teoria da equivalência de causas, a insegurança jurídica proporcionada por aquela, praticamente inexistente para essa corrente.

De outro lado, diferentemente da escola da causa adequada, a doutrina da causa direta ou imediata não trata perfunctoriamente a causa, em juízo de probabilidade, ao arbítrio do julgador.

Dessa maneira, conclui-se que a teoria em análise propõe-se como verdadeiro meio termo entre as duas anteriormente citadas, desprovida assim, em tese, dos vícios das mesmas.

A teoria da causalidade direta encontra fundamento expresso no Código Civil³, o qual reporta à necessidade do dano ser efeito direto e imediato da conduta ilícita, ou da inexecução (leia-se inadimplemento), como prefere o dispositivo mencionado.

Para essa corrente não há necessidade de realizar o juízo de probabilidade da anterior, no afã de verificar a potencialidade da conduta, num plano abstrato, apta ou inapta a produzir o dano, adequadamente.

Basta, por si só, que a lesão à esfera de interesses tutelada decorra direta ou imediatamente da conduta transgressora do dever primário. Em outras palavras, o insigne precursor da aludida corrente, Alvim (1972, p. 356), proclama:

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução. Ora, a análise destes termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que o inadimplemento se atribua, com exclusividade, à causa do dano.

Destarte, a aplicação da teoria da causa direta e imediata está intimamente relacionada às ocorrências de causas múltiplas, destacando-se as de natureza sucessiva.

De fato, a verificação de concausas requer elucidação mais aprofundada e menos apriorística do nexos causal. Isso significa que a teoria da causa adequada não soluciona diversas situações corriqueiras, como, por exemplo, a do infrator que, apenas desejando causar ferimentos à vítima, ocasiona-lhe a morte, após o primeiro ter desferido um soco no segundo, sendo esse portador de deficiência no sistema esquelético facial.

Consoante o estudado, o ato do agente infrator, em que pese ser causa necessária para o dano, não lhe é adequada, em exame no plano abstrato. A condição preexistente da vítima, em nada interfere no desfecho. Assim, o agente não seria responsabilizado.

De outra banda, a presente teoria consegue explicar a possível responsabilização do infrator, *in casu*. A hipótese é clara e de fácil intelecção, pois, o

³ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

dano nada mais é do que uma conseqüência direta e imediata da conduta do homicida. Logo, deverá ser responsabilizado.

A denominação da presente corrente como “teoria da interrupção do nexos causal” encontra relação justamente na sua principal esfera de atuação, qual seja, a existência de múltiplas causas.

Somente será havida como causa direta aquela que não fora interrompida por outro liame de causalidade, posterior à primeira. Mesmo que a primeira relação causal comporte uma conduta adequada a ensejar o dano, outro fato, posterior ao primeiro, poderá ter o condão de iniciar novo elo de ligação causal com o mesmo resultado.

Tome-se, por exemplo, a hipótese da vítima lesionada corporalmente em discussão com desafeto, e, na ida para o pronto-socorro, por descuido de terceiro que dirigia a ambulância, a mesma capota e ocasiona a morte do primeiro. Inegável que a atuação do motorista e o dano dela decorrente fez surgir um liame causal que interrompe aquele iniciado na discussão, a qual apenas trouxera ao “de cujus” lesões corporais.

Apesar de todo o exposto, a teoria da interrupção do nexos causal não é isenta de críticas, apesar de ser, em tese, a que melhor explica o fenômeno da causalidade, conforme ensinamentos de Gonçalves (2003, p.524), mencionando Agostinho Alvim:

Mas, segundo reconhece o próprio Agostinho Alvim, a teoria da necessariedade da causa não tem o condão de resolver todas as dificuldades práticas que surgem, embora seja a que de modo mais perfeito e mais simples cristalice a doutrina do dano direto e imediato, adotada pelo nosso Código.

Por fim, acreditamos que a melhor forma de detectar o nexos de causalidade não se opera com uma ou outra teoria, isoladamente.

A sistemática de exclusão de causas pode ser a melhor técnica ainda vigente, sobretudo porque não elide qualquer teoria, as quais merecem toda nossa *vênia*.

Num primeiro momento, a teoria da equivalência de condições nos traz as condições necessárias para o evento danoso, pois, sem as mesmas, o prejuízo não ocorreria.

Secundariamente, analisa-se qual a condição mais adequada, em plano abstrato, partindo apenas das necessárias.

Ainda assim, existindo condições concorrendo para o evento dano, busca-se na teoria da interrupção do nexo causal a que exprime o prejuízo como consequência direta e imediata da conduta violadora da norma jurídica, inexistindo prevalência de condição por conta do fator tempo, pois a causa pode ser direta, em que pese remota.

3.4 Concausas: berço da interrupção do nexo causal

Em regra, o dano não deriva apenas de única condição. Vários podem ser os antecedentes que, de qualquer forma, convirjam-se para a consecução do fim comum, qual seja, a lesão à esfera de interesses.

Quando uma condição, de *per se*, não tem o condão de iniciar o nexo causal ou excluir outro já em execução, diz-se que a mesma é uma concausa e tem por finalidade primordial a atuação na facilitação da produção do dano. Bem nos explica Cavalieri Filho (2005, p. 84):

Concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causa, apenas o reforça (...).

Em outras palavras, concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si só, produzir o dano.

Essas circunstâncias podem ser preexistentes à conduta do agente infrator que desembocou no dano, como no exemplo já citado da vítima de agressão portadora de doença no sistema esquelético facial.

Nessa senda, as condições pessoais da vítima, preexistentes ao liame de causalidade, não interferem no mesmo, malgrado a influencia nítida no resultado. Por isso, a aplicação da teoria da causalidade adequada, em debate, não encontra

abrigo, sendo que apenas a doutrina da interrupção do nexo causal explica o motivo do agente infrator, *in casu*, responder por eventual morte da vítima.

Ademais, a mesma regra vale para as condições concomitantes ou supervenientes ao fato antijurídico, com algumas ressalvas às últimas, pois, quando relativamente independentes, têm a possibilidade de interromperem o nexo causal anterior.

Essa hipótese pode ser verificada no multicitado exemplo do terceiro que, tentando socorrer vítima de lesão corporal, leva-a a óbito, por conta de capotagem do veículo utilizado para o socorro. Trata-se de causa superveniente relativamente independente, com o condão de interromper o nexo causal precedente e, assim, isentar de responsabilidade o agente da lesão corporal pelo evento morte.

Logo, quando uma causa superveniente interrompe o nexo causal preexistente, o dano será conseqüência direta e imediata da conduta também superveniente, em verdadeira simbiose com a teoria da causalidade direta e imediata. Nesse sentido, novamente, Cavalieri Filho (2005, p. 85), citando doutrina pátria e estrangeira:

A causa superveniente, conforme já salientado por Agostinho Alvim e Aguiar Dias, só terá relevância quando, *rompendo o nexo causal anterior, erige-se em causa direta e imediata do novo dano*; vale dizer, dá origem a novo nexo causal. De Cupis, estudando a influência desse *quid* posterior na determinação da responsabilidade civil, chega à conclusão de que o fato superveniente só exerce influência quando o dano produzido resulta exclusivamente desse fato, ainda que idôneo para produzir o mesmo resultado fosse o fato preexistente: porque só em tal hipótese – em que o fato superveniente assume papel preponderante e absorvente – é que se pode cogitar de interrupção do nexo causal (...).

Permanecerá com *status* de concausa apenas aquela condição ou antecedente que não possuir a força necessária para interromper o nexo causal já estabelecido, não logrando êxito assim em produzir um dano direto e imediato.

Outrossim, tratando-se de concausas simultâneas, como na agressão praticada por diversos delinqüentes a uma vítima, o nexo de causalidade interage entre todas as condutas injurídicas e o dano.

Para tanto, o Código Civil, em seu artigo 942, com já dito alhures, traz a solução adequada, com base no princípio da solidariedade dos inadimplentes.

3.5 Concorrência de Causas: segue atuação da interrupção do nexo causal

Destaca a doutrina o fenômeno da concorrência de culpas ou de causas quando a vítima colabora, de qualquer forma, para o resultado danoso. Ou seja, a ação ou omissão da vítima contribui para o deslinde da violação de seus próprios interesses.

Importa destacar que, na mesma medida em que fora salientado para o fenômeno da concausa, a concorrência de causas não poderá extrapolar o liame de causalidade preexistente.

Vale dizer que a atuação da vítima não deverá elidir a responsabilidade do agente infrator, sob pena de interromper o nexo causal já iniciado; ou, no mais das vezes, impedir que se origine e, assim, arcar a vítima com todo o prejuízo auferido.

A hipótese de concorrência de causas ou, como prefere a doutrina mais tradicional, a concorrência de culpas, não elide a responsabilidade do agente infrator, justamente porque não houve a interrupção do nexo causal. De fato, o dano é consequência direta e imediata da conduta ilícita, porém, mitigada pela atuação da vítima.

Quando do conflito entre a culpa da vítima e do agente infrator, deverá prevalecer essa última, sob pena de quebra do nexo causal e ausência de responsabilidade do mesmo, na forma da sempre precisa lição de Aguiar Dias (1994, p. 695):

O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria consequências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpa, isto é, a culpa sem a qual o dano não se teria produzido.

Inexistindo a interrupção do nexo causal precedente, ou seja, quando a conduta da vítima apenas contribui para o resultado danoso, deverá ser

responsabilizado o agente infrator, na medida de sua atuação, bem como na da vítima, segundo artigo 945 do Código Civil⁴.

Aliás, nesse sentido, é a explanação de Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 105):

Quando a atuação da vítima também favorece a ocorrência do dano, somando-se ao comportamento causal do agente, fala-se em “concorrências de causas ou de culpas”, caso em que a indenização deverá ser reduzida, na proporção da contribuição da vítima.

Neste caso de culpa concorrente, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso, o que tem de ser pesado pelo órgão julgador quando da fixação da reparação, uma vez que somente há condenação pela existência da desproporcionalidade da culpa.

Descabidas, pois, as antigas proposições de repartição dos danos pela metade, entre infrator e vítima, como se observava na vigência da lei civil anterior, tendo em vista a não previsão do dispositivo acima mencionado.

Caso a conduta ou culpa da vítima seja apta para interromper o nexo causal já iniciado pelo agente, deverá a mesma arcar com todo o prejuízo, pois culpa exclusiva da vítima reclama isenção de responsabilidade do agente.

Frise-se que, em sede de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor não prevê a hipótese de concorrência de culpas (ou de causas), apenas delimitando como excludente de responsabilidade civil a culpa exclusiva da vítima, na forma do artigo 12, §3º daquele estatuto.

3.6 Isenção da Responsabilidade

Um dos temas mais interessantes dentro do estudo da responsabilidade civil, aquiliana ou contratual, refere-se às hipóteses de isenção do dever de reparar o

⁴ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

dano. Trata-se, como prefere doutrina e jurisprudência, das denominadas causas excludentes de responsabilidade civil.

No bojo da relação processual, são essas hipóteses argüidas pelo réu, no encaixo de isentar a sua pretensa obrigação de reparar o prejuízo. Por esse fator, devem ser demonstradas, de forma indelével, no campo da prova.

As causas excludentes de responsabilidade são todas aquelas circunstâncias, antecedentes, fatores que atacam os pressupostos da obrigação de reparar os danos, tornando-a inexistente ou impedindo-a de produzir seus efeitos.

Deveras, são os pressupostos conduta voluntária e nexos de causalidade os mais afetados com a incidência das excludentes, como se verá adiante, dando-se maior ênfase ao ataque sobre o liame causal, campo inegável da teoria da causalidade do dano imediato e direto (interrupção do nexos causal).

3.6.1 Fato exclusivo da vítima: o pretenso infrator como mero instrumento para o dano

Tratamos anteriormente da situação em que a vítima concorre, de qualquer forma, para a produção do resultado danoso, sem, porém, interromper o nexos causal entre a conduta do agente infrator e o dano por aquela auferida.

Em outras palavras, o lesado, por ação ou omissão, contribui para o resultado danoso, malgrado o prejuízo experimentado não seja conseqüência direta e imediata da conduta do primeiro, mas apenas do agente infrator. A esse fenômeno a doutrina lhe empresta o nome de causas concorrentes. E, dentro da ação indenizatória, cada um dos participantes do evento dano responderá consoante o seu grau de culpa, na forma do já mencionado artigo 945 do Código Civil.

De maneira diversa, em não poucos casos, a influencia da vítima na consecução do próprio dano é demasiadamente intensa, a ponto de se atribuir como resultado direto e imediato de sua conduta o prejuízo.

Vale dizer que a conduta do prejudicado não mais apenas influencia de maneira indireta no resultado, mas, sobretudo, perfaz a causa adequada, direta e imediata do mesmo.

Nesse cenário, a conduta do pretense infrator apenas funciona como instrumento para que o resultado danoso se concretize, não lhe sendo atribuída qualquer responsabilidade, tendo em vista a ausência do nexos causal entre ação ou omissão do indigitado delinqüente e o prejuízo conquistado pela vítima.

Exemplo elucidativo, multicitado pela doutrina, consiste na insensata atitude do cidadão que, por qualquer motivo, atira-se contra as rodas de um automóvel em movimento, custando-lhe a própria vida.

Percebe-se que, o fato do carro ter atropelado a vítima e causar-lhe a morte, apenas consiste em instrumento, meio, mecanismo para o evento danoso, pois este é consequência direta e imediata da atitude insana do atropelado. Resumidamente, o nexos causal existente é entre a conduta da própria vítima e o dano por ela auferido, tendo a conduta do motorista, no exemplo, a impossibilidade que interromper aquele liame.

Finaliza-nos Aguiar Dias (1994, p. 693):

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso. É fácil de ver a vantagem que resulta de tal concepção, mais ampla que a da simples culpa, mediante um simples exemplo. Não responde, decerto, uma empresa de carris urbanos, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob um bonde (...).

Finalmente, caberá ao demandado judicialmente a prova de que o demandante, ou seja, a vítima, deu causa ao resultado danoso. Assim não procedendo, será responsabilizado, ou, no mais das vezes, será reconhecida a concorrência de causas, tendo em vista que a excludente de responsabilidade tem que ser cabalmente demonstrada no bojo do processo.

3.6.2 Fato de terceiro: novamente o indigitado infrator atuando como mero instrumento do dano

Além do fato exclusivo da vítima, outra excludente de responsabilidade civil, atuante sobre o nexo de causalidade, igualmente, denomina-se fato de terceiro.

Fato de terceiro é aquele fato ou ato jurídico externo em relação ao qual o dano é lhe atribuído como conseqüência direta e imediata.

Não se trata de mera concausa, mas sim de causa adequada, direta e imediata para o ensejo da violação do bem jurídico protegido.

A existência de eventual relação ou participação de outro agente apenas reporta à noção de instrumento. Por isso, o nexo causal entre conduta e dano apenas se estabelece na ação ou omissão do terceiro. Para aquele que de qualquer forma este presente no evento fatídico, é lhe atribuída apenas a idéia de instrumento, pois falta-lhe a noção de causa e efeito para com o prejuízo.

Bem nos explica e exemplifica Rodrigues (2002, p. 173):

Também no campo da responsabilidade aquiliana o fato de terceiro pode apresentar-se como causa exclusiva do evento danoso; em tal hipótese, a inexistência de relação de causa e efeito entre o fato do causador direto do dano e o prejuízo experimentado pela vítima exonera aquele do dever de reparar. Para que isso aconteça, entretanto, é mister que a ação do terceiro seja imprevisível e inevitável, e que o indigitado responsável não tenha concorrido com qualquer parcela de culpa. Hipótese nítida é a do motorista que circula obedecendo a todas as regras do trânsito e que abalroado por caminhão desgovernado, que, no choque, lança o automóvel sobre um pedestre. O pedestre foi atropelado pelo automóvel, mas a causa do desastre foi o fato de terceiro, isto é, a imprudência do caminhão, circunstância certamente imprevisível e inevitável. Não há relação de causa e efeito entre o aparente responsável (motorista do carro que atropelou) e o dano experimentado pela vítima. Se esta acionar os dois condutores dos veículos, a sentença deverá excluir da demanda a pessoa que dirigia o carro de passeio, pois não foi a causadora do prejuízo.

Outro ponto destacável quanto ao fato de terceiro é sua aproximação da também excludente de responsabilidade caso fortuito. Saliente-se, o paralelismo com o caso fortuito apenas se refere à atuação instrumentária do agente que não de causa ao evento danoso, pois, a conduta ou o fato do terceiro é evento imprevisível

para o primeiro, impedindo, da mesma forma, a formação do nexos causal entre o instrumentário e o dano.

Ainda, na mesma lição, Rodrigues (2002, p. 173):

Portanto, concluindo quanto a esta parte, poder-se-ia dizer que o fato de terceiro, pra excluir integralmente a responsabilidade do agente causador do dano, há que se vestir de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e irresistível. Nessa hipótese, não havendo relação de causalidade, não há responsabilidade pela reparação.

Outrossim, tratando-se da hipótese de responsabilidade civil objetiva, calcada na atividade de risco⁵, *ex vi* a de transporte, que tem por fundamento uma obrigação de resultado e implícito dever de segurança para com os passageiros – cláusula de incolumidade – a jurisprudência extraordinária e o Supremo Tribunal Federal⁶ não vêm admitindo a aplicação da excludente em destaque.

O fundamento do posicionamento está justamente na aplicação da teoria do risco, pois, em assim sendo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o transportador deverá tomar as diligências necessárias para evitar o evento danoso, pois por natureza exerce uma atividade em que o risco é implícito.

3.6.3 Caso fortuito e força maior: as derradeiras excludentes do nexos causal

Também são colocadas como excludentes do nexos de causalidade o caso fortuito e a força maior, tendo em vista a interrupção ou exclusão da relação de causa e efeito iniciada com a conduta do pretense agente infrator.

⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶ Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal: A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Na verdade, não há relação de causa e efeito, pois as causas excludentes em testilha são as necessárias motivadoras do evento danoso.

Divergem os estudiosos da ciência jurídica sobre o conceito de caso fortuito e força maior.

Pequena parcela afirma que são sinônimos perfeitos, pois produziriam o mesmo resultado. Corrente respeitável é a que afirma ser o caso fortuito evento decorrente da natureza e a força maior o derivado da conduta humana, de atos internos. Por fim, não poucos entendem que o caso fortuito liga-se a eventos imprevisíveis, enquanto a força maior a inevitáveis.

Preferimos a última forma de pensamento, calcada no binômio previsibilidade e evitabilidade, não distinguindo ser a causa um ato jurídico (conduta humana) ou fato jurídico (evento jurídico), conforme ensinamento do festejado Venosa (2006, p. 46):

Trata-se aqui de mais um grande tema em sede de responsabilidade contratual e extracontratual. José de Aguiar Dias (1979, v.2:361) reforça a idéia de que as expressões são sinônimas, e é inútil distingui-las. Na verdade, não são, mas atuam como tal no campo da responsabilidade civil. A doutrina, na realidade, não é concorde sobre sua definição e compreensão desses fenômenos, havendo certa divergência. O caso fortuito (*act of God*, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe). A doutrina costuma apresentar as mais equívocas compreensões dos dois fenômenos. Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexa causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

Parece-nos que essa foi a lógica adotada pelo legislador infraconstitucional, segundo artigo 393 do Código Civil⁷.

Dessa forma, caso fortuito seria todo acontecimento imprevisível, segundo os padrões do homem médio e conhecimentos científicos do momento, aptos a ensejar

⁷ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

danos diretos e imediatos, vinculados esses por um nexo de necessidade. Em outras palavras, os prejuízos são causas diretas e imediatas do evento imprevisto, *ex vi* o caçador que, ao tentar matar o felino, erra o tiro e provoca danos no passageiro do ônibus que por ali percorria.

In casu, malgrado o dever de segurança da empresa transportadora, os danos auferidos pela vítima decorreram de evento inesperado.

Quanto à força maior, igualmente pode ser definida como o fato ou ato inevitável, o qual tem o condão de produzir danos direta e imediatamente a ela vinculada. Também proporciona a interrupção de eventual nexo de causalidade já existente, eximindo de responsabilidade o indigitado infrator.

A inevitabilidade, como outrora se afirmou, também deve ser analisada consoante os padrões do homem médio e conhecimentos científicos do momento.

Por fim, tratando-se de excludentes da responsabilidade civil, extirpadoras do nexo de causalidade, sempre deverão ser cabalmente demonstradas na relação processual, pois, na dúvida, não serão reconhecidas.

3.7 Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Exercício Regular do Direito e Estrito Cumprimento Do Dever Legal: excludentes que atacam a ilicitude do ato

Finalizando o debate sobre causas as excludentes do dever de reparação de danos, se faz necessário tecer algumas considerações sobre o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Tais institutos tratam-se de excludentes da responsabilidade civil, e fulminam, não apenas o nexo de causalidade, mas também a ilicitude da conduta, pois quem

age sob o manto das mesmas pratica ato lícito, por disposição legal⁸, na forma do Código Civil.

O fenômeno poderia nos levar a um verdadeiro estado de insegurança, pois o dano ainda persistiria, em que pese proveniente de conduta não reprovável pelo ordenamento, não violadora de preceito primário.

Assim, em homenagem aos princípios de justiça social e equidade, prevê o mesmo *codex*⁹ a possibilidade de reparação de danos, quando da prática de ato lícito, como regra excepcional.

De tudo isso, ainda, mesmo com a eventual reparação dos prejuízos, não há que se cogitar em estrita responsabilidade civil do agente, pois inexistente conduta transgressora do dever primário; não há ilicitude. Apenas, em caráter excepcional, reparação de danos por mandamento legal.

3.7.1 Estado de necessidade

Configura-se o estado de necessidade quando da lesão a interesses juridicamente tutelados, de igual ou menor valor ao que se protege, tendo em vista a situação de perigo iminente. Ademais, acrescenta-se que o agente que age sob a sombra dessa excludente não poderá exceder “os limites do indispensável para a remoção do perigo”, bem como deverá ser “absolutamente necessário” o agir nesse sentido, conforme dispositivo supra.

⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁹ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Visualiza-se perfeita situação ensejadora de responsabilidade civil, não fosse a permissão legal da ofensa a outrem ou sua coisa, pois presente estará a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Ausente, apenas, a ilicitude.

Hipótese sempre citada é a do motorista que, ao invés de atropelar a criancinha perdida no meio da avenida, desloca seu veículo contra o muro ou automóvel de outrem, protegendo a vida do menor incapaz.

Em situações mais desesperadoras, lembremos do ato de retirada da vida de outrem para que o pretense delinqüente alimente-se de sua vítima, quando do desastre nas montanhas da Cordilheira dos Andes.

Caberá ao juiz, no caso concreto, avaliar os pressupostos acima apontados, mormente se era necessária a violação ao bem jurídico protegido, e se o agente agiu de forma não excessiva.

Também, o perigo tendo sido ocasionado por terceiro, caberá à vítima acionar o causador do dano para que o repare, tendo esse direito de regresso contra o terceiro, na forma dos já citados artigos 929 e 930 do Código Civil. Perdeu o legislador a oportunidade de modificar a regra no novel Estatuto Civil, permitindo que a vítima acionasse diretamente o terceiro causador do prejuízo, em prol da efetividade processual e pacificação social.

3.7.2 Legítima defesa

Constitui-se a legítima defesa, na resposta a uma ameaça ou perigo provocado por terceiro, contra si ou terceiros, iminente, injusto, utilizando-se os meios necessários e adequados dispostos no momento.

Diversamente do estado de necessidade, a presente excludente de responsabilidade é uma reação a determinada provocação; não é o agir, mas sim o contra-ataque permitido pela norma, a qual não condiciona o sujeito de direito ao acovardamento, à fuga.

De outro lado, trilhando o mesmo caminho que a primeira excludente de ilicitude, o ato praticado em legítima defesa não poderá extrapolar os limites desejados para sua função. Ou seja, repele o ordenamento o ato praticado em excesso, sob pena de ilicitude do mesmo.

Salientemos que, por conta do disposto no parágrafo único do artigo 930 do Código Civil, o agente que agiu em legítima defesa e ofendeu terceiro, terá o dever de reparar aquele dano. Este fenômeno se denomina legítima defesa em erro de execução, a qual, no juízo cível, não elide a responsabilidade do agente. Desta maneira posiciona-se Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 115):

Vale lembrar que, se o agente exercendo sua lícita prerrogativa de defesa, atinge terceiro inocente, terá de indenizá-lo, cabendo-lhe, outrossim, ação regressiva contra o verdadeiro agressor. Nesse sentido, confirmam-se os arts. 929 e 930 do NCC.

Derradeiramente, também não configura excludente de ilicitude o fato do agente ter repellido injusta agressão, contra si ou terceiro, iminente, utilizando-se dos meios moderados à sua disposição, todavia, quando o fato apenas repercute no seu conhecimento.

Não acolheu o legislador civil a excludente da legítima defesa putativa, presente, quando, o cidadão, ao encontrar seu desafeto, imaginando que este irá retirar uma arma do bolso e matar-lhe, mata-o primeiramente, quando, na verdade, a vítima iria apenas retirar um lenço.

3.7.3 Exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal

Fechando a noção de excludentes de responsabilidade civil destacam-se os atos praticados no exercício regular do direito ou no cumprimento do dever legal.

Aqueles são os realizados *secundum legem*, pois age lícitamente aquele que, com sua conduta, não transgride as regras do ordenamento.

Atua dessa forma o sujeito que autorizado pela autoridade municipal, promove o corte de árvores da fachada de sua residência; o grevista, no gozo de suas reivindicações e dentro dos limites da lei; o lutador de boxe ou qualquer outro atleta que provoque 'lesão' ao colega de serviço; os pais nas correções físicas e morais decorrentes do poder parental, etc.

Ao contrário, praticará ato ilícito toda pessoa que fugir dos limites impostos pelas regras de convivência social, quando da sua conduta. A este fato a doutrina denomina de abuso de direito, senão vejamos com Monteiro (1995, p. 282):

Não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido (art. 160, n.º I). *A contrário sensu*, o ato jurídico no exercício não-regular de um direito será ilícito. Aí está, como observa Clóvis, a condenação ao abuso do direito, cuja noção ainda não se encontra definitivamente cristalizada.

Bem observava o precursor do Código Civil de 1916, citado por Washington, pois aquele antigo diploma legislativo não mencionava regra expressa sobre o abuso de direito. A ilicitude era determinada em interpretação ao dispositivo que tratava justamente do exercício regular do direito, trazendo, assim, calorosas discussões e entraves processuais.

Porém, o novo Estatuto Civil¹, em seu artigo 187, colocou fim ao imbróglio, definindo o ato ilícito como sendo também aquele decorrente do exercício abusivo de um direito, quando da violação de sua função social principalmente.

A noção de abuso de direito tem marcante influencia no campo dos direitos reais, mormente em sede de direito de propriedade, o mais absolutos dos direitos subjetivos daquela espécie.

Contudo, em qualquer espécie de direito subjetivo, persiste a noção de uso adequado do mesmo, na forma de sua função social, econômica, ou, como a boa-fé e os costumes permitem. Eis a sempre clara lição de Venosa (2003, p. 604):

Concluimos, portanto, que o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no *ato abusivo*. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados.

¹⁰ Art. 927. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sobre o estrito cumprimento do dever legal, poucas considerações podem ser colocadas, tendo em vista não haver significativa diferença ou aversão em face do exercício regular do direito.

Com a devida vênia, acreditamos que o estrito cumprimento está subentendido no exercício regular do direito. Eventual excesso deverá ser analisado tendo em vista a origem do mandamento que deflagrou o dever, ou como este fora cumprido.

Havendo excesso, da mesma forma que no exercício regular do direito, preponderará a ilicitude do ato, ensejador de responsabilidade civil.

4. DO DANO

4.1 Idéias Gerais

O último elemento geral da responsabilidade civil – o dano – traduz e carrega a maior importância no seio da ciência da reparação do dano, tendo em mente a imprescindibilidade do prejuízo auferido pela vítima.

Dano e prejuízo, nesse sentido, equivalem-se e são requisitos indispensáveis para a reclamação em juízo, tendo em vista o pedido de provimento jurisdicional ressarcitório.

A ocorrência de lesões a bens jurídicos não se coaduna com os fins visados pela sociedade, trazendo situações de instabilidade e insegurança.

Destarte, no respaldo aos diretamente prejudicados, foco dos conflitos sociais, bem como em atividade preventiva, erigiu o legislador constituinte a reparabilidade dos danos causados aos inocentes, sejam quais forem a suas naturezas (patrimoniais ou não-patrimoniais), no texto da Lei Maior¹.

A possibilidade de a vítima ser indenizada pelos danos sofridos decorrentes de ato ilícito não implica na utilização da máquina estatal como meio de enriquecimento indevido. Deveras, a responsabilidade do agente infrator mede-se única e exclusivamente pela extensão do dano², devidamente comprovado no bojo da ação competente.

¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (Código Civil).

Dessa maneira, evitou o legislador a propositura de demandas infundadas, verdadeiro ranço da efetiva prestação jurisdicional e combustível da famigerada indústria da indenização.

Ainda, torna-se indispensável a existência do elemento dano para eventual responsabilização do infrator. Sem ele, a indenização paga à pretensa vítima equivale ao enriquecimento indevido e, ao hipotético infrator, injusta condenação.

Por outro lado, demonstrada a verificação do prejuízo, sua reparação, direta ou indiretamente, conduz à legítima expectativa do credor em se haver ressarcido e à aplicação de sanção ao devedor inadimplente.

Existe o dever de reparar sem culpa, como nas situações de responsabilidade objetiva; todavia, inexiste o dever quando da ausência de prejuízo. Da mesma forma, pouco interessa se o fundamento da responsabilização está calcado na infringência de norma contratual ou legal. Ocorrendo dano, o dever de o reparar restará subentendido, seja a responsabilidade contratual ou extracontratual.

4.2 Dano: violação de interesses jurídicos tutelados pela norma

A definição de dano sofreu significativas modificações em vista do agigantamento da teoria e ciência da reparabilidade dos danos morais.

Em tempos pretéritos, o instituto em testilha perfazia tão só o prejuízo patrimonial sofrido pela vítima. Uma simples fórmula matemática teria a aptidão de mensurar o *quantum* indenizatório, pois este nada mais seria do que a diferença entre o valor do bem jurídico patrimonial inicial (antes da conduta transgressora de dever primário) e o final (após o ato ilícito).

Nessa corrente de pensamento passado, explana Serpa Lopes (1995, p. 381), mencionado doutrina alienígena:

O grande problema conceitual do dano assenta em saber se à sua função é suficiente apenas a existência de um mal causado por uma pessoa a outra, ou se se torna necessário o concurso da vontade do lesado. THÜR entende-o como uma diminuição do patrimônio, pois o atentado aos interesses pessoais não representa um prejuízo no sentido legal, desde que o patrimônio não haja sido atingido; a soma em dinheiro paga por esse motivo, em certos casos, não constitui um ressarcimento, senão uma satisfação, uma reparação moral. E aduz: uma diminuição do patrimônio não é um prejuízo, senão quando se produz contra a vontade do proprietário desse patrimônio, ou pelo menos sem o seu consentimento (grifo nosso).

Entretanto, não apenas os bens patrimoniais, interesses aferíveis em pecúnia, são suscetíveis de violação. O ordenamento jurídico protege outra classe de direitos subjetivos, não redutíveis economicamente, mas cuja violação acarreta prejuízos à vítima. Assim, a concepção clássica de danos, fundamentada no prejuízo patrimonial *stricto sensu* cedeu ordem para este novo entendimento, consubstanciado na violação de interesses jurídicos – patrimoniais ou extrapatrimoniais – tutelados pela norma jurídica.

A lesão de interesses únicos e exclusivamente redutíveis em valor monetário, *ex vi* uma casa, carro, etc., deixava a par da reparação civil outros valores, direitos subjetivos que, quando violados, transgredidos, traziam prejuízos ao credor.

Nesse palmitar, poder-se-ia definir dano como sendo a violação de interesses e bens jurídicos – patrimoniais ou extrapatrimoniais – tutelados pelo ordenamento jurídico. Desta maneira, são protegidos, abstratamente, os bens de natureza patrimonial (bens corpóreos por excelência) e os não-patrimoniais (direitos da personalidade³, honra, etc).

Precisa a síntese de Cavalieri Filho acerca do instituto (2005, p. 96):

Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

³ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (Código Civil).

A violação a bens jurídicos de caráter patrimonial, mensuráveis em valores econômicos, traduz e implica ao devedor uma prestação pecuniária na busca de seu ressarcimento, quando impossibilitada a volta ao *status quo ante*.

Com efeito, se o bem jurídico transgredido tiver natureza patrimonial, desde que essa violação na afete outros valores de ordem interna, psíquica da vítima, a única conseqüência será o surgimento do dano patrimonial. Em outras palavras, há coincidência entre a natureza do bem jurídico violado e sua conseqüência: violação de interesse patrimonial e dano desta mesma espécie.

Contrariamente, em sede de interesses jurídicos extrapatrimoniais, como a vida, a honra, o nome, a privacidade, etc., a violação destes direitos subjetivos nem sempre desemboca no dano moral, podendo ocorrer prejuízos de ordem patrimonial. Vale dizer, a natureza do bem jurídico violado não equivale à do dano.

Exemplifique-se com a ofensa deturpadora da honra de um indivíduo; tratando-se de comerciante ou qualquer outro profissional liberal que necessite de clientela, a lesão ao seu interesse não-patrimonial ensejará danos patrimoniais, quando do afastamento dos consumidores de seus serviços ou produtos.

Nesse mesmo sentido, quando da ofensa a uma bem patrimonial, cujo valor era inestimável, porquanto se tratava de bem deixado por antecessores, por exemplo, além dos danos materiais visíveis, factíveis, outros prejuízos de ordem pessoal, interna podem acometer a vítima, melhor dizendo, poderia haver a ocorrência do dano moral como projeção de lesão a interesses patrimoniais.

4.2.1 Características do dano reparável: violação de bem jurídico, certeza e subsistência

Para que o dano seja ressarcido, direta – quando da possibilidade da volta ao estado inicial anterior à lesão – ou indiretamente – mediante compensação pecuniária -, mister, preliminarmente, a violação de um interesse ou esfera de interesses jurídicos tutelados pela norma jurídica por uma conduta transgressora de

dever primário, e, ainda, que entre ação ou omissão e dano exista um liame de causalidade.

Como exposto alhures, essa violação atinge bens de ordem material, aferíveis em valores pecuniários, bem como interesses de esfera pessoal, não mensuráveis economicamente, pois se tratam, em regra, de direitos personalíssimos. Nessa linha de pensamento, destaca Diniz (2003, p. 62):

O dano acarreta lesão nos interesses de outrem, tutelados juridicamente, sejam eles econômicos ou não. Se alguém atropelar uma pessoa, os danos causados podem consistir na privação da vida da vítima do acidente, nos ferimentos, na amputação de órgãos, nas deformações estéticas, na incapacitação física ou intelectual, na inutilização do vestuário etc. Se alguém caluniar outrem, os danos poderão consistir na afetação do bom nome do caluniado, na perda do emprego ou de algum negócio, na doença nervosa que o atingido contrai etc. Esses prejuízos são designados como danos reais causados pelo fato lesivo. Todo prejuízo é o dano a alguém. Não há dano sem lesado, pois só pode reclamar indenização do dano aquele que sofreu a lesão.

A lesão aos interesses torna-se peremptória, sob pena de, com o provimento jurisdicional condenatório do réu em demanda indenizatória, este ser injustamente sancionado e a pretensa vítima, autora, enriquecida indevidamente.

