

ANA VLÁDIA PARENTE DE PINHO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público, como exigência parcial para obtenção do grau de Pós-Graduação em Direito Privado sob a orientação do Professor Hércules Benício.

Brasília

2007

ANA VLÁDIA PARENTE DE PINHO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

*Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público como
exigência parcial para obtenção do grau
de Pós-Graduação em Direito Privado.*

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

Dedico o presente trabalho aos meus pais Elpidio e Terezinha, professores de virtudes. E a todos que me apoiaram.

Agradeço a Deus pela força. Ao meu orientador Hércules Benício pelo auxílio na elaboração do trabalho, à minha valiosa família e aos meus amigos.

No meio do caminho tinha uma pedra; tinha uma
pedra no meio caminho; tinha uma pedra; no meio
do caminho tinha uma pedra.
Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

PINHO, Ana Vladia Parente de. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. 2007. 54 f. Dissertaao (pós-graduaao em Direito Privado) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Trabalho sobre a **responsabilidade civil por perda de uma chance**, aplicada aos casos de **perda da possibilidade** de alcançar o resultado esperado ou de evitar um prejuízo, garantida pela concepao ético-jurídica do instituto da responsabilidade civil, que passa a ser tratado como **Princípio de incidência da reparaao do dano causado, na pessoa do ofensor**, buscando concretizar o valor da solidariedade, da justiça e da **dignidade da pessoa humana**, à luz da Constituiao brasileira de 1988. São frutos dessa nova ordem, a modificaao do dano ilícito para o injusto e a previsão, no Código Civil de 2002, da responsabilidade sem culpa ou objetiva, fundada no risco da atividade, abrindo a porta para o ingresso de novas espécies de dano dentro da responsabilidade civil, como a chance perdida, que consiste num **dano real e sério**. Trata-se de **nova espécie de dano** com nuances de **dano emergente** e **dano moral**, na qual a reparaao se dá levando em conta a eqüidade do caso concreto.

Palavras-chave: responsabilidade civil por perda de uma chance. Perda da possibilidade. Princípio de incidência da reparaao do dano causado, na pessoa do ofensor. Dignidade da pessoa humana. Dano real e sério. Nova espécie de dano. Dano emergente. Dano moral.

SUMÁRIO

Introdução	8
Capítulo 1 – Responsabilidade Civil	10
1.1. História externa	11
1.2. História interna	13
1.3. Conceito de responsabilidade civil.....	14
Capítulo 2 – Espécies de responsabilidade civil	19
2.1 Responsabilidades civil e penal.....	19
2.2. Responsabilidade contratual e extracontratual	19
2.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	20
Capítulo 3 – Pressupostos da responsabilidade civil.....	23
3.1 Elementos acidentais	23
3.2 Elementos essenciais subjetivos	23
3.3 Elementos essenciais objetivos	24
3.3.1 Conduta.....	24
3.3.2 Nexo causal	28
3.3.3 Dano.....	30
3.3.3.1 Dano material.....	31
3.3.3.2 Dano moral.....	32
Capítulo 4 – Responsabilidade civil por perda de uma chance.....	35
4.1. A Teoria francesa da perda d'une chance.....	35
4.2. Fatores geradores da responsabilidade por chance perdida	36
4.2.1 Poder jurídico da chance perdida	36
4.2.2 Nexo de causalidade	39
4.2.3 Dano certo X dano hipotético	41
Capítulo 5 – Chance perdida	43
5.1 Tipo de dano.....	43
5.2. Valoração econômica da indenização	48
Conclusão.....	51
Referências bibliográficas	53

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe uma nova dimensão à responsabilidade civil, sob a influência do desenvolvimento industrial e tecnológico, e do progresso científico. A vítima passou a ter uma posição de relevo frente ao elemento culpa, fundado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estampado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

No Direito Brasileiro, a evolução da responsabilidade civil tornou possível o surgimento de novas situações de indenização. Começou, então, ainda que timidamente, a se adotar a Teoria da Perda de uma chance nos julgados brasileiros.

O caráter inovador da responsabilidade civil por perda de uma chance requereu dos doutrinadores o estudo da sua definição, dos seus pressupostos e do modo de liquidação do prejuízo dela resultante.

A escolha do tema num primeiro momento se deu por anseio de pesquisar um assunto tão interessante e pouco explorado como a responsabilidade civil por perda de uma chance, que possui reflexos diretamente no seio social. E num segundo momento por implicar um nível de cognição maior sobre um assunto, que vem se formando na doutrina e nos julgados dos Tribunais Brasileiros.

Nos dias de hoje, existem várias situações em que a pessoa perde a possibilidade de obter o resultado esperado, diante de condutas ilícitas praticadas por terceiros. A chance perdida não se confunde com a perda do resultado almejado, mas nem por isso deixa de figurar como uma das hipóteses de indenização. Do contrário, traria sérios riscos à pacificação social, tendo em vista o número de situações, nas quais a perda da chance é evidenciada.

Como exemplos, podemos citar: o advogado que perde o prazo para interpor recurso, ensejando a perda da possibilidade de o seu cliente ser vencedor da causa; uma pessoa prestes a fazer prova ora final para ingresso na magistratura foi atropelada, com isso se viu impedida de realizar a prova, perdendo a oportunidade de ser aprovada; um paciente que viu a perda da cura de uma doença grave que lhe acomete, ou até mesmo uma sobrevida maior em face de tratamento inadequado.

As diversas situações acerca da perda de uma chance, que surgem na sociedade brasileira, reclamam o debate do tema, que ocorrerá no decorrer da monografia.

O objetivo geral do trabalho reside em estudar a Teoria da Perda de uma Chance dentro do ordenamento jurídico brasileiro e situar o dano resultante da perda de chance, recorrendo às espécies de dano existente, a saber, dano emergente, lucro cessante e dano moral. E, ao final, verificar o modo de liquidação do prejuízo.

Usaremos como métodos de procedimento: o histórico, em face do estudo da evolução do instituto da responsabilidade civil; o sistemático, pois levaremos em conta o sistema legal vigente, incluindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; o teleológico, ou seja, buscar o fim colimado da norma; e o sociológico, já que a pesquisa leva em consideração à época atual.

O presente trabalho se divide em cinco capítulos. O primeiro, buscando introduzir o leitor ao tema, faz um breve relato acerca da história interna e externa da responsabilidade civil e em seguida conceitua o instituto.

No segundo, aborda as espécies de responsabilidade civil, ajustando a perda de uma chance dentre elas, a fim de identificar os seus pressupostos.

No terceiro, apresentam-se os pressupostos da responsabilidade civil: autor e vítima; conduta, nexos causal e dano. Os pressupostos são tratados em sua generalidade, para facilitar a compreensão dos fatores geradores da responsabilidade civil na perda de uma chance e determinar a espécie de dano da qual lhe resulta.

No quarto capítulo, atinge-se a responsabilidade civil por perda de uma chance, momento em que se explicita a teoria francesa da perte d'une chance e os fatores geradores da sua responsabilidade. Por fim, no quinto capítulo, chega-se ao estudo do tipo de dano na chance perdida e a sua valoração econômica.

Capítulo 1

RESPONSABILIDADE CIVIL

O processo de desenvolvimento industrial, as novas tecnologias e as descobertas científicas, embora sejam inevitáveis e imprescindíveis, trazem, a todos nós, uma maior possibilidade de sofrer lesão. O legislador de hoje, atento a essa realidade, busca não deixar nenhuma vítima de lesão sem a devida reparação dos danos sofridos. É preciso proteger o cidadão dos efeitos lesivos do avanço da sociedade, como necessidade de pacificação social.

Mas o que explica a causalidade entre a ação do ofensor e o dever de reparar, principalmente num mundo hoje tal dinâmico? A resposta requer a compreensão do conceito do instituto da responsabilidade civil.

Afirma Giselda Maria F. Novaes Hironaka¹ em sua obra “Responsabilidade Pressuposta” que o instituto da responsabilidade é contemporâneo. Vale dizer: a doutrinadora defende que o instituto da responsabilidade civil, tal como preconizado por sistemas jurídicos muito antigos, como dever civil de compensação, de reparação, de punibilidade, em função da ofensa ao direito alheio, não pode ser considerado como precedente da concepção jurídica da responsabilidade civil.

Acrescenta, ainda, que o instituto da responsabilidade civil teve sua primeira formulação expressa no novo sistema jurídico francês, fonte de inspiração para todos os movimentos de codificação jurídica a partir do início do século XX, sem que houvesse uma relação direta das formulações clássicas na evolução legislativa do instituto da responsabilidade civil. Os fundamentos da concepção de responsabilidade civil surgiram de uma relação entre a moralidade e identidade política, apresentada na tradição social da Europa do século XVIII.

Adiciona, também, que a determinação do instituto da responsabilidade civil foi marcada por uma passagem da noção de dever civil para a definição da liberdade ou das obrigações do cidadão e da sociedade no Estado contemporâneo e nas sociedades industrializadas.

¹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.28-30.

Por fim, afirma que, no momento atual, o conceito jurídico de responsabilidade está em crise, em face da incompatibilidade natural do conceito clássico e o da estrutura dinâmica das sociedades atuais.

Entretanto, concluir se o instituto da responsabilidade civil é, ou não, contemporâneo, passa antes pela investigação das concepções históricas do instituto, relevante para compreender o sentido próprio da responsabilidade civil na atualidade.

Ressalta-se que a responsabilidade civil como um instituto contemporâneo, ou seja, inserido no mesmo tempo em que vivemos, é pressuposto para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance.

Surgem, então, duas maneiras de investigação da noção de responsabilidade civil: a forma tradicional, como uma história externa do conceito de responsabilidade civil, que busca registrar a cronologia das suas formulações normativas, e uma história interna, ou seja, uma investigação do significado próprio de cada concepção de responsabilidade oferecida para as diferentes formas.²

1.1 História externa

A abordagem tradicional da história da responsabilidade civil inicia com o período denominado de Talião. Nessa época o dano provocado por alguém era rapidamente reparado, pois desencadeava uma reação imediata do ofendido com as próprias mãos, de modo natural e espontâneo. Dominava a vingança privada, regulada pela Lei das XII Tábuas (em 450 a.C.).³

Segue, a partir do período de Talião, a explanação de outras fases históricas da responsabilidade civil: as composições legal e voluntária, e a reparação pelo Estado.

Na composição legal, a punição se dava por meio de lei escrita. Punia-se timidamente a ofensa física perpetrada contra a vítima, prevista no Código de

² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte:DelRey, 2005, p.22-23.

