

A Teoria da Perda de uma Chance em Sede de Responsabilidade Civil

Roberto de Abreu e Silva

Doutor e Desembargador do TJ/RJ

1. O direito brasileiro, neste início do terceiro milênio, tem vocação para a imposição da obrigação de indenizar, reparar ou compensar os *danos injustos* causados a bem material ou imaterial de *pessoa inocente*, que não deu causa ao fato, com ou sem culpa provada, conforme retrata o direito positivo vigente. Em linhas gerais, a Constituição da República de 1988 (CRFB/88), no art. 37, § 6º, proclama a responsabilidade civil objetiva pelo dano causado por fato do serviço praticado por entidade pública ou de prestadora de serviço público a despeito de impor, ainda, no art. 5º, X, a obrigação do lesante de reparar danos materiais ou morais; esta norma jurídica se afigura perfeita por conter em seu núcleo preceito e sanção, como evidencia o teor da súmula 37 do E. STJ (DJ de 17.03.1992) permitindo, à época, a cumulação de danos materiais e morais pelo mesmo suporte fático, antes da regulamentação da tutela dos danos morais na legislação infra-constitucional, como se infere da regulamentação dos direitos da personalidade no novo Código Civil e do Consumidor em datas posteriores (Art. 12 da Lei 10.406 de 10.01.2002 e 12 e 14 da Lei 8.078/90). Igualmente, dispõe a CRFB/88 a respeito da obrigação de indenizar da entidade pública responsável em *fattispecie* de erro judiciário ou de prisão por tempo superior ao fixado na sentença, na seara da teoria objetiva ou sem culpa provada, *ut* art. 5º., LXXV etc. No campo do direito privado, predomina a

responsabilidade civil objetiva nos danos causados pelo vício ou defeito do produto ou do serviço (Arts. 12 e 14 da Lei 8.078/90), em relação consumerista, independentemente de prova de culpa. Na legislação infra-constitucional, notadamente o Código Civil/02, em tese, a regra geral da responsabilidade civil exige que a prova da culpa do lesante fique a cargo da vítima para configuração do ato ilícito, e a exceção é a imposição da obrigação de reparar os danos materiais ou morais sem a demonstração da culpa na configuração do ilícito civil. No entanto, tal postulado não representa a realidade contemporânea. O fenômeno no direito brasileiro, no cível, se apresenta, na atualidade, *d.m.v.*, de forma inversa. A regra hodierna é a do predomínio da responsabilidade civil sem culpa provada a cargo da vítima, se demonstrado o dano injusto, ação comissiva ou omissiva, bem como a relação causal como se infere das teorias objetiva, do risco e presumida, esta, com inversão do ônus da prova, no inadimplemento contratual, em negócios jurídicos de transportes de pessoas e coisas, seguros etc. (Lei 2.681/12, arts. 475, 730/742, 743/756, 757 e ss. do Código Civil, leis de proteção ao meio ambiente e consumerista - 9.605/98, 7.347/85, 6.938/81 e 8.078/90 etc.); a exceção é a exigência da demonstração da culpa, a cargo do lesado, na demanda de reparação dos danos materiais ou morais em juízo. Com efeito, a dificuldade de provar a culpa do lesante imposta à vítima, na doutrina da responsabilidade civil extracontratual, sempre dificultou o acesso do lesado à reparação. Por causa disso, a tese de que a obrigação de reparar nasce da culpa e não do dano, no transcurso do tempo vem cedendo lugar à teoria da responsabilidade civil sem culpa ou objetiva, plasmada na quebra do equilíbrio econômico-jurídico, conforme observação do jurista Antônio Lindbergh C. Montenegro.¹ O desenvolvimento industrial e o pro-

¹ Montenegro, Antonio Lindbergh C. Ob. cit., p. 11 e 13: *A teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões, em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano. A partir daí a tese de Yhering de que a obrigação de reparar nascia da culpa e não do dano (nich der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld) foi-se desmoronando paulatinamente... Modernamente, em função da aceitação universal da teoria do risco, a responsabilidade civil passou à frente da culpa, donde a tese já quase sem opositores de que a responsabilidade se fundamenta na culpa (= ato ilícito) ou no risco.*

gresso tecnológico criaram as ferrovias, fábricas, veículos automotores, elevadores, aeronaves etc., máquinas que oferecem melhor conforto, mas trazem novos riscos às pessoas na sociedade atual. O ser humano tornou-se presa fácil do evento lesivo provocado por esse explosivo progresso, independentemente de sua maior atenção. Demais disso, o fenômeno da insuficiência da prova da culpa do lesante tem sido fator determinante de julgamentos de improcedências de pedidos de indenizações das vítimas, gerando situações que vêm inquietando os juristas, no tempo e espaço, a ponto de se provocar uma metamorfose na responsabilidade civil neste novo tempo de Justiça. Transmuda-se da culpa ao risco, como evidencia o estudo de Alvino Lima.²