Outra característica indispensável para a indenização justa reflete-se na certeza do prejuízo. Danos potenciais, hipotéticos, eventuais, remotos, não têm o condão de ensejar a reparação, posto que, juridicamente, não ocasionam prejuízo.

A certeza do dano, por sua vez, não se traduz no aspecto quantitativo, presencial, mas, apenas, na sua existência. Pode a violação de interesses jurídicos acarretar conseqüências futuras, como, por exemplo, a perda do emprego, decorrente de inaptidão da vítima para com os serviços, tendo em vista as lesões corporais decorrentes de ato ilícito...

Desde que esses danos, presentes ou futuros, sejam conseqüência direta e imediata da conduta infratora, interligados por um liame de necessariedade, o requisito certeza restará cumprido. Em poucas palavras, o dano é certo quando existe, segundo, novamente, Diniz (2003, p. 62/63), citando doutrina estrangeira:

A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante, como nos ensina Acunã Anzorena. A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu o dano pode ser atual ou futuro, isto é,

potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação, como, p. ex., quando uma pessoa é vítima de lesões corporais num acidente de trânsito e perde um braço, o que diminuirá sua capacidade de trabalho. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, uma consequência necessária, pois, se esta for contingente, o dano será incerto.

Além disso, não raramente, a vítima que recebeu diretamente a conduta do agente infrator não suporta exclusivamente os danos. Outras pessoas ligadas com ela por laços de parentesco suportam tanto quanto ela os prejuízos, em que pese não serem alvejadas pela conduta ilícita. Trata-se da hipótese de dano indireto, reflexo, ou em ricochete. Bem nos explica e exemplifica o insigne Pereira (1998, p. 44):

Se o problema é complexo na sua apresentação, mais ainda o será na sua solução. Na falta de um princípio que o defina francamente, o que se deve adotar como solução é a regra da certeza do dano. Se pela morte ou incapacidade da vítima, as pessoas, que dele se beneficiavam, ficaram privadas de socorro, o dano é certo, e cabe ação contra o causador. Vitimando a pessoa que prestava alimentos a outras, privou-as do socorro e causou-lhes prejuízo certo. É o caso, por exemplo, da ex-esposa da vítima que, juridicamente, recebia dela uma pensão. Embora não seja diretamente atingida, tem ação de reparação por dano reflexo ou em ricochete, porque existe a certeza do prejuízo, e, portanto, está positivado o requisito do dano como elementar da responsabilidade civil.

Em linhas gerais, pode-se concluir que é reparável o dano reflexo ou em ricochete, desde que seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada.

Na mesma esteira do dano futuro, o dano indireto ou em ricochete também terá que ser consequência direta e imediata da ação ou omissão ilícita do transgressor, interligados por uma relação de causa e efeito pautada na necessidade.

Ainda no contexto da certeza do dano, encontra-se discussão sobre a reparabilidade dos prejuízos decorrentes da perda de uma chance.

Situação transitória entre o prejuízo certo e o hipotético, o dano decorrente da perda da chance faz com que a doutrina se incline em assegurar sua reparabilidade quando da proximidade ao primeiro, excluindo-se, dessa maneira, a responsabilização pelos prejuízos remotos. Senão vejamos com Venosa (2006, p. p. 30), tratando do requisito certeza:

Sob esse aspecto, surge a problemática da *perda da chance*. Temos sempre que examinar, como de regra, a certeza do dano. Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes não funcionou a contento e o sujeito chegou atrasado, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado que deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano.

Sobre a responsabilização civil pelos danos decorrentes da perda de uma chance trataremos adiante com maiores detalhes.

Por fim, o prejudicado ou lesado, não poderá ter sido ressarcido dos prejuízos decorrentes da conduta reprovável do delinqüente civil, caso queira reclamá-los em juízo. O dano, no momento da ação indenizatória, tem de estar não reparado, evitando-se, assim, eventual enriquecimento indevido da vítima. A subsistência do prejuízo pressupõe o não cumprimento voluntário da obrigação de reparar o dano imposta ao devedor.

Havendo o devedor indenizado o credor, faltará para esse interesse processual em demandar em face do primeiro.

4.3 Dano Patrimonial

Também denominado de prejuízo material, o dano patrimonial ainda é considerado o vértice da responsabilidade civil. Deveras, apenas recentemente, com o advento do conceito e inteligência do dano moral, esta espécie de prejuízo perdeu primazia de discussões no seio da ação indenizatória.

Na forma do exposto anteriormente, o conceito de dano – em sentido amplo – encontrava abrigo na correlação com o desfalque patrimonial da vítima do ato danoso. Dano, então, seria todo prejuízo material, o qual importava em diminuição do patrimônio do lesado.

Em tempos modernos, erguendo-se em destaque a idéia de interesses jurídicos – patrimoniais ou extrapatrimoniais – protegidos pelo ordenamento jurídico, o dano patrimonial passou a ser subentendido como a violação aos interesses economicamente mensuráveis. Nesse sentido declara Lisboa (2002, p. 208):

Dano patrimonial é o prejuízo causado aos bens que compõem o acervo da vítima.
O dano patrimonial é, assim, dano material sobre bens presentes ou futuros.
É o prejuízo econômico sofrido pela vítima.

Ainda, utilizando-se o mesmo argumento de interesses jurídicos patrimoniais e não-patrimoniais, define dano material e o diferencia dos extrapatrimoniais o sempre preclaro Gonçalves (2003, p.319/320), em comentários ao novel Código Civil:

É possível distinguir, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.

De se ver que, pela natureza, o dano patrimonial, em regra, não trará problemas em sua medição quantitativa ou extensão. Uma simples fórmula hipotética traz, com segurança, a quantidade de prejuízo angariado pela vítima. Assim, em exemplo sempre citado, o cidadão que teve seu carro alvejado por outrem, terá, como prejuízos certos e efetivos, o valor do veículo anteriormente ao sinistro, subtraído pelo montante após o ato ilícito.

Excepcionalmente, os danos materiais tendem a trazer dificuldades quanto sua valoração quando se tratam dos lucros cessantes. Vale dizer, aquilo que o lesado deixou de ganhar.

Isso porque, a conduta transgressora de dever jurídico primário acarreta, de pleno, os denominados danos emergentes, entendidos como os prejuízos imediatos, presentes, ou, como sempre destacado, o que a vítima efetivamente perdeu. Estes danos são facilmente aferíveis, via perícia, conforme fórmula hipotética antes explanada.

Contudo, pode ainda o ato ilícito ocasionar projeções sobre o futuro patrimônio da vítima, trazendo-lhes, futuramente, prejuízos decorrentes, em hipótese, dos lucros cessantes ou daquilo que o lesado deixou de ganhar.

4.3.1 Dano emergente e lucro cessante: o verdadeiro desfalque patrimonial da vítima

Determinado o conceito de dano patrimonial, resta estabelecermos e esclarecermos os dois elementos que o norteia, na voz dos artigos 402⁴ e 403⁵ do Código Civil (antigo artigo 1059 do revogado diploma legislativo), quais sejam o dano emergente e o lucro cessante, os quais medirão o *quantum* indenizatório em eventual ação de reparação de danos causados por ato ilícito.

O dano emergente conforme já ventilado constitui o desfalque patrimonial direto do lesionado; o prejuízo presente. Também denominado de dano positivo, está calcado no princípio da efetividade, ou seja, aquilo que a vítima realmente perdeu. Nesta linha manifesta-se Diniz (2003, p. 66):

Dano *positivo* ou *emergente*, que consiste num *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais(...). Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo, etc., de seus bens existentes no momento do evento danoso (...).

Dessa maneira, a quantificação do dano emergente torna-se facilitada, pois constitui elemento quantitativo e sua mensuração poderá ocorrer de forma simplificada, exigindo, em regra, apenas uma fórmula matemática, segundo

⁴ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁵ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

explanado anteriormente. Acrescente-se, apenas, que o desfalque material terá de ser devidamente comprovado, sem deixar dúvidas.

Diversamente, situa-se o lucro cessante. Também conceituado por dano negativo, o lucro cessante – ou frustrado – engloba tudo o que a vítima deixou de ganhar.

Por tal motivo, contrariamente ao dano emergente, onde figura o princípio da efetividade, em sede de lucro cessante incide o princípio da razoabilidade.

Todavia, não basta apenas a possibilidade de eventual ganho futuro, mas sim probabilidade concreta, certa e determinada de perda daquilo que se angariaria ou frustração do que se esperava ganhar.

Define Cavalieri Filho (2005, p. 97) o lucro cessante como:

(...) perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.

Em que pese atuarem em momentos distintos do patrimônio da vítima, dano emergente e lucro cessante podem co-existir, sobretudo nas hipóteses de lesão a patrimônio cuja exploração trazia fonte de riqueza ao lesado.

Exemplo elucidativo encontra-se na hipótese de danos ao veículo utilizado como transporte não gratuito de passageiros. Além dos prejuízos diretos, aferíveis pericialmente, a vítima terá de ser ressarcida pelo tempo que ficou parada, impossibilitada de trabalhar e destituída de ganho futuro: o lucro cessante.

Sintetiza-nos Aguiar Dias (1994, p. 719), com a habitualidade de sempre:

Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Aí estão identificados o dano positivo ou *damnum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans*. As duas modalidades do dano podem, todavia, coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance repousa justamente nas ocorrências onde não é possível demonstrar efetivamente o lucro cessante, sobretudo quando da frustração de ganho razoavelmente esperado. Dessa maneira, situa-se em verdadeira zona fronteira entre o dano certo, determinado e o hipotético ou eventual.

4.4 Dano Moral: idéias gerais

Após ventilarmos algumas idéias acerca do dano material, faz-se necessária a ponderação, em que pese breve, sobre o dano não patrimonial, popularmente denominado dano moral, finalizando, assim, o contexto da violação dos interesses jurídicos tutelados pela norma.

Discorrer sobre dano moral, em tempos atuais, não é tarefa árdua como outrora fora, no que tange a sua existência e reparabilidade.

Em tempos mais remotos, diversos foram os posicionamentos negadores da existência do *damnum in espécie*. O prejuízo, naqueles tempos, fundamentava-se única e exclusivamente na diminuição do patrimônio da vítima, o qual poderia ser aferível economicamente. Dano era sinônimo de desfalque patrimonial.

Entretanto, e de outro lado, longínquas são as primeiras idéias sobre a infringência dos danos não patrimoniais. Trechos da Bíblia traduzem lesões de caráter moral, não mensuráveis economicamente, mas refletindo pagamento de multa a título de compensação, bem como pena ao infrator, conforme se depreende do livro do Deuteronômio (1990, p. 220/221), capítulo 22, versículos 13 ao 18, *in verbis*:

Respeitar a boa fama da mulher – Se um homem se casa com uma mulher e começa a detestá-la depois de ter tido relações com ela, acusando-a de atos vergonhosos e difamando-a publicamente, dizendo: ‘Casei-me com esta mulher, mas, quando me aproximei dela, descobri que não era virgem’, o pai e a mãe da jovem pegarão a prova da virgindade dela e levarão a prova aos anciãos da cidade para que julguem o caso. Então o pai da jovem dirá aos anciãos: ‘Dei minha filha como esposa a este homem, mas ele a

detesta, e a está acusando de atos vergonhosos, dizendo que minha filha não era virgem. Mas aqui está a prova da virgindade da minha filha! E estenderá o lençol diante dos anciãos da cidade. Os anciãos da cidade pegarão o homem, mandarão castiga-lo e o multarão em cem moedas de prata, que serão entregues ao pai da jovem, por ter sido difamada publicamente uma virgem de Israel. Além disso, ela continuará sendo mulher dele, e o marido não poderá mandá-la embora durante toda sua vida.

Na mesma idéia encontram-se passagens do Alcorão – livro sagrado dos Muçumanos -, conforme ensinamentos Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 66):

O alcorão também nos traz exemplos de repressão histórica às lesões na esfera extrapatrimonial, conforme se verifica de seu item V, nos seguintes termos: “V. O adúltero não poderá casar-se senão com uma adúltera ou uma idólatra. Tais uniões estão vedadas aos crentes”. Tal proibição demonstra que o adultério se caracteriza para os muçumanos, como uma autêntica lesão ao patrimônio moral dos indivíduos, correspondendo a restrição supra indiscutivelmente a uma forma de condenação.

Também nas civilizações indiana e babilônica, tal qual no direito grego antigo e romano, visualizam-se proteções à personalidade do indivíduo, culminando na doutrina da existência do dano moral e sua reparabilidade, segundo lição de Melo da Silva (1983, p. 11/24):

(...) antes mesmo dos romanos, na Índia lendária e na fabulosa Babilônia, nós encontramos, nos Códcs. de Manu e de Hammurabi, algumas passagens que se relacionam com o que, modernamente, se convencionou chamar a *reparação do dano moral* (...). Na Grécia, um fato histórico, em virtude do qual Lalou pôde afirmar o reconhecimento, em todos os tempos, do direito à reparação do prejuízo moral, atesta que os filhos da Hélade tinham ciência da questão. Esse fato histórico, por bastas vezes lembrado, prende-se à reprovação pública de Eschine, feita a Demóstenes, por haver este recebido, de Mídias, uma certa porção de dinheiro em pagamento de uma bofetada (...). Ihering é bastante explícito ao advogar, para os romanos, uma aceitabilidade, quase limitada, da reparação dos danos morais. Segundo ele, essa reparabilidade se verificava não apenas nos casos de culpa extracontratual, como até mesmo nos de simples culpa contratual (...).

Na legislação pátria, o Código Civil de 1916 não previa expressamente a reparabilidade dos danos morais, fazendo com que doutrina e jurisprudência interpretassem o artigo 159 daquele *codex* de forma a permitir o ressarcimento. Quando o legislador, na elaboração do dispositivo citado, usou as expressões “violar direito” ou “causar danos a outrem”, visou atingir tanto os danos materiais e morais.

Porém, a dúvida ainda persistiu, deixando azo para discussões infundáveis e retrógradas no que tange à evolução da ciência da reparação dos danos morais, em homenagem ao primado de que o dano a ser reparável tem de ser certo, excluindo-se o hipotético.

A promulgação da Constituição Cidadã de 1988, por sua vez, extirpou as idéias de não ressarcimento até então vigentes, prevendo, expressamente, a reparabilidade dos danos materiais e morais, não sendo demais a lembrar⁶.

O Código Civil de 2002, acompanhando a evolução legal⁷, jurisprudencial e doutrinária encampou, agora formalmente, a teoria da reparação dos danos morais, na forma do artigo 186⁸ daquele diploma legislativo, novamente decantado, mercê sua importância para o tema em debate.

4.4.1 Conceito: uma nova perspectiva frente ao texto constitucional

Após as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, no que se referem à previsibilidade expressa de ressarcimento dos danos materiais e não-materiais, a discussão enfrentada na doutrina e nos tribunais encontra-se voltada no conceito de dano moral.

De fato, limitar o que venha ser dano moral implica – reflexamente – na extensão do mesmo, facilitando, assim, a forma e o *quantum* na sua reparação.

⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

⁷ A lei 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor –, em matéria de responsabilidade civil dos fornecedores em face dos consumidores, já, naquela época, precedendo o novel Código Civil, coadunava-se com a Lei Maior, dispondo, expressamente, a reparabilidade dos danos materiais e morais, na forma do artigo 6º, inciso VI daquela lei.

⁸ 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.

Todavia, a doutrina não é uníssona no trabalho de definição desta espécie de dano, valendo-se os estudiosos de diversos critérios para tanto. Observe-se, assim, a título de exemplo, como se manifestam, na forma das lições de Aguiar Dias (1994, p. 729), Melo da Silva (1983, p. 01), Venosa (2006, p. 35), Rodrigues (2002, p. 189/190), respectivamente:

Quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.

Trata-se assim de dano sem qualquer repercussão patrimonial; se a injúria, assacada contra a vítima em artigo de jornal, provocou a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral. Este ocorre quando se trata apenas da reparação da dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio.

Percebe-se que ora se delimita o dano moral com critério negativo, qual seja o de que esse tipo de lesão não afeta os interesses patrimoniais, aferíveis economicamente, diferenciando-o do dano material; ora se valem os doutrinadores de um critério positivo, destacando e definindo dano moral como sendo aquele que provoca dor, interna, injusta, angustiante.

Parece-nos, com a devida *venia*, que a melhor interpretação encontra-se com aqueles que partem da definição geral de dano. Vale dizer, dano é toda lesão a direitos, bens, interesses jurídicos tutelados pela norma.

Dessa forma, poder-se-ia definir dano moral como aquela violação a direitos, bens e interesses jurídicos extrapatrimoniais tutelados pelo ordenamento. Em acepção estrita e não menos correta, subentendem-se, da mesma maneira, aquelas lesões aos interesses e bens que compõem a personalidade do indivíduo.

Ademais, a conceito em testilha tem que ser observado consoante as novas regras constitucionais, mormente aquelas atinentes à proteção da dignidade da pessoa humana, pois, mencionar direitos da personalidade implica indiretamente tratarmos da dignidade da pessoa humana, conforme ensinamento de Cavalieri Filho (2005, p. 101):

(...) logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a *dignidade humana* como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Finalmente, resta salientar que, conforme mencionado quanto ao dano material, em sede de dano moral não deve pairar qualquer dúvida sobre a existência do mesmo. Em poucas palavras, malgrado sua natureza, o dano imaterial (dano moral) não se confunde com dano hipotético, eventual; pois, para que seja pleiteado o seu ressarcimento, há que ser certo.

4.4.2 Dano moral direto e indireto

Partindo do entendimento de que o dano moral é aquela violação de bens e interesses jurídicos extrapatrimoniais tutelados pela norma, cuja conseqüência direta é o sofrimento, dor, vexame e demais males internos que acometem a vítima, vislumbra-se uma relação entre o dano (conseqüência da violação do bem jurídico) e a natureza deste bem jurídico violado.