³ GONÇALVES, Roberto Carlos. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.4.

Hamurabi (em 1.750 a.C.). A vingança pessoal passou a ser amparada pela lei escrita.

A composição voluntária, prenunciada no Código de Manu (entre 1.280 a 880 a.C.), consistia na superação da vingança privada. Está presente na primeira codificação das leis e costumes hindus, onde a vítima recebia uma importância em dinheiro ou outros bens.

E, para os gregos (entre os anos de 1.000 a 850 a.C), surgiu a reparação intermediada pelo poder público, que vem da idéia de que a reparação consistia numa questão de ordem pública, e não mais privada. O governante, porém, não podia ser déspota na determinação do dever civil de reparar danos, deveria empreender essa atribuição mediante critérios oriundos de princípios da justiça, que identifica uma sociedade política organizada. ⁴

Mais tarde, surgiu a *Lex Aquilia* (em 286 a.C.) com raízes no Direito Romano, na qual “se atribui a origem do elemento ‘culpa’, como fundamental na reparação do dano”. O elemento culpa foi introduzido em oposição ao objetivismo do direito primitivo, como se vê no período de Talião. A *Lex Aquilia* se prende a denominação aquiliana para designar-se a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. De acordo com a *Lex Aquilia*, era necessário determinar três elementos para a reparação do dano: a lesão na coisa, o ato contrário a direito e culpa, esta identificada quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa. ⁵

A *Lex Aquilia* introduziu uma inovação jurídica: escolheu, como determinante do ato ilícito, a ação voluntária na produção do dano, portanto a ilicitude se determina pela prática de um ato contrário à lei, pela produção efetiva de algum dano e pela ação operada por vontade do agente. Daí resulta a obrigatoriedade de reparar o dano, por ter o agente escolhido o ilícito em vez do lícito. ⁶

Todas essas figuras, porém, advinham da cogitação de casos concretos. Até mesmo a *Lex Aquilia* era utilizada para resolver casos em espécie, ou seja, a responsabilidade civil estava adstrita a certos casos. Não havia um princípio geral

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.44-53.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.3-5.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.55-56

determinante da noção de responsabilidade civil, senão um amontoado de regras esparsas, completamente afastadas de um princípio que lhes conferisse coerência, unidade e harmonia, o que começou a se delinear na era moderna.

1.2 História interna

O conceito jurídico da responsabilidade civil envolve a investigação interna do instituto, em que se busca o significado clássico do termo responsabilidade.

Nas primeiras civilizações, a compreensão que se convencionou chamar de responsabilidade despontou do sentimento de vingança – punição - e evoluiu para o dever de compensação, de reparação, em função da ofensa ao direito alheio. O sentido de compensação, decorrente do Direito Romano, baseava na propriedade e mais tarde, com a influência da Igreja católica, passou a se basear não só na propriedade, como na idéia de piedade.⁷ Surgiu, então, uma verdadeira subordinação do direito à religião e à moral cristãs, em que a responsabilidade foi concebida com fundamento na culpa moral.

O próprio termo *responsable*, assim formado nos séculos XIII e XIV, foi criação exclusiva da moral, sendo mais tarde transportado para o terreno do direito, mas já com essa carga moral atribuída ao termo *responsabilitas*, *responsabilité*, que significa habilidade para responder. Todos os significados clássicos do instituto jurídico da responsabilidade civil foram concebidos numa perspectiva da moral individual e social, levados muito por modo cristão de pensar, marcado por uma culpa do ofensor, que não deixa espaço para a liberdade humana e da sociedade.⁸

Essa breve passagem por Período Antigo da História leva-nos ao próximo tópico, que apresentará o conceito da responsabilidade civil, passando antes por uma abordagem do instituto dentro da era moderna.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.59.

⁸ Ibidem, p.80-81.

1.3 Conceito de responsabilidade civil

A modernidade mostrou uma nova forma de lidar com os institutos jurídicos, ou seja, além de instrumento da prática jurídica, também como pensamento científico ou racional.

Segundo Jean Domat⁹, em sua obra *Leis lois civiles dans leur ordre naturel*, de 1777, com o propósito de colocar as leis civis em ordem, sobre uma base racional lógico-dedutiva, ou seja, regras ligadas umas às outras, deduzidas de princípios e reunidas num corpo sistemático, influenciou os organizadores da codificação napoleônica.

Noticiou-se, então, a partir do século XVIII, um princípio geral preconizado no art. 1804 do Código de Napoleão, sob a influência do civilista Jean Domat “que pôde anunciar o princípio por meio do qual não há responsabilidade sem culpa”.

O holandês Hugo Grotius e o francês Jean Domat, dois filósofos do direito do século XVII, apresentaram uma concepção de responsabilidade fundada na culpa como um fato real, ou seja, concebida como produto de um pensamento rigorosamente científico ou racional. Puseram de lado os moldes do direito cristão - pecado versus castigo, em que a capacidade de prevenção do dano era cada vez mais decorrente de desonestidade moral, para além da causalidade física de um dano.

Importante ressaltar que esses dois filósofos alcançaram a idéia de que a culpa não era relevante para determinação da imputabilidade, que só se concretizava a partir da existência real do dano, mesmo sendo a culpa elemento constituinte do processo de identificação da causalidade da responsabilidade.

No Brasil, o instituto da responsabilidade civil surgiu dentro do direito positivo brasileiro, com o Código Civil de 1916, cuja estruturação do projeto foi produzida por Clóvis Bevilacqua, que tinha no seu horizonte, de modo geral, a tradição civil inaugurada pelos franceses, ou seja, de uma responsabilidade civil de inspiração aquiliana, fundada na culpa.

⁹ DOMAT apud HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.60-64.

Entretanto, as discussões que se seguiram em torno do projeto do Código Civil brasileiro tiveram uma análise à luz não apenas da tradição francesa, mas da nova codificação, de molde germânico, que se voltava para um Estado e uma sociedade, muito mais modernizados e industrializados.

A característica aquiliana da responsabilidade fundada na culpa começou a passar, então, certo ar de fragilidade, diante das tendências e questões do mundo contemporâneo. Situações que acabaram sendo resolvidas pela força da doutrina e jurisprudência e, não por acaso, surgiram a responsabilidade sem culpa e a teoria do risco, preconizadas no Código Civil de 2002.¹⁰

A partir desse momento, seguiu uma série de formulações da noção de responsabilidade civil, fruto da luta entre a doutrina tradicional da culpa, a teoria objetiva do risco e a teoria objetiva do dano.

Em princípio, a responsabilidade civil foi definida como fizera o legislador do Código de 1916, a saber: obrigação de reparar o dano imposto a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem. Alude-se ao fato culposo do agente como uma das causas do dever de indenizar.

Sergio Cavaliari Filho, por sua vez, entende responsabilidade civil como:

“um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.¹¹

Esse doutrinador defende que a responsabilidade civil nasce a partir da violação de um outro dever jurídico originário, que cause dano a outrem, a partir do qual surge a obrigação de indenizar. Pressupõe o descumprimento de um dever preexistente e se constitui num novo dever jurídico sucessivo.

Cogita o dever jurídico originário daquele correspondente a um direito absoluto, que atinge a todos, como exemplo, o de respeitar a integridade física do ser humano, ou o direito relativo, decorrente de um acordo de vontades.

Sérgio Cavaliari Filho, na sua definição, sequer chega a discutir culpa. Isso faz crer ter ele recebido influxos da teoria da responsabilidade civil sem culpa, em

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.65-67.

¹¹ FILHO, Sérgio Cavaliari. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.24

que surge o dever de reparar quando provados o dano e o nexo causal, independente da culpa como elemento determinante da reparação.

Cáio Mário da Silva Pereira, a propósito, defende que o conceito de responsabilidade civil não pode assumir compromisso com nenhuma das duas correntes: teoria subjetiva da culpa e a teoria objetiva da responsabilidade sem culpa. Um conceito não deve excluir o outro, ao contrário se complementam, visando ao mesmo objetivo que é a reparação do dano.¹²

A variedade de conceitos do instituto da responsabilidade civil decorre, em grande parte, do vai e vem de preferências entre a teoria subjetiva da culpa e a teoria da responsabilidade sem culpa.

A responsabilidade civil trata-se na verdade de um instituto contemporâneo, pois é afetada e dirigida pela idéia do justo na concepção ética do termo, distanciando dos padrões morais cristãos e do sentido de vingança. Note-se, ainda, que a razão de existir do instituto da responsabilidade deve estar no dano, para além da culpa, portanto independe da teoria adotada, ou seja, subjetiva e objetiva.

A Constituição Brasileira de 1988 possui uma forte sintonia com os padrões éticos vigentes, notadamente como os valores da justiça, dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Nessa seara, surge a importância dos princípios que otimizam o sistema jurídico, permitindo as condições favoráveis para concretizar as idéias de justiça, bem e solidariedade, presentes no meio social

Como corolário, o instituto jurídico da responsabilidade civil surge como um princípio que busca concretizar o valor da solidariedade, da justiça e da dignidade da pessoa humana nas relações jurídicas em que uma das partes sofre dano.

Nesse sentido, a definição de Caio Mário parece coadunar melhor com as novas circunstâncias que a humanidade se expõe, diante da dificuldade de dominar as conseqüências da tecnologia, a saber:

“A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano”.¹³

¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.10.

¹³ Ibidem, p.11.

Ressalta-se que tanto é forte a idéia de reparação do prejuízo que, em prol da sua garantia, existe a partilha da responsabilidade ou a socialização dos riscos, haja vista o número crescente de danos decorrentes inicialmente da revolução industrial e, se seguindo a ela, a evolução tecnológica do mundo contemporâneo.

O conceito jurídico de responsabilidade civil explicitado acima é tratado não com medida na culpa ou no risco, mas como **“princípio de incidência da reparação do dano causado, na pessoa do ofensor”**. O princípio ínsito à responsabilidade civil possui como finalidade atingir, por meio da reparação, o justo, a solidariedade, fins que dependem de condutas necessárias.¹⁴ Não cabe ao princípio especificar contornos de um direito, de um dever, cuja tarefa é própria do preceito inscrito na norma jurídica.¹⁵

O princípio da responsabilidade civil também se presta, além da função reparadora, à função punitiva e à compensatória. Cumpre ressaltar, contudo, com relação à função punitiva, nossa jurisprudência e doutrina majoritária entendem que o caráter punitivo não subsiste na responsabilidade civil decorrente de danos materiais (artigo 944 do Código Civil).