2. Teorias tradicionais em sede de responsabilidade civil: a) culpa; b) sem culpa provada ou objetiva, do risco e consumerista. A teoria da culpa se desdobra em extracontratual (ou subjetiva) e contratual. Na teoria subjetiva, a culpa do lesante deve ser provada, pelo lesado como elemento integrativo do ato ilícito, sob pena de perder a demanda. No entanto, a dificuldade da prova da culpa, na maioria das situações, em sede de responsabilidade civil, vem sendo mitigada pela presunção de culpa e inversão do ônus da prova, no direito pátrio, nas vertentes seguintes: a) fatos de outrem, do animal e da coisa (arts. 932, 936 e 938, do Código Civil, Súmula 341 do STF); b) inadimplemento contratual, conforme lição do jurista J. M. Leoni L. Oliveira³ (art. 399 do Código Civil compatível com o art. 799 Código Civil Português);⁴ c) transportador ferroviário⁵ (artigo 17

² Lima, Alvino. *Da Culpa ao Risco*, p. 385 e seguintes, v. 83.

³ Oliveira, J. M. Leoni Lopes de. *Teoria Geral do Direito Civil*, v. II, p. 977: *No ilícito contratual, desde que o devedor se encontra em mora, presume-se a sua culpa.*

⁴ Código Civil de Portugal, Art. 799 (*Presunção de culpa e apreciação desta*) 1. *Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.* 2. *A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.*

⁵ 3^ª T. do STJ. REsp nº 1753-SP. Reg. nº 890012837-0. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Unânime. DJ 19/3/1990. *EMENTA: Civil. Responsabilidade civil. Indenização. Acidente ferroviário. Morte de menor. Culpa presumida. Decreto nº 2.681, art. 17. I – Não tendo a estrada provado a culpa da vítima, nem assim ilidindo sua responsabilidade, comprovando caso fortuito ou força maior, não se exonera da obrigação de indenizar pela morte do menor. II – É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. III – Recurso provido.*

do Decreto-Lei nº 2.681/1912); d) o exercício de atividade de risco, com previsão normativa no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil⁶; e) Código Civil, arts. 186, 187 – ato ilícitos e abusivos, 188, I e II, § único, – art. 928, ato de incapaz – e 929, atos lícitos, se a vítima for inocente. O controle da conduta humana, em obediência ao preceito constitucional (art. 5º., X da CRFB/88), exercer-se-á, preventivamente, por ação provida das virtudes de diligência e prudência, no propósito de não se cometerem danos extrapatrimoniais ou patrimoniais injustos, a bem de pessoa inocente, como deveres jurídicos preexistentes, sob pena de responder o lesante ou responsável legal pelos prejuízos perpetrados; f) na responsabilidade civil dos administradores, derivada do descumprimento do dever legal ou estatutário (art. 158, §§ 2º e 4º, da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 – Sociedades Anônimas); e g) na responsabilidade civil do administrador de instituição financeira (arts. 39 e 40 da Lei nº 6.024/74⁷). Por conta disso, no direito brasileiro predomina, na atualidade, a responsabilidade civil do lesante, sem exigência de culpa provada ou objetiva na perspectiva das teorias do risco nas espécies (administrativo, proveito, empreendimento etc.) objetiva, consumerista, aditando-se, ainda, a regra da inversão do ônus da prova, exigindo-se da vítima apenas a demonstração da ação danosa injusta, o nexo de causalidade e os prejuízos, quando perpetrados nas situações jurídicas seguintes: a) no exercício de função pública, pelo agente da admi-

⁶ Código Civil. Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

⁷ Lei nº 6.024/74, Art. 39. *Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.* Art. 40. *Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.* Arnoldo Wald, *in* A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco, sustenta que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é do gênero subjetivo, mas com inversão do ônus da prova. Fábio Ulhoa Coelho, *in* A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia, p. 9-38, analisando as situações jurídicas dos administradores das sociedades anônimas e das instituições financeiras, apresenta a seguinte conclusão: 1º) *aos administradores de sociedade por ações impõe a lei um conjunto de deveres, em que se destacam os expressamente referidos a partir do art. 153 da LSA (ser diligente, não abusar do poder, ser leal e informar)... 2º) A fórmula geral da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima é a seguinte: o administrador responde pelos danos causados à sociedade ou a terceiros, em razão de descumprimento de dever legal ou estatutário...*