Em regra, o dano não-material provém da lesão a interesses da personalidade; da violação aos atributos da dignidade da pessoa humana, em interpretação ao texto da Lei Maior, conforme já explanado.

Nesta senda, a dor, a humilhação, o vexame e outras mazelas de ordem pessoal são meras conseqüências do evento danoso, pois, não se duvida que,

alguém desprovido de discernimento ou entendimento pode também sofrer danos desta natureza, não obstante a inocorrência das situações que trazem males internos.

Não se perquire eventual dúvida sobre a ofensa à dignidade de alguém acometido de doença mental grave ou que tenha entendimento prejudicado. Na linha da Constituição Federal, este indivíduo terá de ser reparado, na melhor maneira, dos danos morais eventualmente lhe ocasionados.

Percebe-se, assim, que dano moral direto é aquele derivado da violação de bens jurídicos não suscetíveis à avaliação financeira, sendo estes bens protegidos, tutelados pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, é a deturpação lesiva dos direitos da personalidade.

Por outro lado, o dano moral pode decorrer também da lesão a bens jurídicos patrimoniais. Com efeito, não existe relação de causa e efeito entre natureza do bem jurídico lesado e espécie de dano. O dano, este sim, é consequência direta e imediata de uma conduta, ambos interligados por um vínculo de necessariedade, conforme o exposto quando do estudo do nexo de causalidade.

Dessa lição, extrai-se o que denominamos de dano moral indireto, ou seja, aquele derivado da lesão a interesses puramente materiais, causadores de males internos, tais como a dor, o vexame, a violação à honra (subjéctiva ou objectiva), a angústia em demasia, etc.

Exemplo elucidativo encontra-se na hipótese do furto de um livro. Se a *res furtiva* é mero instrumento de trabalho ou lazer resta apenas analisar o dano material auferido pela vítima. Contudo, em se tratando de obra que acompanhou a evolução da família, representativa daquele núcleo familiar, guardada há vários anos..., a análise de eventual dano moral não será descabida, não se excluindo, também, os danos materiais.

Refazendo a mesma linha de pensamento, claras são as palavras de Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 75), discorrendo a respeito do assunto, pois:

(...) o dano moral indireto ocorre quando há uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial, como é o caso, por exemplo, do furto de um bem com valor afetivo ou, no âmbito do direito do trabalho, o rebaixamento funcional ilícito do empregado, que, além do prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao trabalhador.

4.4.3 Dano moral exclusivo e cumulação com o dano material

Com fundamento na lição de que o dano moral não tem valor econômico e, assim, imoral seria a fixação de indenização pelo *pretium doloris*, defendeu-se, por muito tempo, que a reparação do dano material englobaria o próprio dano moral, a par da sua existência, como bem observa Melo da Silva (1983, p. 359):

A impossibilidade de uma rigorosa avaliação, em dinheiro, dos danos morais, bem como a imoralidade de se compensar a dor com o dinheiro, são, na série levantada por PIRES DE LIMA, a quinta e sexta objeções das que comumente se arguem contra a doutrina da reparação dos danos morais. São as mais relevantes de todas, força é confessar-se, e constituem, via de regra, a tecla maior na qual martelam incessantemente todos os opositores da doutrina.

Destarte, não existiria o denominado dano moral puro ou exclusivo, eis que não cabível para o entendimento pretérito, a reparação daquilo que não tivesse sido possível avaliar economicamente.

Entendemos falha a fundamentação, porquanto a possibilidade de reparação do dano não pode ser vinculada a sua natureza.

O ressarcimento dos danos morais irá ocorrer de maneira diversa ao dos danos materiais, pois, impossível e inimaginável ao volta ao *status quo ante* de alguém lesado em seus atributos da personalidade.

Assim, a existência de dano moral autônomo não implica em sua irreparabilidade, tendo em vista o caráter peculiar de não ser suscetível de avaliação econômica. Requer, sobretudo, um mecanismo impar de satisfação, em reação ao mal sofrido.

Verificada a lesão exclusiva de bens ou interesses integrantes da personalidade da vítima, não resta quaisquer dúvidas a respeito da reparação, não obstante a natureza do dano.

Tratando do assunto, discorre Stoco (1997, p. 542):

A dificuldade que se vinha antepondo à indenização autônoma do dano moral reside no argumento de que ele não pode ser indenizado porque a dor, o sofrimento, a honorabilidade são inestimáveis financeiramente, sem reflexo econômico e, portanto, não são passíveis de dimensionamento econômico.

Um indivíduo ofendido em sua honra; a pessoa a quem os meios de comunicação imputa, equivocadamente, a prática de um delito; o comerciante que tem títulos protestados, embora já pagos; o cliente de uma loja cujo nome é enviado ao Serviço de Proteção ao Crédito como mau pagador, embora tenha sido pontual; o artista injustamente acusado de ter reproduzido obra de autor famoso ou de plágio fonográfico, podem não suportar um prejuízo material imediato mas, sem dúvida, forma atingidos em sua honra, honorabilidade, personalidade, sentimento ou decoro.

Ainda que essa ofensa não possa ser convertida em prejuízo econômico ou não tenha reflexo financeiro imediato, preconiza-se a indenização por dano moral.

Compreendida a reparação do dano moral autônomo, bem como sua existência, a despeito da natureza não-patrimonial, outra objeção enfrentada pela doutrina foi sua cumulação com o dano material.

Nas situações em que fosse patente a reparação do dano patrimonial, a reparação desse englobaria o próprio dano moral. Inexistia, para essa corrente, ressarcimento por danos materiais e morais, derivados de única conduta.

Na trilha de pensamento de que dano é violação de bens jurídicos tutelados pela norma, não poderíamos admitir a interpretação acima destaca.

Não raramente a conduta, ativa ou negativa, viola bens jurídicos patrimoniais e não-patrimoniais, acarretando, assim, danos de natureza material e imaterial (moral). Esta situação dispensa rigorosa interpretação e dúvida, pois patente a presença das duas espécies de danos.

Quanto ao dano moral indireto algumas dúvidas podem surgir, pois, em regra, a violação de bens patrimoniais enseja danos da mesma natureza. Porém, como analisado anteriormente, a lesão de bens materiais pode ensejar, excepcionalmente, danos de natureza moral. Lembremos o exemplo do livro furtado, deveras citado anteriormente.

Bem nos resume Cavalieri Filho (2005, p. 103):

Passou-se, então, numa segunda fase, a admitir o ressarcimento do dano moral, desde que autonomamente, isto é, não cumulando com o dano material. O argumento, agora, era o de que o dano material absorve o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação. Também aqui, com a devida

vênia, funda-se o argumento em um sofisma. Em inúmeros casos, o ofendido, além do prejuízo patrimonial, sofre também dano moral, que constitui um *plus* não abrangido pela reparação material. E assim é porque o dano material, conforme já demonstrado, atinge bens do patrimônio da vítima, enquanto o dano moral ofende bens da personalidade.

Como bem observou o culto desembargador do Rio de Janeiro acima referido, dano moral e dano material atingem bens distintamente. O primeiro recai sobre aqueles interesses integrantes da personalidade do indivíduo, sua dignidade; o segundo, deturpa o patrimônio aferível economicamente.

Ainda que a conduta lesiva tenha atingido direta e imediatamente um bem material, seus reflexos são projetados a um interesse personalíssimo da vítima, trazendo a esta, difusamente, danos morais, além dos prejuízos materiais.

No afã de apaziguar os movimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à cumulação do dano material e moral, decorrentes de única conduta, manifestou-se, positivamente, o Superior Tribunal de Justiça⁹, trazendo posicionamento semelhante à melhor doutrina e entendimento acerca do tema: a possibilidade de cumulação entre danos morais e materiais.

4.4.4 Dano moral e pessoas jurídicas

Não apenas as pessoas físicas são protegidas do ataque de atos contrários à ordem jurídica. Também são albergadas das condutas ilícitas as denominadas “pessoas jurídicas”, também denominadas de pessoas morais ou ideais.

As pessoas jurídicas são grupamentos de pessoas físicas ou bens que, unindo interesses para um fim comum, são dotadas de personalidade jurídica, isto é, também são sujeitos de direito.

Diferentemente da pessoa física, é a lei quem outorga a personalidade jurídica aos entes morais, ou melhor, é a norma quem cria, juridicamente, esses

⁹ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

entes fictícios. Prepondera, no nosso ordenamento, a denominada teoria da ficção jurídica, preconizada por Savigny, a qual não admite qualquer interpretação orgânica em face dos entes ideais, pois são exclusivamente criados segundo lei.

Nesse contexto, muito se discutiu sobre eventual existência de danos morais quanto às pessoas jurídicas, pois, estas, como criação da norma, não poderiam sofrer intimamente, sendo insuscetíveis de dano à honra, à moral, à alma, etc.

Acreditamos que essa não deva ser a melhor interpretação, sobretudo com o advento do novo Código Civil¹⁰, prevendo, para as pessoas jurídicas, igualmente às pessoas físicas, a proteção dos direitos da personalidade, dentro das suas peculiaridades.

Andou bem o legislador infraconstitucional, adaptando o novel diploma legislativo à moderna teoria do dano moral, qual seja, aquela não mais vinculada apenas aos sofrimentos, dores íntimas, mas sim aos bens jurídicos violados.

Em sede de entes morais, a honra, por exemplo, tem de ser analisada sob dois aspectos: objetivo e subjetivo.

Subjetivamente, honra é aquela apreciação que o indivíduo tem de si mesmo. Ou seja, é a auto-avaliação das características pessoais, frente aos dissabores, problemas e transtornos do cotidiano. Esta modalidade não se encontra nas pessoas ideais, tendo em vista a natureza constitutiva e criação, derivada única e exclusivamente da lei.

Insta salientar que a honra objetiva vincula-se à imagem que o sujeito possui frente à sociedade. Vale dizer, é a apreciação externa dos atributos do indivíduo, seja ele pessoa física ou jurídica.

Nesse palmilhar, a pessoa jurídica seria passível de se tornar vítima de ataques à honra objetiva, com notória conseqüência danosa, como nos explica Venosa (2006, p. 281), mencionando doutrina pátria:

Sérgio Cavaliere Filho (2000:83) recorda que a honra possui um aspecto interno ou subjetivo e um aspecto externo ou objetivo. A honra subjetiva, que, diz respeito à conduta humana, sua auto-estima, é própria da pessoa natural; já a honra externa ou objetiva reflete-se na reputação, no renome e na imagem social. Essa honra objetiva alcança tanto a pessoa natural como

¹⁰ Art.52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

a pessoa jurídica. Uma notícia difamatória pode afetar o bom nome de ambas. Desse modo, toda empresa deve zelar pelo bom nome, em prol de seus negócios. Nesse diapasão, a pessoa jurídica é passível de ser vítima de ato moral. Essa orientação vem sendo admitida em julgados do país.

Dessa feita, *de lege data*, existindo violação aos interesses jurídicos personalíssimos da pessoa jurídica, como a honra, por exemplo, objetiva ou subjetivamente, dentro das suas peculiaridades, indispensável que o dano seja reparado, como corolário da teoria da responsabilidade civil.

4.5 Mecanismos de Reparação dos Danos Materiais e Morais

Verificada a ocorrência de ato ilícito, cabe ao jurisdicionado reclamar em juízo a reparação dos danos provenientes daquela conduta transgressora de dever primário. O Estado, mediante provimento jurisdicional, imporá uma obrigação pecuniária ao infrator, no desiderato de ressarcir a vítima.

Em tempos idos, o mecanismo de reparação de danos não dispunha de instrumento e organização como se verifica no atual estágio da responsabilidade civil e do Estado Democrático de Direito. Vigorava, no seio da sociedade, a ordem da vingança privada.

A reação indignada do homem frente a uma situação de agressão a direitos seus deflui da sua própria natureza. Instintiva a atitude de revide, mormente em épocas mais remotas, cuja noção de Estado e organização político-social não encontrava campo de atuação. Claras as palavras de Alonso (2000, p. 141):

Existe uma reação natural à ofensa sofrida por qualquer ser humano. Essa idéia vem desde o início dos tempos, quando o homem tomou conhecimento da sua identidade como ser dotado de direitos e obrigações, ou mesmo, como sustentado por muitos, que é de sua natureza o sentimento de preservação e autodefesa contra qualquer agressão que venha a sofrer de fatos naturais ou da ação de outrem.

Nestes termos, a vingança privada passou a ser o melhor e mais adequado instrumento indenizatório, causando mal a quem o trouxe para a sociedade.

Tomado o monopólio do poder de decidir e impor regras à sociedade, mediante provimentos jurisdicionais, o Estado exclui a vingança privada, excetuadas as hipóteses de excludentes de ilicitude, já trabalhadas no estudo do nexa causal. Assim o fez para garantir a ordem pública e o sentimento de justiça, pois, a prevalência da lei do mais apto e forte não condiz com a efetiva reparação de danos e, conseqüentemente, a pacificação social.

Assim, mediante um instrumento – o processo – o Estado impõe à parte causadora do ato ilícito ensejador do dano – no bojo do processo – o dever de reparar o dano.

Aplicam-se, sobretudo, os princípios da razoabilidade e certeza do dano, evitando, desta forma, o enriquecimento indevido da vítima e a irresponsabilidade do infrator.

Em regra, existem duas formas para a reparação dos prejuízos. A primeira e mais simples é reparação *in natura*, ou seja, a volta ao estado inicial anterior à lesão.

Esta modalidade de reparação, em que pese o alto grau de acerto e eficácia para com a vítima, encontra barreiras na natureza do dano violado.

Tratando-se de dano moral, conforme já exposto, impossibilitada estará a volta ao *status quo ante*, pois, o bem jurídico violado não comporta esta sistemática. Ninguém conseguirá retirar as ofensas proferidas contra a honra subjetiva de outrem e, ainda, fazer com que a vítima esqueça os impropérios ou devolva à mesma sua honra deturpada, em estado saudável.

Ainda, em sede de dano material, nem todos poderão também voltar ao estado inicial. Veja-se a hipótese do estrangulamento de parte do corpo, cientificamente comprovada a impossibilidade de cura; o vaso persa quebrado, dentre outras hipóteses onde os danos de caráter material afetados, mas os prejuízos nem sempre podem ser aferíveis economicamente.

Nessas situações, fala-se na ineficácia da reparação natural, consoante clara lição de Diniz (2003, p. 123):

Em regra, este tipo de reparação é possível, quando se tratar de dano patrimonial direto, por causar menoscabo a bem patrimonial da vítima, pois nesse caso se poderia repor no seu patrimônio o bem lesado como se o dano não tivesse produzido. P. ex.: se eletricista estragar a instalação de

determinado circuito, deverá restaurá-lo no estado em que se encontrava antes do acidente que provocou. Deveras, se o dano patrimonial foi indireto, onde a lesão a interesse não-econômico do lesado (p. ex., uso ilícito do nome de outrem, agressão corporal, calúnia etc.) *produz*, como consequência, um prejuízo patrimonial, a reposição ao *statu quo ante* será muito difícil no que concerne ao bem jurídico pessoal afetado (...).

O segundo meio de reparação de danos consiste no pagamento de quantia em dinheiro, ou, como preferem os estudiosos da ciência jurídica e os tribunais, a indenização a título de danos materiais e morais.

Esse mecanismo consiste na condenação do infrator, mediante processo devido, para pagamento de quantia em dinheiro à vítima. Busca-se, desta maneira, à miúdo da reparação *in natura*, uma compensação financeira àquele que sofreu os danos.

Em sede de danos materiais essa modalidade de ressarcimento não enfrenta maiores problemas, sendo as razões variadas. De uma, a volta ao *status quo ante* nem sempre é atingida ou possibilitada, mormente nos casos de dano material indireto, onde a avaliação pecuniária da lesão resta prejudicada. De duas, a própria natureza do dano material, calcada no binômio dano emergente e lucro cessante, facilita a mensuração do prejuízo patrimonial da vítima.

Estando em mãos o *quantum* perdido e o deixado de ser ganho – dano emergente e lucro cessante, respectivamente –, além da impossibilidade de volta ao estado anterior à lesão, o único meio de satisfazer a vítima, sem prejudicá-la ou a enriquecer indevidamente, será o pagamento de indenização, em dinheiro, a título de ressarcimento dos danos lhe acometidos. Nesse particular, novamente Diniz (2003, p. 124):

Tal reparação jurídica se traduz por pagamento do equivalente em dinheiro. Pela indenização, não se repõe na forma específica o bem lesado, mas se compensa o menoscabo patrimonial sofrido em razão do dano, restabelecendo o equilíbrio em função do valor que representa o prejuízo. Tanto a determinação do conteúdo do dano como de sua medida, quando a reparação é pecuniária, supõe a avaliação dos prejuízos, que, em regra, é feita pelo juiz, embora possa ser feita por lei ou por contrato (cláusula penal). O magistrado deverá: a) estabelecer o conteúdo do dano (dano emergente, lucro cessante, dano moral); b) estimar a medida do prejuízo no momento em que faz a liquidação, buscando o preço atual que represente o valor patrimonial destruído.

No que se refere ao dano moral, as mesmas regras devem ser utilizadas. A reparação natural desta espécie de prejuízo fica prejudicada, tendo em mente suas peculiaridades. Ademais, resta apenas avaliar o montante deste dano, em termos razoáveis, pois não existe o que se denomina *pretium doloris* (preço da dor) e aplicar uma obrigação de pagamento em dinheiro, a título de compensação.

Acreditamos estar no termo ‘compensar’ a diferença entre reparação de dano moral e material. Esses, não são em regras compensados, mas sim ressarcidos no valor. Aqueles, por sua vez, apenas poderão ser mitigados da alma do indivíduo, valendo-se este do dinheiro para atingir metas e objetivos satisfatórios que compensem a angústia, a dor e todas as mazelas decorrentes do dano.