Entretanto, entendemos que, se por um lado, a função punitiva visa à prevenção de condutas danosas em relação a outras pessoas, atendendo mais à sociedade do que ao interesse único do indivíduo,¹⁶ e, de outro lado, a finalidade do princípio da responsabilidade civil consiste na dignidade da pessoa humana, a função punitiva - preventiva - se ajusta ao conceito do instituto da responsabilidade civil.

A função compensatória, por outro lado, ganha espaço no conceito jurídico do instituto da responsabilidade civil no caso de danos não materiais, quando não se pode reintegrar o lesado ao *status quo* anterior à conduta lesiva.

Descortina-se, assim, como causa do dever de reparar imputado à conduta do ofensor, a responsabilidade civil como princípio jurídico, que aponta caminhos para o problema em análise, conduzindo ao raciocínio pelas veredas dos valores da dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. Malheiros Editores: p.65. “As regras prevêm condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêm fins cuja realização depende de condutas necessárias”.

¹⁵ GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e Eticidade. Belo Horizonte. Del Rey: 2005, p.91.

¹⁶ KHOURI, Paulo R.Roque. Direito do Consumidor. 2ª edição. São Paulo. Atlas: 2005, p.146.

Esse panorama permite o reconhecimento da Teoria da Perda de uma Chance, pois a responsabilidade civil, como princípio jurídico direcionado à proteção da dignidade da pessoa humana, traz à tona a possibilidade de novas situações de indenização.

Trataremos a seguir das espécies de responsabilidade, a fim de que possamos mais tarde situar a responsabilidade por perda de uma chance, permitindo definir seus pressupostos e verificar o momento de sua ocorrência.

Capítulo 2

ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Responsabilidade civil e penal

Como visto na história, a pena de reparação e a idéia de punição eram tratadas com similitude na civilização romana. Diante do fato de as figuras típicas do delito, num certo momento, não terem sido mais suficientes para aplacar situações que não figuravam em um delito, “mas a este se assemelhavam, como se tratasse de delitos, quase delicta”¹⁷, surge a necessidade da responsabilidade civil separada da penal.

A responsabilidade civil, a princípio, reporta a uma função reparadora, e a penal a uma função punitiva. Se a violação for à lei civil, ocorre responsabilidade civil, consubstanciada na indenização; se a conduta incidir em violação à lei penal, desponta responsabilidade penal, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Nada impede, contudo, que uma mesma conduta possa incidir ao mesmo tempo em violação à lei civil e penal. E, em tal caso, ocorra dupla responsabilidade, uma de natureza penal e outra civil.¹⁸

Do exposto, podemos concluir que a responsabilidade civil por perda de uma chance possui natureza civil, pois a conduta lesiva ofende a lei civil dirigida a todos, no sentido de que se deve respeitar o direito de outrem, além de não se enquadrar num tipo penal, caracterizador da responsabilidade penal.

2.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A doutrina e a jurisprudência classificam a responsabilidade civil, entendida como o dever de indenizar, em contratual e extracontratual.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.3.

¹⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.36.

Quem infringe um dever jurídico *lato sensu* de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. O dever jurídico pode ter mais de uma fonte geradora, ou seja, uma obrigação imposta por um negócio jurídico, pela própria lei, por declarações unilaterais de vontade e por atos ilícitos. Com base nessas fontes, a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

Caso preexista um vínculo obrigacional firmado entre as partes, e o dever de indenizar seja consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo. Se o dever de indenizar surge em virtude da lei, sem que entre o autor da conduta e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também conhecida como ilícito aquiliano ou absoluto.

Conforme observado por Roberto Senise Lisboa, aqui cabe uma crítica, pois equiparar responsabilidade aquiliana à extracontratual é um equívoco. Vejamos. A teoria da responsabilidade civil teve um impulso muito grande durante o século XX, a ponto do Código Civil de 2002 adotar, em certos casos, a responsabilidade sem culpa. Logo a responsabilidade extracontratual não pode se limitar à culpa.¹⁹

Os adeptos da teoria unitária ou monista criticam a dicotomia da responsabilidade, decorrente da origem do dever de indenizar, pois entendem que essa divisão não tem importância, tendo em vista os efeitos da violação do dever jurídico ser uniforme para ambas.²⁰

Embora exista tal crítica, conceituamos a responsabilidade civil por perda da chance como extracontratual, já que ela existe em virtude da lei, sendo prescindível qualquer vínculo negocial para que venha a aparecer.

2.3 Responsabilidades subjetiva e objetiva

A partir da idéia da culpa, da evolução da ciência jurídica e do avanço tecnológico, surge respectivamente a responsabilidade subjetiva, a subjetiva com presunção de culpa e a objetiva.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Vol.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 459-460.

²⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.37-38.

A teoria subjetiva da culpa foi inspirada no Código de Napoleão, em que foi inserida a noção de culpa, fundamento da responsabilidade civil. A redação do Código Civil brasileiro teve em vista os artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil francês, passando então a dispor no artigo 159 do Código Civil de 1916:

“Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Reportando-se a redação dos artigos do Código francês, os irmãos Mazeaud concluíram que “os arts. 1.382 e 1.383, que contêm os princípios diretores da responsabilidade delitual e quase-delitual do fato pessoal, exigem a culpa”. Declararam, ainda, que “uma culpa é necessária, mas uma culpa qualquer é suficiente”.²¹

A responsabilidade subjetiva **com presunção de culpa** surgiu nos casos de acidentes ferroviários e de acidentes de trabalho do século XIX. É um instrumento de facilitação da condenação do agente à reparação do dano, tal como ocorre no Direito do Consumidor (artigo 14, § 3º da Lei 8.078/90). A vítima fica dispensada de provar a culpa do agente. Inverte-se o ônus da prova.

O progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos ensejaram o surgimento da chamada teoria do risco, ou teoria objetiva da responsabilidade sem culpa, a fim de cobrir situações em que a vítima não era indenizada diante das concepções tradicionais, nas quais a obrigação de indenizar somente era possível diante da culpa do ofensor.

A responsabilidade objetiva tomou corpo a partir do século XIX. Apareceu como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil e foi na França que a tese da responsabilidade civil objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão e consolidação.²²

A doutrina objetiva plantou raízes na obra pioneira de Saleilles e Josserand, quando engendraram a responsabilidade sem culpa no Código Civil francês, que era partidário da teoria da culpa. Segundo Cáo Mário, Saleilles desenvolveu sua tese,

²¹ MAZEAUD e MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I. nºs 368-375. Apud. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.30.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.23.

argumentado que: “o art. 1.382 do Código Civil significa que ‘o que obriga à reparação é o fato do homem constitutivo do dano’”.²³

No Brasil, o Código Civil de 2002 adota a ampliação da responsabilidade objetiva, tornando a culpa e o dolo integrantes de um tipo aberto para sua apuração. E mais, admite situações de presunção de culpa na responsabilidade objetiva, sobre as quais se admite prova em contrário, e a responsabilidade independente da existência de culpa, por força do risco da atividade desempenhada pelo causador do prejuízo.

Em que pese o avanço da responsabilidade civil no Código de 2002, a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance ainda se encontra incipiente nos julgados brasileiros, por esse motivo, a princípio, consideramos a chance perdida dentro da responsabilidade subjetiva.

Por fim, sob o aspecto da causa, a responsabilidade civil pode ser direta ou indireta. A responsabilidade direta é proveniente da conduta cometida por aquele a quem se imputa o dever de indenizar. O responsável é quem pratica o ato. A responsabilidade indireta é aquela proveniente de conduta praticada por terceiro ou de coisa relacionada com o sujeito sobre o qual recai a imputabilidade.²⁴ Exemplos: o pai responsável por conduta ilícita dos filhos menores; o dono do animal que deverá ressarcir o dano por este causado.

Além da responsabilidade subjetiva no âmbito da chance perdida, não podemos deixar de destacar que a nossa posição é a de que responsabilidade direta e indireta prevista em lei se aplique também ao responsável da chance perdida.

Identificadas espécies de responsabilidade e fixada, com base nelas, a perda de uma chance, analisaremos a seguir os pressupostos da responsabilidade civil, a fim de alcançar seus próprios elementos identificadores.

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.16-17.

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Vol.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 461-462

Capítulo 3

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo, Roberto Senise, os elementos da responsabilidade civil se dividem em duas categorias: os acidentais e os essenciais.²⁵

3.1 Elementos acidentais

Os elementos acidentais são aqueles que apontam para aplicabilidade do regime jurídico de reparação do dano em determinadas relações jurídicas específicas. A sua ausência não implica irresponsabilidade, mas a aplicação de outro regime jurídico na reparação do dano.

Podemos dividir os elementos acidentais em subjetivos e objetivos. Subjetivos os que fornecem determinada qualidade jurídica ao agente ou à vítima. Exemplo: o ente que preenche a definição legal de fornecedor é quem pode ser responsabilizado por danos ao consumidor, nas relações jurídicas reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor. Objetivos são os elementos que permitem a responsabilidade de modo específico, como no caso da responsabilidade perante a Administração Pública.

Trataremos a seguir de cada um dos elementos essenciais, subjetivos e objetivos, da responsabilidade civil.

3.2 Elementos essenciais subjetivos

Como o próprio nome traduz, na categoria dos essenciais estão os elementos imprescindíveis para identificar a responsabilização, são eles: os subjetivos: agente e vítima; e os objetivos: conduta, dano e nexo de causalidade.

O agente e a vítima são elementos subjetivos essenciais da responsabilização.

²⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Vol.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 473-474

À primeira vista, a noção de agente se traduz naquele que cometeu o dano. Contudo, essa concepção sob a ótica da responsabilização requer a observação de que nem sempre o agente que cometeu o dano será responsabilizado, mas sim aquele responsável pela ocorrência do dano. Exemplo dessa hipótese se encontra no art. 928 do novo Código Civil que dispõe:

“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”.²⁶

A vítima é a pessoa que sofreu o prejuízo, independente de sua capacidade civil, basta apenas que tenha sofrido um dano patrimonial ou extrapatrimonial. Inclusive há situações em que mais de uma pessoa pode ter sido vitimada por um mesmo evento danoso. Admite inclusive sujeitos indeterminados, ligados entre si por um fato, como vítimas, sendo considerados titulares de interesses difusos.²⁷

3.3 Elementos essenciais objetivos

3.3.1 Conduta

A conduta humana é considerada um comportamento humano voluntário, que pode ser uma ação ou omissão, sendo esse o aspecto físico da conduta, e a vontade o seu aspecto psicológico.²⁸

Na responsabilidade subjetiva, a conduta por si só não é suficiente para imputar o dever de indenizar ao agente causador do dano, antes se exige a presença da conduta culposa. É preciso que a vítima do dano prove que alguém agiu com culpa.