nistração pública direta (União, Estados, Municípios) e indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista); b) por prepostos das empresas privadas prestadoras de serviços públicos (concessionárias, permissionárias - artigo 37, § 6º, da CRFB/88⁸); c) seguro por acidente de trabalho – Lei n.º 8.213/91; d) fornecedores (empresas privadas) por fatos de consumo, defeitos de produtos ou de serviços (arts. 12, 14, 18 e 20, da Lei nº 8.078/90⁹, etc.). Marque-se, ainda, que no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC), a regra da responsabilidade civil/consumerista é objetiva, porquanto somente a responsabilidade civil do profissional liberal é de natureza subjetiva. No entanto, como se trata de matéria técnica (advogado, médico, bombeiro, eletricista, etc.), pode implementar-se a inversão do ônus da prova, a pedido do consumidor (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), fenômeno possível de liberá-lo da prova da culpa, se esta revelar-se presente no contexto probatório do fato constitutivo de seu direito no campo da prática jurídica. A imagem desse quadro revela que no direito pátrio predomina a responsabilidade civil sem culpa provada, em regra, exigindo-se do lesado a demonstração da culpa nas esferas de danos causados à pessoa ou coisa de outrem, na perspectiva dos artigos 186 e 927 do Código Civil/02. Contudo, o fato danoso injusto a bem da vítima inocente

⁸ Art. 37. *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte... § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros; assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

⁹ Lei nº 8.078/90, Art. 12. *O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos § 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.*

precisa ficar vencido no direito, conforme proclama Alvino Lima¹⁰ e, nesse sentido, a Carta Magna vigente deu um salto para o progresso do Direito. Percebeu o legislador constituinte pátrio que todo dano extrapatrimonial ou patrimonial é injusto, em regra, no exame a *prima facie*, deixando evidente ou verossímil a violação do dever jurídico de cuidado e de agir suficiente à configuração da culpa leve ou levíssima, *ipso facto*. Em consequência, positivou no artigo 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88 a norma impositiva de conduta diligente e prudente, na perspectiva de efetivar o princípio *neminem laedere* (*não lesar a ninguém*), desencadeando a obrigação de reparar os danos materiais ou morais injustos se evidenciados do próprio fato (*ipso facto*). Desde então, na adequação do fato à norma no dano injusto, a rigor, não se exige prova inconteste, culpa a cargo do lesante, porquanto resulta evidente ou verossímil da própria conduta danosa injusta e ofensiva à ordem jurídica constitucional e civil. Por causa disso impõe-se, *ex vi legis*, a reversão da prova quanto à eventual legitimidade da conduta a cargo do lesante como corolário lógico da interpretação das normas jurídicas incidentes no caso em exame. Nesta linha de pensamento, compete ao ofensor da norma constitucional e civil a prova da conduta justificada e da exclusão do nexó de causalidade, tendo em vista o inexorável desvalor de sua conduta que exsurge, *ipso facto*, de seu comportamento antijurídico na prática de dano ou prejuízo injusto perpetrado a pessoa inocente. Nesta perspectiva, as virtudes de diligência (cuidado) e prudência (moderação), e de Justiça como igualdade proporcional na lição de Aristóteles¹¹, afiguram-se indissociáveis da conduta do

¹⁰ Lima, Alvino. Revista Forense, v. 83, p. 385 e seguintes: *É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem desmantelar e desencorajar as atividades úteis.*

¹¹ Aristóteles. Ética a Nicômaco, p. 118-320. Aristóteles, nesta obra, aduz sobre as virtudes, como excelências morais ou aretês, assinalando-as como: 1) *Coragem* – Justo meio entre o medo e a temeridade. 2) *Moderação* – Justo meio nos prazeres, que são satisfações relacionadas ao corpo e não à mente do homem, exceto os sentidos. 3) *Liberalidade* – Justo meio da riqueza – entre a falta e o excesso – Prodigalidade e avareza. 4) *Magnificência* – É o justo meio entre a mesquinhez e a vulgaridade. 5) *Amabilidade* – É a observância do justo meio em relação à cólera. O excesso é chamado de irascibilidade. A falta é considerada insensatez. As pessoas rancorosas são difíceis, implacáveis e sustentam sua cólera por muito tempo. São pessoas chamadas de mal-humoradas, tendentes à vingança. 6) *Justiça* – É a disposição da alma que predispõe o homem a fazer o que é justo, desejar e agir justamente. A injustiça é o contrário, o ato é iníquo e ilegal. Justo é agir de conformidade com a lei. *Injustiça* é ação contrária à lei. *Justiça é igualdade proporcional.*