Dessa maneira, refuta-se a corrente doutrina ainda persistente na irreparabilidade do dano moral, calcada na pretérita idéia de que o dano dessa natureza não pode ser avaliado economicamente tendo, assim, impossibilitada a sua reparação. Vejamos as precisas palavras de Alonso (2000, p.143/144):

Os argumentos, contrários à reparabilidade do dano moral, de forma genérica podem ser resumidos a dois: na inadmissibilidade do pagamento do *pretium doloris* ou *pretium luctus* – preço da dor, e na impossibilidade de se avaliar o dano em dinheiro, o que implicaria inaceitável arbítrio judicial de sua fixação.

Se é certo que a dor não tem preço, também é certo que o dano moral deve ser reparado. De fato, é impossível fazer uma rigorosa avaliação em dinheiro de tal dano, pois não há como medir a dor na exata proporção ou equivalência da sua compensação em dinheiro.

A firme posição doutrinária sustenta que a reparação de danos morais não constitui a determinação de preço para a dor, mas sim que a responsabilidade civil busca a recomposição patrimonial e/ou a compensação moral da vítima através de meios ou mecanismos específicos a cada caso de violação, mesmo em pecúnia.

Vale destacar alguns apontamentos sobre a função sancionadora da reparação dos danos.

Sob a ótica da vítima do evento fatídico, recai a ciência da responsabilidade civil como meio de evitar o prejuízo, recolocando-a em estado inicial ao ato contrário à lei ou ao contrato, bem como, assim não podendo, trazendo-lhe o equilíbrio patrimonial retirado. Fala-se, nesta situação, em indenização dos danos materiais e compensação dos danos morais.

Diferentemente ocorre quando o enfoque é o agente infrator. Para esse, o provimento jurisdicional ressarcitório – em sentido amplo – soa como verdadeiro mecanismo de punição. É a reação do ordenamento frente à transgressão do dever primário de ninguém poder causar dano a outrem.

A respeito do assunto, em sede de dano moral especificamente, discorre Pereira (1998, p. 55) e Gomes (1994, p. 51), respectivamente:

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter compensatório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

(...) esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nesses termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à vítima. Contesta-se, porém, que tenha caráter de pena, impugnando-se, pois, sua função expiatória. Diz-se que sua finalidade não é acarretar perda ao patrimônio do culpado, mas, sim, proporcionar vantagem ao ofendido. Admite-se, porém, sem oposição, que o pagamento da soma de dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima (...).

Por fim, acrescenta-se que o termo “pena” acima destacado pelo brilhante jurista baiano não se refere à pena do direito penal, subentendida como a conseqüência lógico-normativa do tipo penal. Em campos de responsabilidade civil não se cogita em pena, também visualizada como a reação da sociedade, embutida no sistema lógico-normativo do tipo.

Existe, apenas, e por via reflexa, uma sanção àquele que praticou o ato ilícito, porquanto o fim buscado é única e exclusivamente a reparação do dano.

5. DA ILICITUDE DA CONDUTA AO DANO SUPOSTO PELA VÍTIMA

5.1 Idéias Gerais: a responsabilidade subjetiva fundamentada na culpa

A noção de responsabilidade civil por muito tempo esteve fundamentada na ilicitude da conduta do agente, tendo como principal requisito o elemento volitivo daquela conduta, qual seja, a culpa. Este período ficou consagrado pela doutrina como sendo o da responsabilidade civil subjetiva.

Perquirir se determinado sujeito é responsável por danos implicava, para a aludida doutrina, não apenas o exame e verificação da conduta, nexos causal e prejuízo, mas também a existência de culpa por parte do agente infrator.

Essa foi a orientação adotada pelo Código Civil de 1916, marcadamente influenciado pela doutrina francesa, na lição de Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 136):

Do Direito Romano – principal fonte histórica de que dispomos – para a modernidade, a culpa encontrou no Código Civil francês o seu principal anteparo normativo, espraiando-se e influenciando todas as legislações modernas. A nossa própria legislação codificada de 1916 assenta a responsabilidade civil nessa noção, ao estabelecer como norma genérica a responsabilidade civil subjetiva, nos termos do seu art. 159.

A noção de culpa foi fundamental para a evolução da ciência da reparação dos danos, pois sucedeu a vingança privada, elemento de desordem social nos tempos modernos e de pouca utilidade, no que tange ao ressarcimento da vítima.

No tocante à responsabilidade civil subjetiva, existe a obrigação de indenizar apenas quando o agente infrator, ocasionando danos a terceiro, age culposamente. Nessa linha de pensamento é a posição de Alonso (2000, p. 20):

Na dogmática da responsabilidade civil subjetiva, o ato ilícito destaca-se como um elemento relevante da sua sustentação. A investigação do comportamento do agente é fundamental para a apuração da sua responsabilidade, uma vez que o pressuposto do dever de indenizar pela teoria subjetiva é a conduta culposa do agente.

Dessa forma, a vítima, verdadeira prejudicada com o evento, apenas encontrava guarida pelo ordenamento, quando demonstrasse a conduta culposa do agente infrator.

Cabia à vítima a prova de que outrem agiu com a intenção de lhe trazer prejuízos, ou, pelo menos, de forma negligente, imprudente ou imperita.

Esse talvez seja o principal fator para a decadência da responsabilidade civil fundada na culpa, pois determinar ao lesado a prova de que o pretendo causador do dano agiu com culpa, seria a própria negação da possibilidade de reparação dos danos. Não raramente, apesar do prejuízo constatado e patente a conduta ilícita, não lograva êxito, no bojo do processo, a vítima do evento danoso em provar a culpa do réu.

Ademais, com a evolução dos meios de consumo, revolução tecnológica e massificação do trabalho e relações sociais, a doutrina até então presente sobre a responsabilidade civil subjetiva passou a sofrer severas críticas, porquanto inúmeras situações de ocorrência de danos passaram a não receber a tutela jurisdicional adequada. Nesse sentido, comenta Stoco (1997, p. 64).

A insatisfação com a teoria subjetiva, magistralmente posta à calva por Caio Mário, tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

Dessa forma, uma nova concepção de análise dos elementos que norteiam a responsabilidade civil deveria ser realizada, mormente no que tange ao elemento subjetivo culpa, ligado à conduta do agente infrator.

5.2 Culpa Presumida: a transição para a responsabilidade objetiva

Tratamos anteriormente sobre a responsabilidade civil, dispondo que essa estava estritamente vinculada à idéia de culpa do agente infrator que, por sua vez, com o avanço da sociedade, em determinadas hipóteses, tornou-se uma teoria inócua, tendo em vista a impossibilidade de se demonstrar o requisito anímico em debate.

Dessa forma, ainda não rescindindo com a velha dogmática romano-francesa, passou-se a admitir um mecanismo de presunção de culpa, invertendo-se o ônus da prova no bojo da ação indenizatória.

Por essa sistemática, não haveria afronta aos dispositivos até então em vigor, calcados na responsabilidade civil subjetiva, bem como se invertia o dever de prova à parte mais bem preparada e estruturada.

Em outras palavras, permaneceu a noção de culpa, todavia, de forma presumida, devendo o réu, agente infrator, colher elementos de convicção suficientes para demonstrar que não agiu com culpa, isentando-se de responsabilidade.

Insta salientar que, pela primeira vez, a vítima trouxe reflexos aos elementos da responsabilidade civil, recebendo a proteção da norma, influenciando, decididamente, no caminho da busca da reparação do dano, única e exclusivamente. Novamente Stoco (1997, p. 64):

(...) um dos aspectos que se identifica como representativos da marcha no sentido da doutrina objetiva é a teoria da “culpa presumida”. Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado.

Percebe-se que, quanto à responsabilidade civil subjetiva fundada na presunção de culpa, ainda persiste a primazia do elemento culpa, distanciando-se apenas da concepção subjetiva tradicional no que se refere ao ônus da prova.

5.3 Responsabilidade Civil Objetiva: a adoção da teoria do risco e a reparação dos danos fundada no prejuízo da vítima

A responsabilidade civil subjetiva, na visão tradicional, onde se exige a prova, por parte da vítima, da conduta culposa do agente infrator, mais a demonstração do dano e nexo de causalidade, ou na noção de culpa presumida, não atendia as expectativas da sociedade quanto à reparação dos danos.

Diversas situações, onde o dano vislumbrava-se de forma límpida e patente e a conduta ao sabor de todos, não ensejavam a responsabilização dos infratores, justamente porque, ou não se provava a culpa, ou o pretense infrator demonstrava facilmente a não inobservância do dever de cuidado objetivo (culpa).

Nesse clima, surge na doutrina estrangeira uma nova forma de responsabilização civil, onde o principal fator é o dano.

Partindo-se da análise do prejuízo da vítima e devendo esse ser reparado, a conduta que deu causa ao evento danoso será havida por ilícita, mesmo que ausente a culpa. Esta teoria passou a ser denominada de responsabilidade civil objetiva.

Vários foram os fundamentos adotados pelos estudiosos e tribunais, destacando-se, mormente, o da atividade de risco. Em poucas palavras, ao que desenvolve uma atividade que, por si só, ocasione um risco à sociedade, ser-lhe-á imputada a obrigação de indenizar, quando da mesma atividade advier um dano, malgrado a ausência de culpa. Em síntese, as palavras de Cavalieri Filho (2005, p. 155):

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem ou causou, independentemente de ter ou não agido com culpa (...).

Já, quanto à civil objetiva o agente infrator, sua conduta e elementos volitivos ou subjetivos são havidos por requisitos secundários. À vítima, diversamente do que ocorria na responsabilidade subjetiva, é dado um tratamento diferenciado, bastando apenas provar a conduta (atividade de risco), o dano (material ou moral) e o nexo causal entre eles para ensejar a responsabilidade do infrator.

Assim, os elementos dano e nexo causal ganham elevada importância no estudo da ciência da reparação de danos. Ao primeiro, tratamento específico será dado no capítulo posterior, no que se refere à perda da chance séria e real, por conta de uma conduta infratora.

Destarte, o estudo do dano, em suas principais nuances, como a perda de uma chance, somente passou a ser praticado quando a vítima tornou-se o foco das atenções da responsabilidade civil.

Vale dizer, a passagem da responsabilidade civil subjetiva para a objetiva, a despeito da primeira ainda vigorar no ordenamento, *ex vi* artigo 186 do Código Civil, fez com que o enfoque dado ao autor da conduta ilícita passasse à vítima, permitindo uma melhor análise do dano, seja na forma de dano emergente ou lucro cessante.

Nesse campo será estudada a perda de uma chance, tal qual a responsabilidade civil pelos “danos” dela provenientes.

6. DA PERDA DE UMA CHANCE

6.1 Idéias Gerais

O instituto da responsabilidade civil é composto por três elementos indispensáveis, sem os quais inexiste o dever de indenização. São eles: conduta, dano e nexo causal. A culpa, apesar de já haver ocupado lugar de destaque, consoante ventilado no capítulo anterior, não é mais considerado um requisito essencial, tendo em vista a adoção da teoria do risco pelo ordenamento jurídico, mesmo que excepcionalmente.

Em uma situação fática, frente ao exposto acima, requer-se a presença de uma ação ou omissão transgressora de dever jurídico primário; um dano certo e determinado (dano emergente ou lucro cessante); e o nexo de causalidade entre ambos.

Em exemplo prático, lembremos a situação do indivíduo que, visando lesionar outrem, desferiu-lhe uma facada na região abdominal, causando-lhe ferimentos graves.

In casu, a conduta ilícita caracteriza-se pela ação de ferir a vítima, mediante objeto cortante. Tal fato, em regra, não é permitido pelo ordenamento, sendo assim uma transgressão de dever jurídico primário.

O dano, por sua vez, visualiza-se com a lesão aos interesses jurídicos tutelados pela norma, quais sejam a incolumidade física e o direito à saúde da vítima. Um exame pericial poderá constatar, de forma minudente, a extensão do dano, sendo esse certo e determinado.

Por fim, o nexo de causalidade restou demonstrado, pois, a lesão corporal é conseqüência direta e imediata da conduta ilícita do agente agressor; o ato de dar

uma facada, no exemplo mencionado, é a causa adequada para a produção do dano (violação dos interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento).

Um outro exemplo poderia ser elencado, agora em sede de responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa *lato sensu*. Trata-se, figurativamente, do transportador que provoque danos ao passageiro, mesmo sem agir com culpa.

Sabido que a atividade de transporte comporta-se como uma atividade de risco, aquele que a realiza responde pelos danos causados, independentemente de culpa, desde que os prejuízos decorram direta e imediatamente da atividade.

Percebe-se, mais uma vez, a presença dos três elementos basilares anteriormente estudados: a conduta (atividade); o dano (prejuízo); e o nexo de causalidade (teoria da causa direta e imediata ou da adequação).

Em ambos os casos dúvidas não pairam acerca da responsabilidade civil dos ofensores, pois, se, presente a conduta transgressora de dever jurídico primário, o dano e o nexo de causalidade, preenchidos estarão os requisitos para a indenização.

Por outro lado, em algumas situações, a análise dos elementos encontra determinada dificuldade, mitigando o próprio dever de reparação. Verifica-se um determinado prejuízo para vítima, porém, não se consegue vislumbrar o dano certo e determinado, o que, por si só, inviabiliza qualquer tipo de ressarcimento, conforme fora discorrido no capítulo atinente aos danos.

Peguemos, a título de exemplo, as hipóteses do advogado que não interpõe o recurso no prazo legal, impossibilitando eventual reforma da decisão contrária aos interesses do seu cliente; o maratonista, interceptado durante o percurso, estando, naquele momento, na primeira posição; o médico que não diagnostica corretamente o paciente com câncer ou outra doença grave, retardando o tratamento; a empresa de transportes que não entrega, no tempo e lugar corretos, a pesquisa que seria utilizada em concurso; o jogador de futebol que no início de carreira tem de abandonar os gramados por conta de lesão muscular decorrente da negligência do departamento médico do clube; o concursando que deixa de prestar a prova porque o sistema de transporte contratado falhou, etc.

De todas as situações imaginadas, dentre outras da mesma natureza, não há, em exame superficial, um dano certo e determinado, suficiente para ensejar eventual reparação.

Contudo, inegável a chance perdida pelo cliente em obter um provimento jurisdicional favorável à sua pretensão; a chance perdida do maratonista em ganhar a prova, caso não fosse interceptado por um transeunte; a chance perdida do paciente em prolongar o seu tempo de sobrevida ou até mesmo evitar a morte se fosse tratado corretamente e antecipadamente; a chance perdida do pesquisador de ganhar o prêmio, caso seu objeto de estudo fosse devidamente apresentado; a chance perdida do jogador de futebol ascender na carreira, se não tivesse ocorrido a lesão muscular; a chance perdida do concursando em ser aprovado nas provas, etc.

Observa-se que, mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo.

Dessa forma, para que exista a possibilidade de reparação civil daquelas chances perdidas, devemos enquadrá-las, jurídica e cientificamente, como se danos fossem.

Gozando de certeza e determinação, tais chances, como danos, poderiam ser reclamadas em juízo, no que toca à reparação. Bastaria, dessa maneira, demonstrar que a conduta ilícita impediu que a chance (havida como dano) se realizasse, e, entre ambos, exista um nexo de causalidade. Presentes, assim, estarão os requisitos para a reparação dos prejuízos, como acima apontado.

A teoria da responsabilidade por perda de uma chance ainda não foi admitida de forma pacífica pela jurisprudência e na doutrina pátrias porquanto a sua má definição.

De fato, o sujeito que pleiteia o ressarcimento decorrente da perda de uma vantagem não conquistada peca no próprio fundamento utilizado, pois, vantagem perdida caracteriza dano eventual, hipotético, o qual, consoante vislumbramos, é irreparável, sob pena de enriquecimento indevido da pretensa vítima.

Peguemos o exemplo do advogado que não interpõe o recurso no prazo estipulado pela lei, não possibilitando que o Tribunal reaprecie a decisão contrária aos interesses do seu cliente. Existe a perda da chance de obter uma decisão

favorável ao mandante, pois não se sabe qual seria o pronunciamento do Tribunal em sede recursal.

Assim, se o mandante ingressar com ação indenizatória pleiteando a reparação daquela vantagem perdida, ou seja, a possibilidade de ter um provimento favorável a seus interesses, não logrará êxito. Não se sabe e nunca se descobrirá qual seria a decisão do órgão *ad quem*, posto que é impossível provar fatos futuros, desconhecidos.

Porém, partindo-se do pressuposto de que é a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo que fora lesionado, poderíamos admitir, agora, a reparação.

Não se busca mais, nesse sentido, o ressarcimento pela vantagem perdida, mas sim pela perda da oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo, totalmente desvinculada do resultado final, no caso, o provimento jurisdicional. Nessa linha de pensamento, discorre Savi (2006, p. 3), referindo-se à indenização da perda da chance:

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

A identificação de um dano material, caracterizado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, totalmente distinto do resultado final, colaborou para a evolução da teoria discutida.

Tratando-se de dano material, passou-se a valorizar por si só a possibilidade de ganho ou evitar o prejuízo, trazendo seu conceito, desta forma, para a sede de danos emergentes. Por fim, caracterizada como dano emergente a perda da chance, desde que séria e real, os vícios da incerteza e eventualidade não desfrutam de maiores aplicabilidades.

Para que a perda da oportunidade de ganho ou de evitar um prejuízo seja havida como dano material, a chance tem que ser séria e real, excluindo-se as

meras expectativas e possibilidades hipotéticas, conforme ensinamentos de Gondim (2005, p. 23):

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance. Não se admitem as expectativas incertas ou pouco prováveis, que são repudiadas pelo nosso direito. Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do fato danoso.

Com a devida vênia, conforme analisaremos adiante, não há a necessidade, como acima apontado pela autora, de que a chance perdida “deve ser algo que certamente iria ocorrer”. Requer-se apenas a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, excluída a mera possibilidade, pois, quando se tratar de ganho futuro e certo, estaremos em sede de lucro cessante, diferentemente da perda da chance.