A culpa *lato sensu* se desdobra em culpa *stricto sensu* e dolo. Convém aqui fazer a distinção. O agente só quer ação, na culpa *stricto sensu*, vindo a atingir o

²⁶ Constituição Federal, Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. – 9 ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT MiniCódigos.

²⁷ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Vol.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 475-478.

²⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.42-43.

resultado por desvio accidental decorrente da falta de cuidado. No dolo, o agente quer a ação e o resultado.²⁹

Com o tempo, o elemento culpa da conduta foi perdendo espaço. Primeiramente, admitiu-se uma maior facilidade na prova da culpa. Passou-se para admissão da teoria do abuso do direito como ato ilícito. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, em que se desonera a vítima de provar a culpa do agente causador do dano. Existe a inversão do ônus da prova. Presume-se culpado o causador do dano, a quem cabe provar o contrário, o que favorece a vítima. Outra etapa da evolução, a extensão da culpa contratual em hipóteses de ilícito extracontratual. E, por fim, a adoção da teoria do risco, pela qual não se falar em culpa.³⁰

No campo da responsabilidade civil objetiva, provados conduta, nexos causal e dano, o causador do prejuízo só se exime de repará-lo se provar alguma causa de exclusão do nexos causal. Não se discute aqui em torno da conduta culposa. A responsabilidade civil objetiva foi concebida sob o fundamento da teoria do risco.

Além do que acabamos de expor, a doutrina tradicional ensina que o ato ilícito consiste num comportamento voluntário que infringe um dever jurídico.

A propósito, o caput do artigo 927 do Código Civil de 2002 dispõe: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Isso implicaria afirmar que dever de indenizar decorreria do ato ilícito.

Todavia, o dever de reparar acontece por fatos ilícitos e lícitos. A reparação não está adstrita unicamente àqueles fatos em que o agente pratica de modo imprudente ou excede os seus direitos, nos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O legislador do Código Civil de 2002 previu circunstâncias que justificam a ação, ou omissão, do autor da conduta, considerando-as lícitas: legítima defesa, exercício regular de um direito, estado de necessidade. São conhecidas como “excludentes de ilicitude”, termo de uso mais corrente no Brasil. As excludentes de

²⁹ FILHO, Sérgio Cavaliere. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.49-50, 54.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.493/494.

ilicitude descaracterizam a conduta do agente como ilícito civil, contudo sem afastar o dever de reparar.

Como exemplos existem a obrigação decorrente de atividade perigosa e aquelas decorrentes de fatos permitidos por lei; os atos praticados em estado de necessidade que obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa (art. 929 do Código Civil); o dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (art.1.285 do CC); o do proprietário que penetra no imóvel vizinho para fazer limpeza, reformas e outros serviços considerados. (art. 1.313 do CC).³¹

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a obrigação de indenizar assenta-se na prática de um fato ilícito, do exercício de uma atividade perigosa e de fatos permitidos por lei e não abrangidos pelo chamado risco social.

Os atos praticados em estado de necessidade, considerados lícitos pelo artigo 188, II, do Código Civil, obrigam o seu autor a indenizar. Gisela Sampaio da Cruz afirma que no estado de necessidade, ao entrarem em conflitos bens ou interesses que igualmente merecem a tutela jurídica, é concedida ao necessitado a faculdade de agir para salvar qualquer deles. Exemplo, o caso do indivíduo que arromba uma porta para salvar a vida de uma pessoa.³²

Como defende Sérgio C. Filho, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo. Pressupõe um dever preexistente, uma obrigação descumprida. Assim, toda conduta humana que, “violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”³³.

Relevante se torna aqui definir dever jurídico originário. Na lição do professor Ricardo Pereira Lira, “o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos”. É o dever jurídico previsto no contrato, na lei ou na ordem jurídica.³⁴

Entendemos que o ordenamento jurídico autoriza que, no ato praticado em estado de necessidade, ocorra a violação de um direito alheio para se evitar um mal maior. Com isso, não se pode olvidar que existe um dever jurídico, porque a todo

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.30.

³² A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional/Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.409-410.

³³ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5º edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.24.

³⁴ Ibidem, p.37-38.

direito corresponde um dever, o qual se encontra assentado nos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, imposto a todos, como o respeito aos direitos de outrem.

É nesse espírito que desponta a concepção moderna de ilicitude como elemento identificador da responsabilidade civil. Traduz não apenas a violação de dever jurídico reconhecido formalmente, mas sim a transgressão de um comando geral, sob a ótica do princípio da eticidade, ou seja, de valores éticos. Por ser mais ampla e localizada num plano abstrato, essa nova concepção de ilicitude permite apurar se concretamente a violação deu causa ao dano.

Há, portanto, um giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto no dever de indenizar. O termo “injusto” quer dizer não estar de acordo com o plano da justiça comutativa ou no da justiça distributiva. O que permite detectar outros danos ressarcíveis, que não aqueles resultados da prática de um ato ilícito. Substitui-se a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e social.³⁵

Vê-se que, com foco principal na vítima do dano, surge, pouco a pouco, um novo sistema de responsabilização, não mais fundado na culpa, mas agora lançando raízes na chamada teoria do risco.

Desloca-se, assim, o eixo da responsabilização por ato ilícito, relacionado à culpa, em algumas hipóteses, para o risco ligado à atividade desenvolvida pelo agente causador do dano, chamada responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de indenização.

Em síntese, a modificação do dano ilícito para o injusto e a previsão legal da responsabilidade sem culpa, ou objetiva, são fruto do instituto ético-jurídico da responsabilidade civil à luz da Constituição Brasileira, que visa assegurar os direitos do cidadão e as garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Nesse âmbito a teoria da perda de uma chance surge no propósito de trazer mais uma situação passível de indenização, permitindo assim efetiva realização da justiça no Brasil.

³⁵ SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p.95.

3.3.2 Nexo Causal

O Direito Civil pátrio, como regra, adota o nexos causal como elemento indispensável a configurar a obrigação de indenizar. O artigo 927 combinado com 186 do Código Civil atribui obrigação de indenizar àquele que causar dano a outrem por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência e independente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Tais dispositivos anunciam sobre a existência do nexos causal, como pressuposto da responsabilidade civil que ora passa a ser examinado.

Identifica-se o nexos causal quando a conduta do suposto ofensor causa o resultado dano. O nexos causal é uma relação entre a conduta culposa e o dano, de causa e efeito. Uma relação direta entre o fato e o dano.

Em uma análise superficial, pode parecer fácil identificar o nexos causal. O problema surge quando ocorrem as hipóteses de causalidade múltipla, ou seja, quando existe uma infinidade de circunstâncias concorrendo para o evento danoso.

36

Para resolver o problema, emergem várias teorias dentre elas a Teoria da Causalidade Adequada. Segundo essa teoria é preciso verificar qual a causa mais provável que produziu concretamente o resultado dano. Diante da concorrência de várias circunstâncias, indaga-se qual teve interferência decisiva na produção do dano.

O artigo 403 do Código Civil atual dispõe que:

“Ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.³⁷

O Código Civil, portanto, explicitou a Teoria do Dano Direto e Imediato, que impõe a busca da causa determinante do dano. Essa não se confunde com a causa mais próxima do dano; mas sim consiste naquela causa necessária ao evento

³⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.65-66.

³⁷ Constituição Federal, Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yusef Said Cahali. – 9 ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT MiniCódigos.

danoso. Nem sempre a causa cronologicamente mais ligada ao evento é a determinante.³⁸

Além da causa determinante, existem outras causas que concorrem para o resultado. Elas, porém, possuem tão só a finalidade de reforçar o resultado, não iniciam nem interrompem o nexo causal anterior. São chamadas de concausas.

Assim, caso ocorra uma causa que se ligue diretamente ao dano, o nexo causal anterior é interrompido. Nesse sentido, se encontra a posição da doutrina tradicional, que diz que se interrompe o nexo causal do ato praticado por agente, aparente causador do dano, nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O Código Civil, como dito acima, adota o nexo causal como elemento imprescindível à responsabilização do prejuízo. Essa regra, porém, possui exceções.

Como leciona Sérgio C. Filho, na teoria do risco integral, existe o dever de indenizar presente tão só o dano, nem mesmo os casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior afastam o direito da vítima à indenização. Essa teoria é adotada pelo Direito em casos especiais, como no de vítimas de acidente de trabalho, de veículos e outros.³⁹

Diante do exposto, importa dizer que não obstante existirem leis que contemplam a teoria do risco integral, abrindo margem à indenização quando houver tão só o dano, não se pode olvidar de que a regra no Direito Civil pátrio é o nexo causal como elemento indispensável da responsabilização do prejuízo.

³⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.70-71.

³⁹ Como leciona Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.147-152. a Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXVIII, tratou da indenização acidentária, a que tem direito o trabalhador acidentado em seu local do trabalho, ou por ocasião que para ele ia ou dele vinha. Indenização que vem sendo coberta por seguro, no caso o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, onde não precisa provar a culpa do empregador, nem o nexo causal, basta apenas que o evento tenha se dado no local do trabalho. O dispositivo legal citado aponta ainda outra espécie de indenização, a obrigação de indenizar do empregador, que leva em conta a culpa ou dolo do empregador. Existem, portanto, duas espécies de indenização: a acidentária, fundamentada na teoria do risco, e a do empregador, fundamentada na culpa ou dolo. Ainda no Direito Positivo, como indenização fundada na teoria do risco integral, aponta-se o seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores – DPVAT, instituído na Lei n.6.194, de 19 de dezembro de 1974. Visa garantir um mínimo de indenização aqueles que foram vítimas de acidentes de veículos, sem se discutir culpa do motorista atropelado. Inclui até mesmo a imprescindibilidade da prova do nexo causal entre a conduta do suposto ofensor e o dano causado.

3.3.3 Dano

Os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal asseguram o direito à indenização a todos, por dano material, moral ou à imagem. Uma primeira indagação que surge: como determinar a existência do dano? Antes é preciso assentar sua definição.

Sérgio C. Filho define o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, quer se trate de um bem patrimonial ou integrante da própria personalidade da vítima.⁴⁰

Ressalta dessa definição que o conceito de dano consiste na diminuição ou subtração de um bem jurídico, no que visa abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, e outros suscetíveis de proteção.

A existência do dano é fator determinante do dever de indenizar, consoante disposto no caput do artigo 927 do Código Civil. Portanto sem o dano não há responsabilidade, mas nem todo dano é ressarcível. O dano para ser elemento da responsabilidade civil precisa preencher certos requisitos: certeza, atualidade e subsistência.⁴¹

A certeza consiste no sentido de que o dano seja suscetível de avaliação na data do ajuizamento da ação de indenização. A certeza do prejuízo é tão grande quando possível sua atualidade.

O dano atual consiste naquele que já existe ou existiu no momento em que os juízes são chamados a decidir. A apuração da certeza vem ligada à atualidade. Isso não implica afirmar que um prejuízo atual resulta sempre certeza absoluta. Sob esse enfoque, o prejuízo futuro não é excluído da reparação, basta apurar a certeza de que o prejuízo terá um desenvolvimento no futuro por ocasião da sentença. O que se exclui da reparação é o dano hipotético, eventual ou conjuntural, que podem não vir a concretizar-se.

⁴⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.89.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.39-42.

⁴¹ Constituição Federal, Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. – 9 ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT MiniCódigos.

O último requisito do dano, a subsistência, comporta que o prejuízo ainda não tenha sido indenizado, quando do ajuizamento do pedido de indenização.

3.3.3.1 *Dano material*

O dano material se equipara àquele, antes da Constituição Federal, chamado dano patrimonial, susceptível de avaliação pecuniária. O dano material ou patrimonial atinge as relações jurídicas da vítima apreciáveis em dinheiro e que integram o seu patrimônio presente e futuro. O ressarcimento do dano material objetiva a recomposição do patrimônio lesado, se possível, restaurando a vítima ao seu *statu quo* anterior à conduta lesiva.

O critério da reparação do dano material encontra-se no art. 402 do Código Civil, que assim dispõe:

“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”.⁴²

O dano material subdivide em dano emergente e lucro cessante. O dano emergente ocorre quando a prática de um ato ilícito importa em efetiva diminuição do patrimônio já existente da vítima. O lucro cessante diz respeito a um bem ou interesse futuro, ainda não pertencente àquele que foi alvo da conduta ilícita. O lucro cessante consiste na perda de um lucro esperado, daquilo que era razoavelmente esperado.⁴³

O dano material possui a natureza eminentemente reparatória. Em geral se concretiza com entrega à vítima do equivalente em dinheiro por prejuízo sofrido, sem excluir a reparação in natura, se possível.⁴⁴

⁴³ FILHO, Sérgio Cavaliere. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.89-91.

⁴⁴ GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e Eticidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 273.

3.3.3.2 Dano moral

Inclui no conceito de dano moral (ou extrapatrimonial) tudo aquilo que fere gravemente os direitos da personalidade, os quais não são suscetíveis de valoração econômica.⁴⁵

Existe, porém, posição divergente como a defendida por Aguiar Dias que:

“aconselha que se atente em que a distinção entre dano material e dano moral ‘não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado’.”⁴⁶

Isso explica porque lesão a um único bem jurídico pode resultar tanto em dano moral como material. Exemplo: lesão estética, onde a vítima terá direito a dano moral diante da ofensa à sua harmonia física, como também ao dano material, se a vítima apresenta uma importância social, no que o efeito da lesão implicará prejuízos de ordem material.

Acompanhando essa segunda teoria, aduz Zannoni que dano moral é o padecimento, a dor ou aflição que forem decorrentes da privação de um bem jurídico integrante do patrimônio da vítima, do qual teria interesse reconhecido juridicamente.⁴⁷

No momento atual, doutrina e jurisprudência têm admitido às duas teorias antes referidas. O dano moral, portanto, é aquele que fere direitos personalíssimos, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação e outros. E ainda, o dano é considerado moral quando os efeitos da ação originam angústia, dor,

⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2005, p.22: “Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral”.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.55.

⁴⁷ ZANNONI, Eduardo. (*El dano em la responsabilidad civil* Buenos Aires. E. Astrea, 1982) apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.565-566. “Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão do dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem ou sentiram, mas, tão-somente, que se lhes outorgue um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofrida”.

sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, sendo esses sentimentos intensos a ponto de poderem ser facilmente distinguidos dos aborrecimentos e dissabores do dia a dia. Estes últimos são chamados de danos morais subjetivos e aqueles outros de danos morais objetivos.⁴⁸

Até pouco tempo atrás, entendia, como contrário ao Direito, a reparação dos prejuízos de natureza extrapatrimonial, já que a dor, o sofrimento, a honorabilidade são inestimáveis financeiramente. O que mudou tal concepção foi a consciência coletiva acerca do conceito de justiça: o que antes era inconcebível passou a ser aceito. A mudança foi feita paulatinamente. Se antes a vítima era obrigada a suportar o dano sofrido, passou ela a desempenhar o papel de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso.⁴⁹

Embora superada a fase da resistência, até hoje não existem critérios objetivos para definir o que seja dano moral. A configuração do que seja, de fato, dano moral é tormentosa na doutrina e jurisprudência, no que dá margem à industrialização do dano moral, onde um simples aborrecimento é apresentado como seu fundamento para alcançar indenizações muitas vezes milionárias.

Com isso, torna-se necessário o bom senso para resolver a questão, no que cumpre ao juiz buscar a trilha da lógica do razoável, visando à concepção ético-jurídica do instituto da responsabilidade civil, que tem como parâmetros o cidadão e a garantia de seus direitos.

Nessa linha de pensamento e à luz da atual Carta Constitucional, desponta o dano moral sob a ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O dano moral passa a ter, como ponto de partida, o princípio da horizontalidade dos direitos subjetivos, que busca a unidade do ordenamento

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.115/158.

⁴⁹ Ibidem, p.145/149. "Na evolução, o Recurso Extraordinário nº 59940, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro e julgado em 26 de abril de 1966, representou o paradigma da transição da irresponsabilidade à responsabilização, embora ainda através de um fundamento patrimonial para a indenização. Assim se expressou o Ministro: 'O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao princípio fisiológico do sexo, mas busca satisfações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão que se perpetua neles [...] Se o responsável pelo homicídio lhe frustra a expectativa e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em frustração pela culpa do réu'".

jurídico com a superação da dicotomia público-privado. Há o influxo, como contrapartida, das regras constitucionais na sede das relações intersubjetivas do Direito Civil. É a unidade do ordenamento jurídico, dada pela tutela da pessoa humana, em sede de responsabilidade civil, e a sua dignidade.

Surge a corrente que entende o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana. O dano moral por isso deixa de estar vinculado à lesão a um direito subjetivo da pessoa da vítima ou causar algum prejuízo a ela.⁵⁰ Diante da definição aqui esboçada, não será mais qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação.

Logo desponta a importância de que a agressão seja a causa de uma humilhação, de um sofrimento, que foge da normalidade e interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, para ensejar dano moral ou imaterial. Não se pode reputar como dano moral o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação, porque, nesses casos, a agressão sofrida pela vítima não é causa desses sentimentos, pois não rompem o equilíbrio psicológico do indivíduo, mas configuram somente conseqüências de situações vivenciadas no dia a dia por todas as pessoas.

Qualquer agressão ao direito da intimidade, da imagem, do bom nome, da privacidade, da integridade, da esfera íntima, ou a simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, pode resultar em indenização por dano moral ou à imagem. Entretanto, torna-se imprescindível que tenha repercussão interna ou externa, intensa e duradoura na pessoa do ofendido, ou seja, o efeito da lesão possua como causa uma agressão à dignidade da pessoa humana.⁵¹

Expostos os elementos da responsabilidade civil, nas páginas seguintes vamos apresentar a Teoria por Perda de uma chance: seu significado; onde inicialmente surgiu; qual o seu fundamento e os seus elementos geradores.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.188.

⁵¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.97-98.

Capítulo 4

RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

4.1 Teoria francesa da *perte d'une chance*

Uma corrente jurisprudencial começou a ganhar pé na França, a partir do início dos anos 60, que prestigia a responsabilidade por *perte d'une chance*.

A teoria francesa da *perte d'une chance* defende a concessão de indenização quando ocorre a perda da **possibilidade** de conseguir uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Como explica Sérgio Savi: “O termo chance significa, em sentido jurídico, a **probabilidade** de obter um lucro ou de evitar uma perda” (negrito nosso) ⁵²

Como exemplos da perda de uma chance, podem ser citados o caso do advogado que perde o prazo recursal, com ganho de causa se o recurso fosse tempestivamente interposto; diagnóstico errado do médico, que determina tratamento inadequado, impedindo a chance de cura ou de sobrevivência do paciente; o estudante que poderia ter obtido aprovação num exame a quem não pôde apresentar-se.

A teoria da perda de uma chance nasce de uma nova ordem jurídica, fundada na garantia da dignidade da pessoa humana, que permite alargar os casos de indenização. Existe hoje uma preocupação cada vez maior com a vítima, o que requer instrumentos jurídicos que visem tutelar essa nova exigência social, e a indenização por perda de uma chance é efeito dessa transformação.

Nessa seara, entendemos que a responsabilidade objetiva também contribui para que a teoria da perda de uma chance comece a ganhar fôlego no Brasil, embora ainda timidamente. Como afirma Fernando Noronha:

“somente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul existe uma jurisprudência mais aberta à admissibilidade da figura jurídica”. ⁵³

⁵² SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p.13.

⁵³ REVISTA DE DIREITO PRIVADO, n. 23, julho-setembro de 2005. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais, p. 30.

Existe uma resistência dos juízes no reconhecimento da teoria por perda de chance, sob a justificativa de se tratar de situações em que o dano é incerto.

4.2 Fatores geradores da reparação por chance perdida

4.2.1 Poder jurídico da chance perdida

A presente seção buscará verificar as hipóteses em que uma chance perdida pode ser considerada juridicamente relevante a ponto de deflagrar o direito ao ressarcimento para a vítima.

As pessoas, na convivência social, constituem uma série de relações, que na sua maioria passam a serem reguladas por normas jurídicas, conferindo à relação social o caráter de jurídica.⁵⁴

A doutrina mais recente concebe a relação jurídica como um processo em andamento, indicativo de uma série de atos relacionados e condicionados entre si, e interdependentes. Nesse processo, há um conjunto de direitos e deveres que existe e se desenvolve em face de um determinado objetivo.⁵⁵ A relação jurídica, portanto, exprime poderes, pretensões e deveres, assim como a responsabilidade dos sujeitos da relação.