6.2 A perda da Chance Como Dano Certo e Determinado: dano emergente, lucro cessante e dano moral

Não é pacífico na doutrina nacional o entendimento da perda de uma chance como dano certo e determinado, pois relutam ainda alguns autores em não admitir a cisão entre a possibilidade de ganho ou de se evitar um prejuízo com o resultado final.

Para os adeptos da corrente tradicional, como inexistente possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se cogita em dano pela perda da chance, pois esta recai na seara do dano hipotético, eventual.

Analisando a responsabilidade civil do advogado que perde o prazo para interpor o recurso contra sentença desfavorável aos interesses do cliente, Carvalho Santos inclina-se pela sua irresponsabilidade, porquanto não desvincula o resultado final (obtenção de provimento favorável) da oportunidade de obtenção do provimento favorável.

Para este autor, somente nas hipóteses onde o cliente possa demonstrar que a decisão de segundo seria concreta e certamente favorável a seus interesses, o advogado poderia ser responsabilizado, tendo em vista a existência do dano. Vejamos a opinião de Novais Dias (1999, p. 51), a respeito do ilustre civilista:

Já vimos a posição de *Carvalho Santos*, que considera o advogado irresponsável perante o cliente quando deixa de interpor recurso, a não ser na hipótese de certeza de sucesso daquele recurso que não houve, certeza essa obtida, segundo aquele autor, apenas e quando o cliente puder demonstrar que o mesmo tribunal ao qual o recurso seria dirigido, através dos mesmos julgadores que examinariam aquele recurso, em outro caso idêntico recentemente acolheu a pretensão no mesmo sentido do recurso que não houve. Para *Carvalho Santos*, somente nessa situação excepcional é que o advogado poderia ser chamado a indenizar seu cliente.

De outro lado, como afirmamos anteriormente, preferimos a opção de não vincular a chance perdida com o eventual resultado final. A oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, por si só, já é incorporada no patrimônio jurídico do indivíduo, sendo que sua violação enseja indenização.

A chance não pode ser analisada como a perda de um resultado favorável, mas sim como a perda da possibilidade de angariar aquela vantagem, excluindo-se, assim, a mazela do dano eventual. Sintetiza-nos Savi (2006, p. 19), mencionando doutrina alienígena:

Para defender a indenização das chances perdidas no direito italiano, Bocchiola analisa alguns julgados de outros países que a admitem e chega as seguintes conclusões: (i) nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo *chance* não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

Os adeptos da teoria da responsabilidade pela perda da chance, que não são muitos, pois a maioria da doutrina, a despeito de mencionarem o tema em destaque, pouco o enfrenta no mérito, ainda tratam a questão de forma não unânime.

Para alguns doutrinadores, a perda de uma chance estaria centrada na idéia de lucro cessante, ou seja, aquele benefício legitimamente esperado pela vítima.

Nessa linha de pensamento são as palavras de Cavalieri Filho (2005, p. 97/98), quando trata da projeção do ato ilícito no patrimônio futuro da vítima:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima (...).

A doutrina francesa, aplicada com freqüência pelos nossos Tribunais, fala na *perda de uma chance* (*perte d'une chance*) 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, deixar de ganhar um causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trata de uma chance real e séria que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada (...).

O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito.

Acreditamos que o posicionamento do ilustre Desembargador Fluminense acima apontado possui um pequeno vício. Precisa a definição de lucro cessante, porém, não admissível sua equiparação com a perda da chance.

Em sede de lucro cessante, repetindo, em que pese o princípio da razoabilidade na sua avaliação, o mesmo tem de ser certo, determinado, e está intimamente vinculado ao resultado final, o que não ocorre com a perda da chance, pois é dano independente daquele, caracterizada como a oportunidade séria, real de evitar um prejuízo ou angariar um benefício.

Ainda, parece também inclinar-se para os lucros cessantes o respeitado Aguiar Dias (1994, p. 720/721):

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma *probabilidade objetiva* resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto. Assim, a probabilidade de: ganhar uma causa; vencer a corrida de cavalo, vencer um concurso; ganhar na Bolsa; obter o prêmio em uma exposição de pintura, probabilidade perdida, respectivamente, em consequência de fato do advogado; do transportador que não conduziu o animal a tempo ou do espectador que provocou o acidente de que resultou originariamente a sua má colocação; do mandatário que não promoveu a habilitação do candidato, a ele confiada; do banqueiro que não proporcionou em tempo o numerário ao cliente; do indivíduo que destruiu o quadro etc.

Todavia, em outra passagem de sua magistral obra, o mencionado autor, criticando decisão de primeiro grau, admite que a perda da oportunidade de reforma

da decisão por conta de não interposição de recurso pelo causídico – perda de prazo – constitui a perda de um direito, logo, devendo ser indenizada essa chance perdida. Vejamos a crítica de Aguiar Dias (1994, p. 297):

Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, com votos vencidos que lhe salvaram a emitente 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 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 firmada, também o insucesso não o podia (grifo nosso).

Silvio de Salvo Venosa, também defensor da responsabilidade pela perda da chance, após advertência salutar de que os tribunais já estão aplicando a aludida teoria sob a roupagem dos lucros cessantes, transparecendo inicial entendimento de desvinculação entre perda da chance e lucro cessante, admite, ao final a não diferenciação. Segundo Venosa (2006, p. 275/276):

A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade. Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este 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 da chance. Sempre que se adota um raciocínio desse nível, há elementos de certeza e elementos de probabilidade no julgamento.

Em obra específica sobre a responsabilidade civil do advogado e adentrando no estudo, mesmo que superficial da responsabilidade pela perda da chance ocasionada pelo causídico, Sérgio Novais Dias propugna pela vinculação da chance perdida aos danos morais.

Critica, o referido autor, aqueles que isentam o advogado de qualquer responsabilidade quando, por sua negligência, a lamentação do cliente não pode ser apreciada pelo órgão do Judiciário.

De outra banda, não admite também as idéias daqueles que defendem a indenização da perda da chance como se dano material fosse, levantando a objeção de que, na verdade, trata-se de dano extrapatrimonial.

Mesmo assim, aduz sobre a existência de perda da oportunidade de ganho, quando menciona a perda da possibilidade de reexame da causa. Vejamos os dizeres de Novais Dias (1999, p. 67):

É claro que toda vez em que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não havia probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior.

Por sua vez, parte da doutrina reconhece expressamente a perda de uma chance como dano emergente. Vale dizer, tratando desta espécie de violação de interesse jurídico, a chance pode ser efetivamente avaliada, como o dano emergente.

Partem os estudiosos da lição de que há uma diferença entre a oportunidade de evitar um prejuízo ou galgar um benefício e o ganho em si. A oportunidade de ganho é havida como interesse jurídico tutelado pela norma, fazendo parte do patrimônio jurídico do indivíduo, desde que séria e real.

Assim, sua violação, acarretará a reparação desta oportunidade, como da mesma forma ocorreria na lesão de bens corpóreos, etc.

Nesse palmilhar, tentando diferenciar a possibilidade de ganho do resultado final da demanda, como dano independente, na hipótese de responsabilidade civil do advogado que, negligentemente, perde o prazo e não interpõe o recurso contra sentença desfavorável, são as palavras de Agostinho Alvim (1972, p. 190/191):

Alguém vê julgada improcedente uma ação, que intentou para haver certa quantia. A sentença proferida por juiz inexperiente, certamente não subsistirá, por haver mal apreciado a prova. Todavia, o advogado, por negligencia, deixa de apelar. Impossibilitado o recurso e não sendo caso de ação rescisória, não poderá o autor obter o restabelecimento do seu direito. Pensará, então, voltar-se contra o seu advogado, a fim de conseguir que este o indenize. Mas a prova do prejuízo é absolutamente impossível. Com efeito, a causa apontada do dano é a não-interposição do recurso. Mas como faz prova de que, interposto, teria logrado êxito? (...) se ele está inibido de provar a existência direta do dano, tal como o supusemos, outro dano não 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.

Ainda, como defensores da responsabilidade civil por perda de uma chance, analisando os requisitos desta chance perdida, não bastando a simples possibilidade de ganho, mas tratando-se de probabilidades sérias e suficientes, prelecionam Pereira (1998, p. 42) e Serpa Lopes (1995, p. 391), respectivamente:

(...) 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.

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 (...) Tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das circunstâncias de que se revista cada caso, e aparar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética.

Dessa passagem rápida pela doutrina nacional no que se refere à possibilidade de indenização das chances perdidas, apesar das tipificações diferentes dadas às chances – seja como dano emergente, lucro cessante ou até mesmo dano moral –, torna-se possibilitada a interpretação de que, havendo uma oportunidade perdida, desde que séria e real, ela integrará o patrimônio da vítima, possuindo valor econômico, e, assim, podendo ser indenizada.

6.3 A Perda da Chance Como Dano Indenizável

A maior dificuldade encontrada pelos defensores da responsabilidade civil pelas chances perdidas encontrava-se justamente no requisito certeza do dano. De

fato, falar em indenização pressupõe a existência de prejuízo, o qual tem de ser certo e determinado, evitando-se o enriquecimento indevido da pretensa vítima.

Conforme salientamos no tópico passado, a crítica tinha fundamento, posto que a definição manejada pelos defensores da responsabilidade das chances acabava, por si só, mitigando e prejudicando a teoria.

Com efeito, a responsabilidade civil pela perda da chance não busca a indenização da vantagem não obtida, ou do prejuízo não evitado. Estes, como resultado final do processo natural de atos interrompido pelo ato ilícito do agente infrator, jamais serão quantificados, pois justamente se tratam de objetos futuros.

Em exemplo, nunca se saberá se o indivíduo, portador de doença grave e degenerativa, não detectada em primeiro diagnóstico, se livraria da mesma, caso iniciasse o tratamento adequado. O médico, *in casu*, não pode ser responsabilizado pela morte do paciente, pois este resultado final, além de não ser consequência direta e imediata de seu ato negligente, também não poderia ser previsível.

Poderíamos nos valer de outras situações, nas quais o resultado final – a vantagem que sua buscava ou o prejuízo que se tentava evitar – não se concretizaria; em todas elas, não se conseguirá provar que a vítima angariaria o benefício.

Logo, o pedido de ressarcimento pelas chances não obtidas enfrentaria e esbarraria no conceito de dano eventual, hipotético, o qual é repudiado pela jurisprudência e doutrina nacional. O dano – certo e determinado – deve ser provado, nem mesmo sendo possível sua presunção¹, sob pena de afrontar e originar dúvidas quanto sua existência.

De outro lado, quando passarmos a analisar, não a vantagem perdida, mas sim a oportunidade de sua obtenção, conseguiremos escapar do vício do prejuízo hipotético.

Existe uma diferença salutar entre a vantagem perdida e a perda oportunidade de obtenção da vantagem. A primeira, como frisamos, trata-se objeto

¹ DANO MATERIAL – MOMENTO DA SUA COMPROVAÇÃO – Não se presume o dano material, e como a sentença não pode ser condicional, deve ser provado na fase de conhecimento, sob pena de improcedência. Para a liquidação de sentença só pode ser remetida a apuração do respectivo *quantum*. (TJRJ – Apelação Cível n.º 289/94 - 2ª Câmara Cível – Rel., Des., Sérgio Cavalieri Filho).

futuro, não suscetível de prova pelos meios até então conhecidos; a segunda, perfazendo interesse atual, certo e determinado, tem a aptidão de ser demonstrada.

Este primeiro passo é de extrema valia para a doutrina da *perte d'une chance*, porquanto consegue desvincular a oportunidade de ganho do resultado final, que poderia ou não ser galgado.

Passemos novamente ao exemplo mencionado do paciente. Este, acometido de doença grave, não diagnosticada preliminarmente por erro médico, teria, segundo os meios e técnicas científicas do momento, uma chance de se recuperar. Contudo, a conduta negligente do esculápio, apesar de não ser a causa adequada para o evento fatídico (morte, paralisia, etc), retirou aquela oportunidade de cura do paciente.

Assim, na hipótese dedutiva, caso o paciente (ou seus sucessores) ingressasse com a ação reclamando indenização pela cura perdida, não lograria êxito, pois a mesma não é certa. Inversamente poderia ocorrer caso pleiteasse a indenização pela oportunidade de cura perdida.

Nessa forma de aplicação, a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance satisfaz os elementos necessários para a responsabilização civil, quais sejam: uma conduta ilícita, a perda da oportunidade de evitar um dano ou angariar um benefício (dano) e o nexo causal entre ambos.

Utiliza-se, na doutrina estrangeira, o termo “propriedade” para a oportunidade de ganho perdida, realçando sua incorporação no patrimônio jurídico da vítima, como um interesse jurídico tutelado pela norma. Esta é a posição de Bocchiola, citado por Savi (2006, p. 19):

Por outro lado, enquanto a completa realização da possibilidade e conseqüentemente o dano decorrente da perda da vantagem eventual não conseguida deva se considerar, pelas razões já vistas, indemonstrável em razão da incerteza que envolve os mesmos elementos constitutivos do lucro, o problema da certeza vem 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 uma entidade já existente e pertencente ao sujeito, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano.

Após conseguirmos distinguir a vantagem perdida da oportunidade de obtenção daquela vantagem, sendo essa integrante do patrimônio do sujeito, dotada de valor, independente do resultado final, resta adjetivarmos essa oportunidade.

Não basta qualquer possibilidade, pois, sendo assim, cairíamos na falácia do dano eventual, hipotético, não merecedor de tutela do ordenamento e reparação.

Necessita-se de uma oportunidade de ganho ou de evitar um prejuízo, séria e real, devendo sua prova constituir de elementos estatísticos e de probabilidades, aliados ao princípio da razoabilidade. A perda da chance, por estes parâmetros e por conta da sua própria natureza, situa-se entre o dano material e o dano eventual, conforme posicionamento jurisprudencial².

A evolução das ciências exatas, da estatística, com fórmulas e pesquisas cada vez mais precisas, pode influenciar decisivamente na teoria da responsabilidade civil pelas chances perdidas.

Estabelecer um grau de probabilidade de que aquela oportunidade perdida de ganho mereça abrigo do ordenamento, sendo sua lesão tutelada pela reparação, será um desafio para o magistrado no bojo da ação indenizatória.

Para tanto, deverá socorrer-se por meio dos diversos elementos de prova, dentro os quais à ciência em comento.

Destaca a doutrina que esse mecanismo já fora utilizado em sede de responsabilidade civil do advogado que perde o prazo para recurso, sendo que, eventual ação indenizatória deveria demonstrar, em dados estatísticos, qual a probabilidade de ganho daquele meio de impugnação, caso fosse utilizado.

Se os dados matemáticos, extraídos da pesquisa de números de causas julgadas naquele sentido, número de decisões favoráveis e desfavoráveis, etc, fossem favoráveis ao demandante, este poderia pleitear a reparação dos danos frente ao causídico negligente. Em outras palavras, Savi (2006, p. 20/21):

²RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CESSAÇÃO DE DESCONTO AUTOMÁTICO DE PRÊMIO DE SEGURO. CANCELAMENTO DO CONTRATO PELA SEGURADORA. PERDA DE CHANCE CARACTERIZADA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA. A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada 'perda da chance', assim entendida a frustração da expectativa séria de evitar uma perda. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO; (TJRS - 9ª Câmara Cível – Apelação Cível n.º 598460244 – Rel., Des., Mara Larsen Chechi – julgado em 28/04/1999).

A estatística e o cálculo das probabilidades adquiriram, nos dias de hoje, uma grande importância em diversas áreas do conhecimento. Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, é possível, hoje predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de uma certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

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

Do exposto, poderíamos admitir que, quanto mais próximo de se realizar o resultado final (a obtenção da vantagem), maior será a oportunidade de o obter, pois, maior também a probabilidade; logo, mais facilitada sua demonstração como dano material, dotado de certeza e determinação. Também, nessa linha de pensamento, excluir-se-ia as possibilidades remotas, que não traduzem qualquer aproximação ao resultado vantajoso.

Não são admitidas as meras possibilidades, verificadas por um mecanismo simples, mas eficaz: retira-se da cadeia de atos o ato ilícito que ensejou a perda da possibilidade de obtenção de benefício; se, mesmo assim, a chance não se realiza, trata-se, portanto, de mera possibilidade. Claras são as palavras de Gondim (2005, p. 24):

Com efeito, tem-se que para a reparação do dano, este deve ser certo e atual. No mesmo sentido, a chance perdida para ser indenizada não pode se tratar de um ganho hipotético ou eventual.

Tratar-se-á de uma chance hipotética quando para sua concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando-se a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos.

Não discordamos de que, mesmo em sede de uma chance séria e real, o resultado final não poderá ser demonstrado, sendo o exame da prova não apenas delineado pela certeza.

Existirão elementos aleatórios, razoáveis, pois, caso fosse possível demonstrar a certeza da obtenção da chance perdida não mais estaríamos em seara de *perte d' une chance*, mas sim no âmbito dos lucros cessantes.

Já fora demonstrado que a doutrina não é unânime quanto à diferenciação entre perda da chance e lucro cessante. Ora se acolhe a primeira classe de danos materiais, ora a segunda e, por vezes, existe verdadeira simbiose.

Não acreditamos ser essa a melhor técnica, pois diferenças há entre perda da chance e do lucro cessante.

A primeira se refere ao interesse jurídico integrante do patrimônio da vítima antes mesmo da ocorrência do ato ilícito; é uma justa expectativa, uma oportunidade séria e real de ganho esperada pela vítima.

O segundo, trata-se da projeção do ato ilícito no patrimônio futuro da vítima, prescindindo, desta forma, da ocorrência do ato contrário ao ordenamento.

Outras diferenças poderiam ser apontadas, contudo, a principal está calcada na demonstração do resultado final esperado pelo agente. Vale dizer, no lucro cessante a vítima consegue provar qual é o patrimônio jurídico futuro lesado; o quanto e o quê deixou de ganhar.