Mas quando o comportamento humano passa a ser conformado juridicamente? Francisco Amaral aduz que as relações jurídicas nascem dos fatos jurídicos, e deles constituem a sua eficácia.⁵⁶

Em relação à situação jurídica da obrigação de indenizar, essa nasce do ato ilícito, espécie do fato jurídico, como disposto no art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.⁵⁷

⁵⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução/Francisco Amaral. 5ª ed. ver., atual. E aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-160. “Como exemplo de relação jurídica podemos citar a relação de consumo e fornecedor, a relação matrimonial entre cônjuges, a relação de parentesco entre descendentes do mesmo ancestral, a relação locatícia entre locador e locatário, a relação de condomínio entre os co-proprietários de uma coisa, a relação de responsabilidade civil solidária entre os que praticam um ato ilícito, a relação que existe entre os herdeiros do mesmo falecido etc.”

⁵⁵ Ibidem, p.168.

⁵⁶ Ibidem, p.171.

Entretanto, a indenização não se limita ao ato ilícito, que a princípio carrega a culpa como elemento formador. Como visto, o dever de reparar pode ocorrer, por exemplo, nos casos da atividade de risco desempenhada por indigitado responsável. Logo, correto seria dizer que a indenização surge do ato antijurídico, desde que cause prejuízo. Antijurídico é aquele ato que está fora do ordenamento jurídico ou contra o que ele preconiza.

Não obstante as novas tendências da visão ético-jurídica da responsabilidade civil, como exemplo, o dano injusto e a responsabilidade objetiva, o dever de reparar na chance perdida ainda se encontra vinculado ao ato ilícito, *stricto sensu*, ou seja, à vista da conduta culposa.

O poder jurídico, na relação jurídica da responsabilidade civil, apresenta-se como um direito e em contrapartida um dever, a despeito de relação poder dever. O direito, por sua vez, pode ser apresentado de várias formas, a saber: direito subjetivo, direito potestativo, expectativa de fato, expectativa de direito, direito eventual, direito adquirido e direito condicional.

Sob a perspectiva dos poderes na relação jurídica da responsabilidade civil, temos agora que aferir onde se enquadra a situação da chance perdida, a fim de firmá-la, ou não, como relação jurídica passível de tutela pelo direito. Passemos à definição das diversas figuras que o direito pode se expressar.

Direito subjetivo é “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”.⁵⁸

A expectativa é um direito em formação. Trata-se de **expectativa de fato**, quando existe apenas a esperança de aquisição de um direito, e por isso não goza de proteção legal. Diz-se **expectativa de direito** quando se configura em parte o direito. Existe uma situação que depende de um requisito legal ou fato específico.⁵⁹ São aquelas situações em que falta uma condição para dar vida a um direito, como no caso do matrimônio em que exista a promessa recíproca de contraí-lo.⁶⁰

⁵⁷ Constituição Federal, Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. – 9 ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT MiniCódigos.

⁵⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução/Francisco Amaral. 5ª ed. ver., atual. E aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.187.

⁵⁹ Ibidem, p.204.

⁶⁰ GROPPALI, Alessandro. Introdução ao Estudo do Direito. 3ª edição. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1978, p.130-131.

Direito potestativo, por outro lado, é o poder que a pessoa tem influir na esfera jurídica do outro, sem que esse possa fazer algo a não ser se sujeitar. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir. Podem ser constitutivos, exemplo: o direito preferencial do locatário em adquirir o imóvel locado no caso de ter o proprietário decidido aliená-lo; modificativos, como o do devedor de escolher, nas obrigações alternativas, a prestação que melhor lhe aprouver; extintivo: como o de revogar ou renunciar o mandato.⁶¹

Direito eventual é um direito concebido, mas ainda não nascido. Falta-lhe algum elemento constitutivo, está sujeito a acontecimento futuro, essencial à sua existência, dependente da atuação do próprio interessado. Exemplo: o pré-contrato e a efetiva lavratura da escritura pública. **Direito condicional**, por sua vez, está formado e sua eficácia depende do implemento da condição. Sua aquisição ou extinção depende de evento futuro e incerto previsto.⁶²

A questão, então, é saber, se, em se tratando de responsabilidade civil, a situação da perda da chance está situada em um desses tipos de direito. Isso porque, na relação jurídica da indenização, o poder nela inserido diz respeito ao direito subjetivo; à perspectiva de direito, em casos excepcionais, como exemplo, o direito do nascituro à reparação, caso o seu alimentante venha a falecer por conduta culposa de outrem; ao direito adquirido, ou seja, direito que entra definitivamente no patrimônio do sujeito, e ao direito condicional, pois a essa espécie a norma concede a prática de todos os atos destinados à sua conservação, consoante artigo 130 do Código Civil.

Na hipótese da perda de uma chance (por exemplo, o caso do advogado que perde prazo para recorrer de sentença contrária aos interesses do seu cliente, que por sua vez tinha chances reais e sérias de conseguir êxito na sua pretensão) encontra-se o direito subjetivo à indenização.

Vejamos. Na chance pura e simples tem-se uma expectativa de fato, pois ela existe apenas na esperança de adquirir bem material ou espiritual de interesse do titular da chance e por si só não possui relevância jurídica. Entretanto, quando ocorre perda da chance, essa se configura em direito subjetivo, porque concede à

⁶¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução/Francisco Amaral. 5ª ed. ver., atual. E aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.201/202.

⁶² Ibidem, p.205.

vítima o direito à indenização independe de um requisito legal ou fato específico para que seja configurada. O direito subjetivo existente na situação da perda de chance representa a pretensão da vítima, garantida pela ordem jurídica, de exigir a reparação da lesão de outro sujeito, tendo em vista o dano.

Ocorrendo prejuízo, a expectativa de fato passa a ter relevância jurídica, passando a existir o direito subjetivo à indenização, que leva em conta a conduta ilícita e culposa, pois, no exemplo, contrária à lei e decorrente da negligência do advogado; o dano da perda real e séria da possibilidade de ganho da causa, e o nexo causal entre a conduta e a lesão.

4.2.2 Nexo de causalidade

Na responsabilidade por perda de uma chance existe um processo em curso e que poderia ter alcançado um evento vantajoso, se não tivesse sido interrompido por um determinado fato antijurídico. Trata-se essa modalidade de perda de chance clássica. Um exemplo, a parte que perde a ação judicial, porque o advogado não recorreu da decisão desfavorável.⁶³

A chance perdida acontece também nos casos em que existe um processo em curso que levou ao dano, porém havia possibilidade desse ser interrompido por certa atuação, exigível do indigitado responsável, mesmo sem poder garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado. Portanto, nesse caso, existe a perda da chance de evitar um prejuízo. É na responsabilidade médica que se encontram os exemplos clássicos dessa modalidade. Exemplo: paciente que está definitivamente inválido ou até mesmo que morreu, porque o médico cometeu um erro de

⁶³ REVISTA DE DIREITO PRIVADO, n. 23, julho-setembro de 2005. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais. p. 33-34. “Cabem nesta situação, entre tanto, outros casos como o seguinte: um estudante sofre um acidente, em consequência do qual fica impedido de fazer o vestibular, ou só vai fazê-lo em condições adversas, sem lograr sucesso; um candidato a juiz fica impedido de realizar a última e definitiva prova; um funcionário não pode habilitar-se a uma promoção; a parte perde a ação judicial porque o seu advogado não apresentou o rol de testemunhas, ou não recorreu da sentença desfavorável, mas suscetível de discussão; uma moça estava recém-casada com um médico em início de carreira quando este foi morto, assim se esvaindo as expectativas dela por uma vida venturosa e economicamente bem sucedida; um órgão público suprime uma licitação obrigatória e impede determinada empresa de participar da concorrência; uma pequena empresa detentora de tecnologia nova e que havia iniciado negociações com um grande empresa, com vista à conclusão de um contrato que projetaria o nome daquela à escala nacional (razão pela qual até fizera preços inferiores aos que seriam razoáveis), vê tudo gorado devido a manobras fraudulentas de uma concorrente”.

diagnóstico ou de tratamento, sendo que com o erro as chances de que isso acontecesse ficaram maiores.⁶⁴

Nessas circunstâncias o ato negligente do advogado e o ato terapêutico inadequado são **a causa adequada** ao dano acontecido, pois criaram a **possibilidade** de ocorrência do dano, respectivamente, perda da ação judicial e morte do paciente. Portanto na indenização por perda de uma chance basta aferir que o fato antijurídico não seja de todo indiferente ao prejuízo alegado da chance perdida.

Aqui cabe uma reflexão sobre o artigo 403 do Código Civil, *in verbis*:

“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela **direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual” (negrito nosso).⁶⁵

O uso desse dispositivo parece resolver uma questão tormentosa, nos casos de perda da chance de evitar um dano que aconteceu, quando houver dúvida sobre a existência de uma outra causa possível. Exemplo: quando a causa do agravamento do estado de saúde do paciente for desconhecida e houve uma terapêutica inadequada.

No exemplo, a perda da chance de evitar um dano é efeito direto e imediato, a princípio, tanto de um fato como do outro, cabendo ao indigitado ofensor afastar a causa que milita contra ele. Temos que fatos de causalidade concorrente da chance perdida podem estar em concurso, porquanto na qualidade de efeito direto e imediato do ato antijurídico não se insere a exclusividade. Logo, basta provar que o fato antijurídico em questão criou uma séria possibilidade de ocorrência do dano.

Depois de provado o nexos causal, vem a prova do próprio dano, que consiste na perda da própria chance que o lesado tinha antes do fato antijurídico. Perda essa que difere do benefício que era esperado.

⁶⁴ REVISTA DE DIREITO PRIVADO, n. 23, julho-setembro de 2005. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais, p- 36-37.

⁶⁵ Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. 9 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT MiniCódigos.

4.2.3 Dano certo X dano hipotético

O fato que gera a responsabilidade civil por fazer perder outrem a possibilidade – chance – de realizar um lucro ou evitar um prejuízo está situado entre as hipóteses de dano futuramente considerado como certo e aquelas em que é meramente hipotético – não indenizável. Se a possibilidade realmente existia e era séria então a chance entra na esfera do dano ressarcível.⁶⁶

A chance perdida consiste num dano **certo** quanto a sua existência, fundado em um fato determinado. A certeza no dano da perda da chance constata-se na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo. Funda-se numa perda **real e séria**.

É incerta, porém, no que concerne a sua delimitação. Nesse caso, requer a análise do caso concreto dentro da instrução processual. Não se trata de um mero dano hipotético, algo que pode sequer vir a acontecer.

Isso representa o cuidado da teoria da perda de uma chance no sistema da responsabilidade civil. A teoria francesa deve ser usada para fins de não deixar a vítima sem a reparação do prejuízo, tendo em vista a oportunidade que lhe afigurava **factível** e que deixou de alcançar porque foi influenciada por agente que se comportou de modo diverso do esperado.⁶⁷

⁶⁶ NETO, Miguel Kfourri. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.98. P. 96/97: MAZEAUD e MAZEAUD, em suas *Lições de direito civil*, dissertam sobre a perda de uma chance, nessa visão tradicional – antes de o conceito migrar também para a responsabilidade médica: “são numerosos os casos em que uma pessoa se queixa de haver perdido uma chance (probabilidade) por culpa de outra. Encarregado de conduzir ao hipódromo um cavalo de corridas ou a seu jóquei, o transportador se atrasa, fazendo com que cheguem depois do início da corrida; por isso, o proprietário perde a chance de ganhar o prêmio. Notário, negligente no cumprimento do mandato que lhe havia sido conferido pelo cliente, faz com que este perca a probabilidade de adquirir uma propriedade. Auxiliar de escritório de advocacia, encarregado de protocolar apelação, ou advogado, que deveria recorrer, perdem os prazos; seus clientes perdem a chance de que se modifique a decisão contrária (...). Todas essas espécies e muitas outras surgem na jurisprudência. Os tribunais não têm vacilado em conceder reparação. Sem dúvida, não era certo que o cavalo ganharia a corrida, ou que o recurso seria provido (...). Mas é inegável que havia uma chance. E esta chance se perdeu. Existe aí um prejuízo, que não é hipotético (...)”. MAZEAUD e MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, vol. II, p. 73-74.

⁶⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil. Volume 2. Obrigações e Responsabilidade Civil*. 3 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 478-479.

Portanto, as chances perdidas precisam ser reais e sérias, sendo então necessário provar uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado.⁶⁸

Aferidos os pressupostos hoje indispensáveis para firmar a existência da responsabilidade da chance perdida (o ato ilícito *stricto sensu*, o nexo de causalidade e o dano), surge a pergunta: Qual espécie de dano resulta da perda da chance? Dano patrimonial? Emergente ou lucro cessante? Dano extrapatrimonial?

É preciso saber se se trata de uma subespécie de dano emergente, lucro cessante, dano moral, ou até mesmo de uma nova categoria de dano, a fim de que uma espécie na interfira no âmbito da outra.

⁶⁸ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, p.60/61.

Capítulo 5

CHANCE PERDIDA

5.1. Tipo de Dano

O dever de indenizar a chance perdida surge da conduta ilícita *stricto sensu*, da existência do dano e do nexo causal. Vimos que o dano deve ser real, atual e certo, pois não se indeniza o dano hipotético ou incerto.

Mas a questão que se coloca agora incide em que posição situar a perda de uma chance, à vista das modalidades de dano emergente, lucro cessante e dano moral, a fim de permitir uma correta aplicação da Teoria por Perda de uma Chance, com reflexos importantes na liquidação do dano.

O artigo 402 do Código Civil de 2002 estabelece que

“as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.⁶⁹

Perdas e danos na verdade significam o dano emergente, ou seja, aquilo que a vítima efetivamente perdeu. O lucro cessante, não abrangido pela terminologia “perdas e danos”, representa o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar.⁷⁰

O dano moral, como estudado em linhas anteriores, deve ser visto como uma agressão à dignidade da pessoa humana, tendo como paradigma o cidadão, o qual não se coloca distante demais das situações da vida e nem com extremada sensibilidade. Ressalta-se que o julgador ao configurar o dano moral precisa trilhar a lógica do razoável.⁷¹

Doutrinadores divergem na classificação do dano por perda da chance. Sílvio de Salvo Venosa vê a chance perdida como uma modalidade a meio caminho

⁶⁹ Constituição Federal, Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. Organizador Yussef Said Cahali. – 9 ed.rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT MiniCódigos.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p.272.

⁷¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.97-98

entre o dano emergente e o lucro cessante.⁷² Sérgio Savi considera o dano por perda de uma chance como uma subespécie de dano emergente.⁷³ Sérgio Cavalieri Filho insere a perda da chance no conceito de lucro cessante.⁷⁴

Em alguns julgados, por sua vez, a perda de chance é considerada uma modalidade de dano moral. Em outras situações, inserida no lucro cessante ou no dano emergente.

A princípio então surgem as perguntas: Como identificar a perda da chance? Como separá-la do lucro cessante, que representa o que a vítima deixou de lucrar?

Em sede de reparação da chance perdida, temos a perda da **possibilidade** real e séria de obtenção de um resultado esperado. O dano corresponde à perda da probabilidade, e não da vantagem almejada.

Mas, diante da perda de uma possibilidade, a vítima não estaria deixando de ganhar o resultado esperado? Se assim for, o mais adequado não seria tratar a perda por uma chance como lucro cessante? Entendemos que as perguntas devem ser respondidas, sob o requisito da certeza do dano.

Vejamos. A frustração da chance ocorre quando o processo que estava em curso foi interrompido pela conduta ilícita do agente, sendo impossível afirmar que, sem a interrupção, o resultado em expectativa aconteceria necessariamente.⁷⁵ Ou seja, na chance perdida, existe a frustração de uma provável vantagem futura ou de evitar o provável prejuízo.

Lado outro, quando se afirma a certeza de que resultado futuro ocorreria, se não tivesse havido a interrupção do curso causal, ou de que o prejuízo seria necessariamente evitado, se o curso causal tivesse sido interrompido, estamos diante de hipóteses de lucro cessante e dano emergente, sem afastar a possibilidade de dano moral.

Nota-se, é bem verdade, que não existe a certeza absoluta, até porque as coisas são mutáveis. Mas, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, o elemento

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p.272.

⁷³ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, p.90.

⁷⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.90-91.

⁷⁵ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669.

certeza no lucro cessante reside numa **probabilidade objetiva**, que resulta do curso normal das coisas. E o doutrinador fundamenta sua posição, acrescentando ainda o advérbio “razoavelmente”, colocado no art. 402 do Código Civil, in verbis:

“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**” (negrito nosso).⁷⁶

Nessa perspectiva, podemos afirmar que a situação do advogado que perde o prazo para interpor apelação de sentença desfavorável ao seu cliente, com chances sérias de obter sucesso em grau de recurso, resulta no dano por perda de uma chance, uma vez impossível prever com certeza objetiva o resultado do julgamento, até porque o ato de julgar envolve um juízo de valor.

Nesse caso, portanto, inexistente a possibilidade de afastar a reparação, caso o advogado prove que o dano sobreviria, ainda que a obrigação fosse oportunamente desempenhada, pois aqui não se trata de lucro cessante, mas sim de dano por perda da chance.

Diante do exposto, vê-se que a vítima não está deixando de lucrar o resultado esperado na perda da chance, porquanto sequer tem a certeza de que ele ocorrerá, mas sim perdendo a **oportunidade** real e séria de alcançar a **vantagem esperada** ou **de não ocorrência de prejuízo verificado**.

Um exemplo característico da perda de chance, fazendo com que a vítima tenha perdido a oportunidade de não ocorrência do prejuízo verificado, é a do paciente que está definitivamente inválido, ou que morreu porque o médico cometeu erro de diagnóstico, ou de tratamento. Não se tem a certeza de que o ato ilícito do médico tenha causado o prejuízo final, mas a **quase certeza** da frustração de ver afastado o prejuízo. O dano por perda da chance surge porque o médico poderia ter interrompido um processo em curso, a fim de evitar um prejuízo, e não o fez, entretanto não há como saber com **certeza** se o dano não se verificaria, caso o processo tivesse sido interrompido.

Importante ressaltar acerca das hipóteses de matéria sumulada, no que toca ao caso de advogado que perde o prazo para apelar da sentença desfavorável ao seu cliente. Se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.546-547.

tenham pacificado a jurisprudência para dizer qual interpretação correta da matéria sob *judice*, pensamos que existe **certeza objetiva** do julgamento em grau de recurso. Caso a jurisprudência aponte para o sucesso daquele que deixou de recorrer, ocorre o dano por lucro cessante, e não por perda de uma chance.

Afastada a possível confusão entre o dano por perda de chance e lucro cessante, passamos ao estudo do dano emergente.

Sérgio Savi, buscando eliminar o problema da certeza do dano, inseriu a perda da chance no conceito de dano emergente. Na chance perdida, diz ele, estamos diante de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.⁷⁷

A posição de Sérgio Savi, a princípio, agrada. De fato a chance, desde que real e séria, faz parte do patrimônio da pessoa. Na hipótese de sua perda, surge o dano identificado como emergente, pois esse consiste em tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, ou seja, o que tinha em seu patrimônio e foi retirado.

Porém, antes de vir a acolher a perda da chance como dano emergente, importante destacar o dano moral dentro do sistema, pois há julgados em que a perda de uma chance é vista como uma modalidade de dano moral.⁷⁸

Bom ressaltar que a teoria da perda de uma chance transportada para a área médica levanta, com maior clareza, o prejuízo de caráter moral, representado na lesão à dignidade da pessoa humana, pois nela está em jogo o direito à vida.

Relatamos o exemplo do caso julgado pela Corte de Rennes, na França: homem de 30 anos se apresenta ao médico, sendo diagnosticada a enfermidade adenopatia (afecção de gânglios) inguinal supurada, no ponto de vir a furo. O médico resolve operá-lo, sem se assegurar que o paciente está em jejum, e procede à anestesia geral. O operado morre duas horas depois da cirurgia. A Corte de

⁷⁷ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, p.102.

⁷⁸ Ibidem, p.52. "RESPONSABILIDADE CIVIL. ENSINO PARTICULAR. DANO MORAL E MATERIAL. REPROVAÇÃO DE ALINA. Comprovada a irregularidade na reprovação da aluna, à qual não foi oportunizada adequada recuperação terapêutica, com perda da chance de ser aprovada e rompimento do seu equilíbrio psicológico, impõe-se seja indenizado o dano moral sofrido. A frustração dos pais, porém, não constitui dor passível de reparação, nas circunstâncias. Dano material afastado. Apelo provido em parte. – TJRS, Apelação Cível nº 70007261795, 5ª Câmara Cível, Rel. Dês. Leo Lima, j. em 27/11/2003".