Tal fato não ocorre na perda de uma chance, pois ao lesado cabe apenas demonstrar a violação da oportunidade, séria e real, de conseguir um benefício ou evitar um prejuízo. Caso conseguir demonstrar que a vantagem seria obtida, sai da esfera da perda da chance e ingressa na do lucro cessante.

Sintetiza-nos Bocchiola, novamente citado por Savi (2006, p. 22):

Indenizando a perda de uma chance não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. Então, se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente.

Assim, à luz dos princípios e regras que norteiam a responsabilidade civil, há de se concluir que a perda de uma chance, caracterizada como a perda da oportunidade real e séria de obter um benefício ou evitar um prejuízo, perfaz um verdadeiro dano emergente, em que pese necessitar de elementos de valoração calcados na probabilidade e razoabilidade.

Ainda, tratando-se de dano emergente, as chances perdidas podem ser mensuradas economicamente, porquanto se tratam de interesses jurídicos integrantes do patrimônio jurídico da vítima.

Seguindo essa linha, as meras possibilidades devem ser não-aceitas como objeto de indenização, tendo em vista o caráter da eventualidade e dúvida do dano.

6.4 A Quantificação da Perda da Chance

Ao analisarmos alguns julgados que aplicaram a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance, deparamo-nos com uma situação bastante corriqueira em sede do tema em testilha: a dificuldade na fixação do montante da indenização.

Relembrando o conceito de dano material emergente, como sendo aquele desfalque patrimonial que a vítima teve, calcado no princípio da efetividade, algumas dúvidas poderão pairar quando da aplicação daquele conceito à perda da chance.

Tratando-se, segundo melhor interpretação, a *perte d'une chance* de dano emergente, o prejuízo terá de ser demonstrado, de forma certa e determinada, sob pena de desnaturação do dano.

Contudo, não nos esqueçamos que a perda de uma chance distingue-se totalmente do resultado final que era esperado pela vítima. Em outras palavras, o lesado teve frustrada uma oportunidade de ganho ou de evitar um prejuízo, nada mais do que isso. O resultado final, como objeto futuro e indeterminado, não tem valia para a quantificação da indenização, a não ser como parâmetro.

Peguemos, por exemplo, a situação inusitada ocorrida nos jogos olímpicos de Atenas, em 2004, quando um maratonista brasileiro, liderando a prova, havendo percorrido mais da metade do percurso, foi interceptado por um transeunte desprovido das faculdades mentais.

Tal fato retardou o corredor, diminuindo sua velocidade e ritmo de corrida, até que fora ultrapassado por outros maratonistas, terminando a prova em terceiro lugar.

A despeito de estar liderando a prova, não há como provarmos que o maratonista brasileiro iria se manter em primeiro lugar. Diversos fatos posteriores, como o melhor desempenho de concorrente; o seu desgaste físico; outro caso fortuito ou de força maior; poderiam dar causa à perda da vitória.

Ao maratonista brasileiro restou tão somente a perda da oportunidade de ganhar a prova mais difícil dos jogos olímpicos.

Nesse sentido, em eventual reclamatória pelo ato ilícito que lhe prejudicou, não poderá o corredor pleitear a perda da vitória, mesmo levando-se em conta que no momento fatídico estava na primeira colocação. Deverá, apenas, reclamar indenização pela perda da oportunidade de conquistar a vitória.

In casu, a oportunidade de conquistar a vitória nos jogos olímpicos pode ser havida como séria e real tendo em vista os seguintes fatos: colocação do corredor no momento do fato ilícito; distância em relação aos concorrentes; desempenho na prova; histórico do atleta, etc.

No exemplo do advogado que perde o prazo para propor ação ou não interpõe o recurso contra a decisão desfavorável aos interesses do seu cliente, o mesmo raciocínio é utilizado.

Não será o causídico responsabilizado pelo valor que se ganharia caso houvesse êxito na demanda onde patrocinou de forma negligente³, pois, outros fatores, além da sua culpa, poderiam ensejar o mesmo provimento desfavorável ao cliente. Obrigar o mandante a provar que, interposto o recurso ou proposta a ação o provimento seria a seu favor, implicaria em indenizarmos os lucros cessantes, e não a perda da chance, conforme opina Savi (2006, p. 61):

Neste caso, o advogado perdeu o prazo para a interposição do recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses do constituinte. O acórdão reconheceu o dano da perda da chance. Contudo, ao quantificar o dano, condenou o advogado réu ao pagamento de tudo aquilo que o seu

³ Em sentido diverso: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória (...). APELO DESPROVIDO (TJRS – 9ª Câmara Cível – Apelação Cível n.º 70005473061 – Rel., Des., Adão Sérgio do Nascimento Cassiano – julgado em 10/12/2003).

cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto no prazo legal e provido pelo Tribunal.

Ou seja, apesar de se tratar de um caso típico de responsabilidade civil por perda de uma chance, o acórdão, a nosso sentir equivocadamente, condenou o advogado ao pagamento dos lucros cessantes sofridos pelo autor da ação. Isto porque ninguém poderia afirmar que se o recurso tivesse sido interposto, ele seria provido com certeza. O máximo que se poderia afirmar era que o mesmo tinha muitas chances de êxito, e estas chances é que deveriam ter sido indenizadas.

Poder-se-á admitir, nessa hipótese, a responsabilidade civil do advogado pela perda da oportunidade de obter um provimento jurisdicional favorável, tão e somente, posto que esta oportunidade, além de séria e real, integrava o patrimônio da vítima, tutelada pelo ordenamento. Assim, sua violação caracteriza um dano material.

Dessa feita, em todas as situações, oriundas de contrato ou ato ilícito, onde a vantagem a ser obtida pode ser mensurada desde logo, estaremos diante do lucro cessante.

Todavia, existindo apenas a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar o prejuízo, não sendo possível antever o fiel resultado, fala-se em perda da chance.

Esta chance, oportunidade séria, antes mesmo da ocorrência do ato ilícito, já possui um valor econômico, malgrado a difícil mensuração. De fato, isto explica o porquê desta chance ser incorporada ao patrimônio jurídico da vítima, anteriormente à prática do ato ilícito.

Uma premissa deve ser fixada. Tratando-se de oportunidade, dotada de valor econômico, porém, anterior ao resultado final caso viesse ocorrer (ganho), sempre terá um valor menor do que este último.

Em resumo, a chance perdida nunca poderá ser igual, no valor, à vantagem não conquistada, sob pena de ser caracterizada como lucro cessante.

Essa é a lição apurada de Savi (2006, p. 63), pois:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas

sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

Por esses motivos, não concordamos com as decisões jurisprudenciais que, mesmo reconhecendo a teoria da responsabilidade por perda de uma chance, acabam indenizando-a como se lucro cessante fosse, no montante da vantagem total, caso fosse realizada.

Nesse palmilhar, entendemos que o magistrado, após aplicar a teoria da *perte d'une chance*, reconhecendo a existência de uma oportunidade de ganho séria e real – *an debeat* – lesionada por um ato ilícito, deverá, em juízo de equidade, delimitar o montante da indenização – *quantum debeat*. A liquidação do dano poderá ocorrer, assim, em sede de arbitramento.

Esse montante, de difícil quantificação, poderá ser determinado segundo a análise do caso concreto. Vale dizer, caberá ao magistrado, no seio da ação indenizatória, verificar quais eram as reais possibilidades de a vítima angariar a vantagem e correlacioná-las com o valor do resultado final, obtendo, sempre, um montante inferior à vantagem esperada.

Exemplificando, novamente, poderíamos imaginar, no caso do corredor brasileiro prejudicado nos jogos olímpicos de Atenas, que este teria, pela análise dos fatores que envolviam a situação (estar em primeiro lugar; distância dos outros adversários; desempenho na prova, fundado na velocidade média, etc) uma chance de aproximadamente 70% (setenta por cento) de ganhar a prova. Logo, se o prêmio da prova era de “X” dólares, deveria o maratonista ser indenizado no montante de 0,7 de “X” dólares.

Em outras palavras, deverá o magistrado, em juízo de valor, analisar qual seria o resultado final esperado pela vítima, e, assim, multiplicá-lo por um coeficiente de probabilidade, o qual é retirado do caso concreto, analisando as verdadeiras chances de obtenção da vantagem.

Precisas são as palavras de Venosa (2006, p. 31):

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 indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um

determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização (grifo nosso).

Por esse motivo, discorreremos acima que o avanço das ciências exatas, como a estatística, poderá auxiliar na fixação do montante da perda da chance.

Uma outra forma de quantificar as chances perdidas seria a utilização, por analogia, da teoria dos danos morais. De certo que a prova da extensão da oportunidade de ganho é de difícil mensuração, tal qual no dano moral, poderia a chance ser indenizada a título de compensação. Esse é o entendimento de Gondim (2005, p. 32/33):

(...) quando se trata apenas da chance perdida, sem os referidos gastos, surgem as dúvidas sobre o *quantum* a indenizar. Em virtude da escassa doutrina acerca do tema, poucas são as discussões acerca da natureza da reparação no tocante à indenização. Para François Chabas, inexistente diferença na natureza da reparação do dano ocorrido e na perda da chance (...). Porém, tem-se que o próprio conceito da teoria é das chances que se perderam, assim, não há como restabelecer ao *status quo ante*, de tal sorte que, ainda que, o dano pudesse ser restabelecido monetariamente, a chance não o será, havendo apenas a compensação da lesão, sendo de tal sorte, uma indenização compensatória.

Não desconhecemos de que a análise matemática nem sempre será possível, bem como a extensão dano prejudicada, ficando sua medida em verdadeiro juízo de equidade do magistrado, e, assim, ao sabor das críticas ferrenhas dos opositores desta teoria.

Somente o caso concreto trará os elementos necessários para a firmação do valor da indenização, sempre levando em conta os princípios da efetividade e da razoabilidade, cumulativamente, sob pena de desnaturar a natureza da perda da chance como dano material.

6.5 A Jurisprudência Brasileira

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance tem seu nascedouro na jurisprudência francesa, quando da verificação da responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura ou de sobrevivência do paciente. Explica-nos a origem da *perte d' une chance* Gondim (2005, p. 21/22):

Este novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil foi uma criação jurisprudencial francesa, que significa a perda de uma chance de cura. Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica.

Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.

Seguindo essa nova posição, houveram outras decisões proferidas pela referida Corte que aplicaram a mesma teoria.

Com isso, esse posicionamento passou a se consolidar perante a Corte de Cassação Francesa.

Talvez seja por esse motivo que não encontramos farta obra literária e muito menos julgados condizentes ao tema em destaque.

A apreciação dos Tribunais ainda se verifica de forma tímida. Socorrem-se os magistrados com elementos, técnicas e princípios que norteiam os lucros cessantes, o que, como demonstramos, não é a melhor medida.

Em outras situações, chega-se a aplicar a teoria do dano moral, no ensejo de reparar a vítima.

O primeiro julgado brasileiro⁴ a analisar, de forma expressa a teoria da perda de uma chance, ocorreu no Rio Grande do Sul.

⁴ Cirurgia seletiva para a correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance. (TJRS - 5ª Câmara Cível – Apelação Cível n.º 598069996 – Rel., Des., Ruy Rosado de Aguiar Júnior – julgado em 12/06/1990).

Trata-se de ação de indenização por danos materiais decorrentes de erro em cirurgia para correção de miopia, a qual resultou, para o autor da demanda, hipermetropia e névoa nos olhos.

A responsabilidade civil pela perda da chance não fora reconhecida em sede apelação, justamente porque os danos acima destacados decorriam direta e imediatamente da conduta ilícita do médico. Logo, *in casu*, foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a ação do esculápio, contrária ao ordenamento, e o dano auferido pela vítima.

Eis parte do voto do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1990):

(...) é preciso esclarecer, para efeito de cálculo de indenização, que não se trata de perda de uma chance, a que em certa passagem se referiu o apelante. Na perda da chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente.

Outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵ e, novamente, o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, analisa a responsabilidade pela perda da chance.

Diversamente do anterior, desta vez foi reconhecida a responsabilização do agente infrator por ter lesionado a chance da vítima em obter uma vantagem.

Trata-se de recurso de apelação, em ação indenizatória movida contra advogado que não comunicou o extravio dos autos à cliente, impossibilitando assim que a última obtivesse um provimento jurisdicional favorável a sua pretensão.

O dano, no caso em debate, caracteriza-se pela perda da chance da cliente em ver sua ação julgada; ou seja, a perda da oportunidade de angariar um benefício, um lucro, materializado pelo possível provimento jurisdicional favorável.

Por seu valor estritamente técnico-jurídico acerca da teoria da perda da chance, trazemos à baila trechos do voto do relator, fundamentando a decisão dentro da teoria em destaque:

⁵RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance. (TJRS - 5ª Câmara Cível – Apelação Cível n.º 591064837 – Rel., Des., Ruy Rosado de Aguiar Júnior – julgado em 29/08/1991).

(...) não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a *perda de uma chance* e nisso reside o seu prejuízo (...).

(...) a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil

(...) Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a *fixação da indenização*, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.

De se ver que, expressamente, reconheceu o julgador não se tratar de lucro cessante, quando da afirmação de que não se trata de dano certo. Ao final, mencionou sobre a fixação da indenização, em sede de liquidação, fato este explorado em tópico separado, deveras sua importância.

A jurisprudência, na esteira do pensamento do culto Sérgio Novais Dias, outrora citado, em determinados julgamentos⁶ admite expressamente a responsabilidade por perda de uma chance. Todavia, reconhece a existência de dano moral apenas, não sendo possível a indenização por danos materiais.

⁶MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTE DA PERDA DO PRAZO. *DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES*. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato (...). Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de apreciar o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo fato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra o qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO” (TJRJ – Apelação Cível n.º 2003.001191138 - 14ª Câmara Cível – Rel., Des., Ferdinando do Nascimento – julgado em 07/10/2003).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA NA ATACÃO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA SÓ APÓS O DECURSO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE HAVALIAR O DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE DE VER O PLEITO EXAMINADO PELO JUDICIÁRIO. MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. (TACSP - 8ª Câmara – Apelação Cível n.º 680.655-1 – Rel., José Arnaldo da Costa Telles – julgado em 23/10/1996).

Com a máxima vênia, encontramos incongruência nesse modo de pensar. Em que pese a correta demonstração da perda da chance, calcada na perda da oportunidade de obtenção de um benefício, defendeu-se a existência do dano moral apenas, tendo em vista a dificuldade de se estabelecer o montante da indenização (*quantum debeat*).

Vejamos o voto do relator da apelação julgada pelo Tribunal de Alçada Civil Paulista, Doutor José Arnaldo da Costa Telles (1996):

Não obstante a certeza da obrigação de indenizar, exsurge aqui dificuldade na avaliação do *quantum debeat*. De fato, se não houve análise da reclamatória pela justiça especializada, não cabe à comum examina-la e definir quanto o autor teria de receber da reclamada, nos termos do pedido que formulou. Sendo assim, a orientação preconizada por alguns autores franceses é a que melhor se harmoniza como direito vulnerado do autor. Indeniza-se não pelo que deixou de receber naquela demanda, mas a perda da chance de ver seu pleito analisado pelo judiciário. Nem é possível argumentar com a falta de disposição legal que sustente tal solução. A indenizabilidade do dano moral, constitucionalmente estabelecida (art. 5º, V) oferece respaldo mais que suficiente à condenação.
(...) Por fim, considerando que se trata de indenizar a perda de uma chance, o arbitramento em quantia equivalente a cinqüenta salários mínimos revela-se suficiente para reparar o mal experimentado pelo autor e concitar a ré a atuar com mais diligência em sua atividade profissional.

Discordamos do posicionamento acima, por diversas razões.

Primeiramente, não se pode simplesmente considerar como dano moral a perda da chance posto não ser possível, no momento, determinar o *quantum debeat* da indenização. Dano moral e perda da chance referem-se ao *an debeat*, vale dizer, à existência do dano e não a sua valoração. Dizer que existe dano moral e não a perda da chance equivale verdadeira contradição.

Em segundo lugar, nada obsta a existência de duas espécies de dano. O dano moral, conforme discorremos em capítulo próprio, refere-se à lesão aos interesses extrapatrimoniais da vítima, ao passo que a perda da chance recai sobre os interesses de natureza patrimonial, pois de dano material emergente se trata, conforme também já discorrido.

Finalmente, em que pese o mesmo juízo de probabilidade enfrentado no dano moral e na perda da chance, no que toca ao valor da indenização, um não vincula o outro, pois possuem natureza diversa, bem como análise também diferente dos elementos de convicção e sua valoração.

7. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

7.1 Idéias Gerais

Discorreremos no capítulo anterior, sem a intenção de esgotar a matéria, tendo em vista a complexidade do tema, os fundamentos da teoria da perda de uma chance.

Chegamos à conclusão de que a *perte d'une chance* caracteriza-se quando há a perda de uma oportunidade, séria e real, de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Essa oportunidade, por sua vez, ingressa no patrimônio da vítima como um interesse jurídico tutelado, totalmente desvinculada do resultado final querido ou desejado pelo lesado.

Dessa feita, a violação deste interesse jurídico tutelado pela norma, de caráter patrimonial, não deixa de ser um dano material, na categoria de dano emergente, dotado de suas peculiaridades e características.

Tratando-se de dano material, o mesmo deverá ser reparado. Leva-se em conta o princípio de que a ninguém é dado causar danos a outrem (*neminem laedere*), de que todos os danos efetivamente demonstrados devem ser reparados, à luz do artigo 402 do Código Civil¹ e que, no estado atual da responsabilidade civil, não mais o agente infrator é considerado o foco principal, mas sim a vítima, em face da qual recai toda a proteção do ordenamento.