Rennes entendeu que a culpa do cirurgião consistiu em reduzir consideravelmente as chances de sobrevivência de que o paciente dispunha.⁷⁹

Para além da questão de proteger a vida, valor ínsito à dignidade da pessoa humana, quando se defende a reparação da chance perdida no caso de erro médico, desponta o caso de Nicolas Perruche.⁸⁰

A Corte de Cassação Francesa pronunciou favorável à reparação do dano sofrido por Nicolas Perruche, então adolescente de 17 anos, pelo fato de ter nascido com deficiência física e mental em razão de erros médico e do laboratório, que não diagnosticaram rubéola contraída pela mãe do rapaz aos dois meses de gravidez. A Suprema Corte assim considerou:

[...] na medida em que os erros cometidos pelo médico e pelo laboratório na execução dos contratos formais com a Sra. P. impediram esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez a fim de evitar o nascimento de uma criança deficiente, esta última pode pedir a reparação do prejuízo resultante de sua deficiência e causado pelos erros referidos.

Como se pode ver, a Corte considerou o caso como perda da chance, onde Nicolas teve negado o “direito de não nascer”, sendo o dano o seu nascimento com vida. Decisão polêmica, que trouxe para a França reflexos de ordem política legislativa e do ponto de vista ético.

Depois do exposto, ao nosso sentir, a perda da chance possui **nuances de dano moral e dano emergente**. Atinge a esfera extrapatrimonial ou patrimonial da vítima, de tal modo que nenhuma das espécies de dano identifica a chance perdida por completo.

Cogitamos que a melhor solução seja admitir a perda da chance como uma nova espécie de dano, na qual se empregam elementos das espécies de dano material emergente e de dano moral, dependendo do caso concreto. Cumpre aqui deixar bem claro que tais elementos se dirigem à frustração da possibilidade, da probabilidade, de obter o resultado desejado ou impedir o prejuízo verificado.

Nessa perspectiva, quando o dano da chance perdida produzir efeitos patrimoniais e morais, não se poderá negar a possibilidade de cumulação dos

⁷⁹ NETO, Miguel Kfourri. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.107.

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134-139.

efeitos a título de indenização, a teor do disposto no texto constitucional, art. 5º, inciso V, que assegura o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem.

5.2. Valoração econômica da indenização

Em linhas acima, chegamos à conclusão de a chance perdida consistir numa nova espécie de dano, que pode representar prejuízo material, bem como imaterial, este representado pela ofensa à dignidade da pessoa humana.

O dano por se basear na perda da própria chance, e não no benefício que era esperado, é de difícil prova.

Sérgio Savi afirma que a chance perdida consiste em dano material emergente. Inclusive afirma que para a valoração da chance perdida, deve-se ter em vista o valor econômico da chance no momento em que ela foi perdida. Valor que, embora muitas vezes seja de difícil determinação, é incontestável.⁸¹

Para se alcançar o valor da chance, cuja perda resultou em prejuízo material, é preciso apurar o valor do resultado que estava em expectativa e depois fazer um cálculo de probabilidade, de percentagem sobre o valor do dano total que a vítima teria, se a vantagem desejada se concretizasse.⁸²

Como exemplo, apontamos o caso do “Show do Milhão”, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial número 788.549-BA.⁸³ Trata-se de um programa televisivo, comandado por Sílvio Santos, que consistia num concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo era de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

⁸¹ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, p.63.

⁸² NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 675. “Esse cálculo será relativamente fácil somente nos casos em que existam condições de determinar quais seriam o valor do dano total e o percentual da probabilidade. Assim, aproveitando um exemplo de Yves Chartier, reproduzido por Peteffi da Silva [2001, p.28], se um advogado deixa de interpor um recurso em ação que, se tivesse sido julgada favoravelmente, traria uma vantagem econômica de dez mil reais, e se havia 30% de chances de reverter a sentença, a indenização final pela perda da chance deveria ser de três mil reais”.

⁸³ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, p.75-80.

Uma mulher participante do concurso já tinha acumulado R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quando lhe foi apresentada pergunta final do milhão. A pergunta, formulada de modo incorreto, fez com que a autora optasse por não respondê-la, para não perder os quinhentos mil reais que há havia acumulado. A pergunta era a seguinte: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território Brasileiro?” Com quatro opções de repostas, todas em percentuais, nenhuma correta, pois a Constituição não estabelece percentual do território brasileiro aos índios.

A participante ingressou com pedido de indenização por perda da chance. Na primeira instância, o pedido da autora foi julgado procedente, quanto à indenização por danos materiais no pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Em recuso especial, porém, o Ministro Fernando Gonçalves calculou o valor da perda da chance de forma matemática. Se existiam quatro alternativas de respostas, as chances da autora eram de 25% (vinte e cinco por cento), no que se condenou o réu ao pagamento de 25% de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Conforme se verifica, o cálculo da chance perdida utiliza como parâmetro o valor do resultado final, dividido entre as oportunidades de chance de a vítima alcançá-lo, antes do evento que resultou no prejuízo material.

No exemplo citado, a chance perdida resultou num percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de obter o resultado esperado, e não em 50% (cinquenta por cento), percentual mínimo exigido para caracterizar a chance real e séria. Entretanto, isso não descaracteriza a perda da chance, pois é preciso adequar o mínimo exigido pela doutrina incipiente às hipóteses do caso concreto.

Examinado o modo de liquidação do dano material da chance perdida, resta abordar de que forma se deve apurar o prejuízo moral, do qual seja resultado.

A Corte da Cassação da França enfatiza que a perda de uma chance na área médica não pode consistir na reparação integral do dano resultante da morte do paciente.⁸⁴ Por sua vez, Lambert-Faivre defende que no tocante à quantificação dos danos, deve-se analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao médico, a fim de aferir a proporcionalidade entre a conduta do médico e o dano em

⁸⁴ NETO, Miguel Kfourir. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.107.

si.⁸⁵ Com esse entendimento, sustentamos que a reparação de todo prejuízo moral resultante da chance perdida não será integral e abrange eventos para além da área médica.

Importante ressaltar que há o limite da proporcionalidade e do razoável na reparação do prejuízo moral na perda de uma chance, a fim de não se enveredar por pretensões absurdas. Como alude Cáo Mário, no próprio étimo da indenização está a idéia de colocar alguma coisa no lugar daquilo que foi retirado da vítima, em razão do dano. Se se ressarce o dano, não se pode dar mais do que pelo dano foi desfalcada a vítima.⁸⁶

Sérgio C. Filho afirma que “Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado, que guarda uma certa proporcionalidade”. A razoabilidade, portanto, é a bússola norteadora do julgador, pois ao valorar o dano moral a quantia deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias que se fizerem necessárias.⁸⁷

O mestre Caio Mário, na sua obra Responsabilidade Civil, sustenta que na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima; e II) pôr nas mãos do ofendido uma soma como meio de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, ou seja de ordem intelectual ou moral, e até mesmo de cunho material, a fim de amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança.⁸⁸

Em conclusão, cremos que, ao reparar o prejuízo moral, deva-se levar uma carga de compensação e de pena privada, da qual os julgadores não podem se afastar. Sabemos que não é fácil, pois se, por um lado, busca-se a indenização mais completa possível; por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido. Nessa linha, é preciso julgar a equidade do caso concreto.

⁸⁵ NETO, Miguel Kfourri. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.112.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.316.

⁸⁷ FILHO, Sérgio Cavaliéri. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.108.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.317.

CONCLUSÃO

O mundo, cada dia, se torna mais dinâmico. O desenvolvimento industrial, as novas tecnologias e as descobertas científicas trazem benefícios imensuráveis à sociedade: porém, de contraparte, deixam o cidadão mais vulnerável aos seus efeitos lesivos. Diante da lesão, surge o dever de reparar.

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, a responsabilidade civil apresenta-se em forte sintonia com os padrões éticos, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a justiça e a solidariedade. Surge, então, o conceito da responsabilidade civil como princípio de incidência da reparação do dano causado, na pessoa do ofensor.

A vítima do dano passa a ter um papel importante, dentro do instituto da responsabilidade civil. Visando assegurar uma reparação à vítima, impõe-se o dever de ressarcir objetivamente, diante até mesmo do risco da atividade, sem aferir a culpa do ofensor, como prevê o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Segundo o *caput* do artigo 927 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O artigo 186, por sua vez, dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Diante do exposto, o dever de indenizar parece adstrito ao ato ilícito.

Entretanto, como explicitado no trabalho, tanto o ato ilícito como o lícito são capazes de ensejar o dever de indenizar. Surge uma concepção moderna de ilicitude, que traduz uma violação para além do dever jurídico reconhecido formalmente, sob a ótica de valores éticos. Substitui-se a noção de ato ilícito para o de dano injusto.

Nesse âmbito, abre-se espaço dentro do ordenamento jurídico para novas espécies de responsabilidade civil, como exemplo a Teoria da Perda de uma Chance.

A Teoria da *perte d'une chance* surgiu na França. Defende a concessão de indenização quando ocorre a perda da possibilidade de conseguir uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Na responsabilidade por perda uma chance, precisa-se que o ato seja a causa adequada do dano acontecido (que difere do dano hipotético), pois se funda numa perda real e séria.

Os doutrinadores divergem quanto à classificação do prejuízo por perda de uma chance. Há quem defina como lucro cessante, dano emergente e outros, como dano moral. Todavia, o problema se resolve diante do requisito da certeza do dano e prejuízo material e moral que acarreta. Conforme sustentamos, a perda de uma chance consiste numa nova espécie de dano, com nuances de dano emergente e moral.

Utiliza-se na valoração econômica do prejuízo material, tendo em vista essa concepção do dano por perda de uma chance; o valor do resultado final, dividido entre as oportunidades da chance perdida.

No que tange ao prejuízo extrapatrimonial, não será integral. Não se pode dar mais do que pelo dano foi desfalcada a vítima. O julgador deverá observar o limite da proporcionalidade e da razoabilidade na reparação do prejuízo moral por perda de uma chance.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução/Francisco Amaral. 5ª ed. ver., atual. E aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 3ª edição. Malheiros Editores, p.65.
- CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2005.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.
- GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e Eticidade. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GROPPALI, Alessandro. Introdução ao Estudo do Direito. 3ª edição. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1978.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte:DelRey, 2005.
- KHOURI, Paulo R.Roque. Direito do Consumidor. 2ª edição. São Paulo. Atlas: 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Vol.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MAZEAUD e MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I. nºs 368-375 apud PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NETO, Miguel Kfourri. Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002, p.98.
- NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, 9ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- REVISTA DE DIREITO PRIVADO, n. 23, julho-setembro de 2005. Coordenação: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Editora Revista dos Tribunais.
- SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional/Coord. Gustavo Tepedino. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.