¹ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

7.2. Responsabilidade Civil: a cláusula geral do Código Civil

A responsabilidade civil surge, como outrora visto, da inobservância e transgressão de dever jurídico primário, associados com a ocorrência do dano.

Praticado um ato ilícito e, se deste ato sobrevier um dano, estando ambos interligados por uma relação de causa e efeito, surge, para o agente infrator, a obrigação de reparar os prejuízos. Esta obrigação secundária, derivada da violação da primária, denomina-se responsabilidade civil.

Os artigos 186² e 187³, ambos do Código Civil, trazem a definição de ato ilícito. O primeiro tem por fundamento a idéia de culpa em sentido amplo (dolo e culpa em sentido estrito) e o segundo na noção de atividade risco.

São, na verdade, clausulas abertas de responsabilidade civil, pois não condicionam o dano a qualquer requisito ou muito menos os diferenciam. O dano é único, havendo, no entanto, qualificação para fins doutrinários, e, existindo a violação aos interesses jurídicos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, deverão ser reparados.

Não há, no sistema jurídico brasileiro, uma enumeração taxativa de bens jurídicos protegidos. Em que pese o disposto nos artigos 948⁴ e 949⁵, destacando existir uma proteção exclusiva à vida e à incolumidade do indivíduo, estes mesmos dispositivos excepcionam que “outro prejuízo” as vítimas podem sofrer.

Assim, caracterizada a chance perdida como dano certo, ou seja, havendo uma perda de oportunidade séria e real de obtenção de vantagem ou de evitar um prejuízo, como consequência direta e imediata de uma conduta ilícita, restarão presentes os elementos que ensejam a obrigação de reparar os danos.

² 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.

³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

⁵ No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Os dispositivos acima elencados, salvo melhor juízo, não excluem por si só a reparação das chances, posto que estas podem ser enquadradas como os “outros prejuízos” previstos por aqueles.

Diz-se, nesse sentido, que o Código Civil estabeleceu um mandamento, uma cláusula aberta de responsabilidade civil, determinando a reparação de todos os danos sofridos pela vítima, tal qual aqueles derivados da perda de uma chance, inclusive.

7.3 A Reparação Integral Dos Danos e a Proteção da Vítima

Além do princípio da cláusula geral de responsabilidade civil, destaca-se no ordenamento um segundo dogma basilar: o da proteção integral dos danos.

Trata-se de mandamento constitucional, como se depreende da leitura do artigo 5º, incisos V e X da Lei Maior⁶.

Na legislação infraconstitucional, encontramos, nessa linha, o disposto no artigo 927⁷, bem como no artigo 402 – citado anteriormente – todos do Código Civil.

Quando o legislador estabeleceu que, se da prática de ato ilícito sobrevier um dano, deverá o agente o reparar, mesmo que seja exclusivamente moral, bem como que o credor terá direito ao que “efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar”, encampou, implicitamente, o que se denomina de princípio da proteção integral dos danos.

⁶ 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.

⁷ Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Esse postulado geral visa a restauração do equilíbrio jurídico violentado pela prática do ato ilícito e conseqüente ocorrência de dano. Busca-se, inicialmente, o retorno ao estado inicial, anterior à violação do interesse jurídico tutelado pela norma. Não sendo possível, contenta-se com a compensação pecuniária do mal causado, propiciando à vítima uma possibilidade de conforto ou contentação.

A grande virtude desse princípio reside na possibilidade da vítima ter ressarcido todos os danos suportados, mediante o retorno ao *status quo ante*, quando possível, ou por intermédio de indenização pecuniária.

No estado atual da doutrina da responsabilidade civil, poder-se-ia admitir que o princípio da reparação integral dos danos está previsto, implicitamente, na Constituição Federal.

De fato, quando a Norma Magna destaca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 1º, III⁸, realça a importância e necessidade da reparação integral dos danos, em sede de responsabilidade civil.

Inexiste dignidade da pessoa humana quando a vítima suporta os danos por ela não cometidos. Tal fato, quando ocorrido, constitui-se verdadeiro foco de desarmonia e desestabilidade social, altamente prejudicial para a perpetuação do Estado Democrático de Direito e para a ordem jurídica. Assim se posiciona Savi (2006, 87), acerca do tema:

Este princípio tem a importante função de garantir seja estabelecido o equilíbrio entre o dano e a reparação, como forma de assegurar, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*. A importância deste princípio no estudo da responsabilidade civil é destacada, uma vez que tem a grande virtude de assegurar o direito da vítima de ser ressarcida de todos os danos sofridos, colocando-a na mesma posição que estaria se o fato danoso não tivesse acontecido (...).

A Constituição Federal, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (CF/88, art. 1º, III) e ao consagrar como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I), acabou, a nosso sentir, por transpor para o texto constitucional o Princípio da reparação integral dos danos.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

Assim, a busca incessante da reparação de danos, como dogma constitucional, abraça também as hipóteses das chances perdidas.

Não existe, frise-se, norma expressa quanto à reparação da perda de uma chance. Porém, em face do princípio da reparação integral dos danos, a vítima não poderá suportar os prejuízos, mesmo que provenientes da perda da oportunidade de obter uma vantagem.

Ademais, a própria evolução do instituto da responsabilidade civil contribuiu para a aplicação da doutrina da responsabilidade pelas chances perdidas.

Até o século XX, quando predominava a teoria da responsabilidade subjetiva, estritamente vinculada à noção de culpa *lato senso*, as regras sobre a reparação dos danos incidiam diretamente no agente infrator.

Vale dizer, em que pese a existência de um dano suportado por outrem, a primeira análise feita pelo julgador deveria recair sobre a ilicitude ou culpabilidade da conduta, atingindo, reflexa e prioritariamente, a pessoa do agente infrator.

Com o advento das teorias da responsabilidade civil objetiva, a análise da conduta infratora passou para segundo plano, devendo, agora, o magistrado, no bojo da ação indenizatória, deitar os olhos prioritariamente para a existência ou não de dano. Em outras palavras, analisar a situação da vítima.

Não mais se perquire a origem da ação ou omissão que transgrediu um dever jurídico primário, se culposa ou não. Basta que exista uma conduta e dela sobrevenha um dano, pois o foco da norma protetora situa-se justamente naquele que suporta a lesão aos interesses jurídicos tutelados e não mais no agente infrator.

Dentro dessa evolução dos conceitos e elementos da responsabilidade civil, a teoria da *perte d'une chance* encaixa-se satisfatoriamente, pois também tem por fundamento a reparação dos prejuízos que outrora não se admitia, seja porque a análise era vinculada estritamente à conduta culposa, seja pela não utilização das melhores técnicas para a avaliação do dano.

7.4 Perda de Uma Chance e Lucro Cessante: causa de pedir e pedido da ação indenizatória

Verificamos anteriormente que a perda de uma chance e os lucros cessantes não se confundem.

Ambos são espécies de dano material, contudo trazem conceitos e características próprias, malgrado a proximidade de ambas as espécies de dano.

Com efeito, delimitamos como lucro cessante o prejuízo futuro suportado pela vítima; ou, a projeção do ato ilícito no patrimônio futuro da vítima. De outro lado, a perda de uma chance caracteriza-se não pela vantagem futura não obtida, mas sim pela perda da oportunidade de ganho, desde que essa oportunidade seja séria e real.

A condenação por lucros cessantes implica na prova efetiva do gravame suportado pela vítima; ou seja, a prova do dano futuro. Em sede de perda da chance essa demonstração é impossibilitada, justamente porque se trata de oportunidade de ganho não realizada, sabidamente desvinculada do resultado final, objeto futuro e incerto.

Percebe-se uma diferença um tanto tênue entre perda da chance e dano cessante e esse fator poderá ser visualizado na ação indenizatória.

Poderão os magistrados se deparar com a seguinte situação: a parte pleitear a reparação de danos, pedindo a título de lucros cessantes aquilo que ela perdeu ou deixou de lucrar; todavia, na causa de pedir, defender, mesmo que implicitamente, a teoria da perda de uma chance.

Poderíamos também imaginar o inverso, ou seja, o requerente reclamar a reparação pela perda da chance, contudo, fundamentando seu pedido com base na teoria dos lucros cessantes.

Em ambos os casos, surge a dúvida se poderá o magistrado acolher a pretensão da autora, obedecendo aos princípios da reparação integral dos danos e da cláusula geral de responsabilidade civil, indenizando a vítima, mesmo que o pedido na ação indenizatória não seja compatível com a causa de pedir.

Em questão, poderá existir provimento jurisdicional acolhedor da tese da perda de uma chance, devidamente demonstrada na causa de pedir, quando o pedido se refere ao ressarcimento dos lucros cessantes?

Ou, havendo pedido de responsabilidade pela perda da chance, mas a fundamentação jurídica inclinar para os lucros cessantes, poderá o juiz dar nova qualificação jurídica à natureza do dano, determinando a reparação dos lucros cessantes?

Acreditamos ser possível o acolhimento do pedido, malgrado a causa de pedir não lhe estar compatível.

Deverá o magistrado, analisando o caso concreto, verificar qual foi a reação intenção da parte postulante.

Mesmo havendo defendido a tese da causa de pedir, até mesmo de forma implícita e, por outros motivos, não reclamar a indenização pela violação da oportunidade de ganho perdida, mas sim pelos lucros cessantes, deverá o magistrado acolher a pretensão do autor.

Contudo, havendo nova qualificação jurídica do pedido, deverá o magistrado, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, abrir prazo para que a outra parte se manifeste, visando a manutenção das corretas regras processuais. Nesse sentido nos ensina Dinamarco (2005, p. 236):

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo o modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove (grifo nosso).

Acreditamos não existir, *in casu*, violação aos princípios da ação ou da demanda e da adstrição. O juiz, dentro destes princípios processuais, limita-se a analisar apenas aquilo que lhe foi pedido e fundamentado, não podendo exarar decisão fora daqueles limites. Impede-se a inovação na sentença, a ponto de extrapolar a verdadeira intenção da parte, violando, assim, o direito subjetivo público da ação.

Por fim, a medida mais salutar que parece transparecer, quando a parte requerente inclina-se na dúvida em pleitear a perda da chance ou lucros cessantes,

seria a adoção de pedido alternativo. Dessa forma, não sendo acolhido o pedido principal, por não estar compatível com a causa de pedir, poderia ser julgado procedente o pedido subsidiário, de forma alternativa, sem afronta ao devido processo legal e demais princípios que norteiam as regras processuais.

CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil passou e ainda é atingido por modificações e reformulações, mormente no que se refere aos seus requisitos ou elementos indispensáveis.

Em um primeiro momento, a responsabilidade calcada na idéia do ato ilícito, no erro de conduta do agente agressor, apenas era admitida quando possível a prova do dano como consequência direta e imediata da conduta culposa do infrator.

O anseio de justiça e proteção da parte que suporta os prejuízos, maximizados pelo avanço tecnológico e pela evolução das relações de consumo e trabalho, colaborou decisivamente para o desligamento da noção de culpa, de sorte a responsabilizar qualquer sujeito que, por sua ação ou omissão, causar danos a outrem.

Assim, com o advento da responsabilidade civil objetiva, desprovida da idéia de culpa, para existir o dever de reparar basta apenas a verificação de uma ação ou omissão, um dano dela decorrente, direta e imediatamente e, por fim, um liame de causalidade entre a ação e o dano.

Dentro dessa nova perspectiva da ciência da reparação de danos, a vítima encontrou um abrigo com maior respaldo. Vale dizer, o dano e o nexos de causalidade passaram a ser analisados com maior profundidade e elasticidade, deixando-se o estudo da conduta ilícita em segundo plano.

O anseio de justiça e o dogma da reparação integral dos prejuízos sofridos pelo lesado levaram a doutrina e a jurisprudência a criarem mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação dos danos.

Dentro desse turbilhão inovador, incidiu a embrionária corrente jurisprudencial e doutrinária calcada na reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

Para a novel escola, diversas situações do cotidiano poderiam ensejar a obrigação de reparar o prejuízo, tais como o advogado que perde o prazo para recorrer e impossibilita o cliente em ter a seu favor uma decisão que acolha seus interesses; o médico, em erro de diagnóstico, impossibilitando o paciente de sobreviver por mais tempo ou, até mesmo, obter a cura da doença; o concursando que se vê privado de prestar a prova, porque o transportador não chegou a tempo no local do certame; o maratonista que, interceptado por um transeunte no momento da corrida, observa a chance da vitória ir embora, etc.

Em princípio, críticas e restrições foram impostas à responsabilidade civil por perda de chance. Defendiam os opositores que se tratava de possibilidade de indenização de dano hipotético, eventual.

Com a máxima vênia, não concordamos com tais argumentos. Preliminarmente, é importante salientar que não se trata de indenização sobre a vantagem não obtida. Com efeito, não há meios para se provar qual seria o resultado final, caso não existisse o fato que interrompeu a cadeia normal do procedimento. Em outras palavras, mesmo retirando-se o ato ilícito da cadeia de fatos que antecederam o resultado final, esse não poderia ser demonstrado.

Dessa forma, o que se pleiteia em sede de *perte d'une chance* não é a vantagem não obtida, mas sim a perda da oportunidade de obter um benefício (a vantagem) ou de evitar um prejuízo.

O primeiro passo, portanto, é cindir essa oportunidade de ganho do resultado final. Havendo essa separação, poder-se-ia dar tratamento específico à perda da oportunidade de obtenção de vantagem, considerada, especificamente, como integrante do patrimônio jurídico da vítima.

Todavia, para que a oportunidade de galgar um benefício ou evitar um prejuízo ingresse no patrimônio jurídico do indivíduo como interesse jurídico tutelado, aquela deveria ser séria e real.

Por esses “adjetivos”, eliminam-se as pequenas possibilidades que, a despeito de eventualmente existirem e até serem passíveis de ensejar o resultado final, não merecem tutela do ordenamento. Tratam-se de possibilidades hipotéticas, eventuais, não sendo possível determinar, em juízo de probabilidade e

razoabilidade, se as mesmas seriam suficientes para trazer um benefício ao indivíduo.

Outra objeção a ser levantada pela doutrina clássica, contrária à indenização pelas chances perdidas, reside no fato da impossibilidade de quantificar a indenização.

Conforme fora exposto, o valor da indenização é uma situação distinta e posterior ao reconhecimento do dano decorrente da perda da chance. O primeiro, refere-se ao *quantum debeatur*; o segundo, ao *an debeatur*, não podendo, assim, ser confundidos.

Não havendo dispositivos acerca da matéria, tratando-a expressamente, deverá o magistrado pautar-se em juízo de probabilidade para a aferição do montante da oportunidade perdida.

Poderá valer-se do valor do resultado final esperado, hipoteticamente, para dele extrair o montante da perda da oportunidade de obter a vantagem.

Fala-se, nesse sentido, em coeficiente de probabilidade, o qual exprimiria, com base em dados estatísticos e demais elementos fáticos do processo, uma verdadeira percentagem de chance para que a vantagem fosse obtida. Esse valor poderia ser multiplicado pelo valor da vantagem propriamente dita, caso a mesma tivesse sido conquistada, obtendo, assim, o montante da chance perdida.

Ainda, a perda da chance não significa lucro cessante, a despeito de julgados e doutrinadores que defendem a simbiose.

O lucro cessante, modalidade também de dano material, é o prejuízo futuro galgado pela vítima; é a projeção do ato ilícito no patrimônio futuro do lesado, devendo sempre ser provado no seio da ação indenizatória. Prevê-se, dessa forma, qual seria o resultado final, favorável ou desfavorável à vítima.

A perda da chance, por sua vez, como dano material que é, também deverá ser provada. Contudo, não se trata da prova da vantagem perdida, pois essa se refere ao lucro cessante, mas apenas da demonstração da perda da oportunidade de se obter de uma vantagem ou se evitar um prejuízo.

A utilização do valor da vantagem não auferida apenas se dará como critério para fixação do *quantum* da chance perdida, em homenagem ao princípio da razoabilidade.

Dessa feita, preconizando o ordenamento jurídico, a doutrina da reparação integral dos danos, bem como a cláusula geral de responsabilidade, a vítima que lamentar em juízo a reparação pela chance perdida deveria receber um provimento jurisdicional favorável.

Embora por um ângulo diferente, restam preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, deveras exigidos pela doutrina clássica para que subsista o dever de indenizar: uma conduta (ação ou omissão); um dano, caracterizado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo (e não pela vantagem perdida, em si, porque é hipotética); e um nexo de causalidade entre os primeiros.

Ficaria a cargo da nova jurisprudência e da doutrina sistematizar esse novel entendimento acerca da responsabilização civil, na busca incessante de proteção da vítima, resguardando os princípios e regras basilares da ciência que estuda a reparação dos danos.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 2.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1972.

BÍBLIA SAGRADA. Deuteronomio. São Paulo: Paulus, 1990, cap. 22, p. 220/221.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Organizado por Yussef Said Cahali. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Organizado por Yussef Said Cahali. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Organizado por Luiz Flávio Gomes. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed., revista, aumentada. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5ª ed., revista e atualizada de acordo com a emenda constitucional n. 45 de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Da obrigação de indenizar**. *In*: Comentários ao código civil: parte especial do direito das obrigações, responsabilidade subjetiva, responsabilidade objetiva, responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade profissional etc; preferências e privilégios creditórios. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Responsabilidade civil**. 8ª ed., revista. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil**:: teoria da perda de uma chance. *In*: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. v. 2; 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e a sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Relação de causalidade**. *In*: Manual de direito penal: parte geral arts. 1º a 120 do CP. 19ª ed., b. 1.; cap. 3; São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1; 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Relação de causalidade**. *In*: Direito Penal; v. 1; 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8ª ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4; 19ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2002.

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

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil**. v. 5; 5ª ed., rev. e atual.; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

_____. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. v. 2; 6ª ed., rev. e atual.; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3ª ed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *In*: Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, junho de 2001, ano 2, v. 6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** v. 4; 6ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

_____. **Direito civil: parte geral.** 3ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.