homem imputável. Significa a exigência de atuar o agente imbuído no propósito de não lesar nem cometer danos injustos contra pessoa inocente e, assim, cumprir os deveres de cuidado e de agir como determinado pela ordem jurídica. Os deveres jurídicos, em exame percuciente do caso concreto, afloram como substratos dos fundamentos das principais teorias tradicionais: subjetiva (Aquiliana ou culposa), assentada na culpa do agente; sem culpa (objetiva, do risco), e ecléticas, em sede de responsabilidade civil, assentados nos elementos seguintes: dano ou prejuízo injusto, ação, nexos causal, nas lições de Jean, Henri e Léon Mazeaud,¹² Karl Binding, M. Planiol¹³ etc. Nesse sentido, Karl Binding,¹⁴ partidário da teoria objetiva, sustenta, *v.g.*, que: *O simples fato de haver causado o dano obrigar a reparação*. Nas teorias ecléticas não se desconhece o desvalor da culpa, como violação de dever jurídico preexistente, como fundamento da responsabilidade civil; no entanto, atribui-se preponderância à noção do risco, como sustentou Josserand.¹⁵

3. Na seara das teses ecléticas, impende considerar as teorias seguintes: a) a de garantia de Boris Starck; b) a da culpa como violação de obrigação legal, de Paul Leclercq; c) a falta contra a legalidade constitucional; e d) *a perda de uma chance*. Boris Starck,¹⁶ jurista francês, apresenta o fundamento da responsabilidade civil na *garantia* contra os fatos danosos de outrem. Na sua teoria, sugere a constituição de um fundo que assegure a reparação dos danos, sem prejuízo do direito de regresso do segurador contra o lesante. Entende que a culpa é a inobservância das regras jurídicas da boa-fé e da prudência. Sustenta que, se de um lado há liberdade de ação do

¹² Mazeaud, Jean, Henri et Léon. *Traité Théorique e Pratique de la Responsabilité Civile, Céléctuelle e Contractuelle*, t. 1, nº 7, p. 4.

¹³ Planiol, Marcel. PLANIOL, Marcel Fernand. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 3ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946, ts. 1 e 2, p. 302-351.

¹⁴ Binding, Karl. *Apud* Dias, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 58.

¹⁵ Josserand, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*, t. II, nº 416, p. 235 e seguintes.

¹⁶ Starck, B. STARCK, B. *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée*. Paris: L. Rodastein, 1947.

homem, do outro existe um direito de segurança, outorgado pela ordem jurídica. A teoria sustentada pelo fiscal geral Leclercq,¹⁷ da Corte de Cassação Belga, considera a culpa do lesante como decorrente da violação de uma obrigação legal. Sustenta, em sua teoria, que na demanda em que se exige da vítima a prova da culpa do motorista há, em verdade, um ônus de demonstrar a inobservância dos regulamentos, uma negligência, uma imprudência, como: a) excesso de velocidade; b) não ter funcionado o aparelho de advertência; c) um defeito do farol etc. No seu entender, esses fatos constituem as próprias culpas, não tendo a vítima, necessariamente, de demonstrar a sua existência. Sustenta que não tem a vítima o encargo de provar a culpa, cuja existência é demonstrada pelo fato do próprio acidente. Em sua doutrina, configura-se a culpa no atentado à integridade da pessoa ou do patrimônio da vítima, concluindo, afinal, que: *Todo atentado à integridade da pessoa ou do patrimônio de outrem constitui uma falta*, conforme lição de Leclercq, na expressão de Henri et León Mazeaud.¹⁸ Estes autores comentam ainda o pronunciamento de Planiol¹⁹ a respeito da tese de P. Leclercq, aduzindo que *a lei não manda, por exemplo, não atentar à vida, ao corpo, à liberdade, à propriedade ou a outros direitos de uma pessoa qualquer; o objeto da nossa obrigação é também uma abstenção pura e simples; ao se agir contrariamente a esta obrigação, há contravenção e falta*. A teoria de Paul Leclercq, na doutrina dos irmãos Mazeaud,²⁰ é entendida como de fundo objetivista, por ser uma for-

¹⁷ Mazeaud, Jean, Henry y León. La Responsabilidad Civil Quasicontratos, p. 104. O Tribunal de Termonde, 3/12/1927, adotou a teoria do fiscal Belga, Leclercq, com o fundamento seguinte: *Considerando que nuestro régimen jurídico implica en su base el derecho civil de cada uno a la integridad de su persona y de su patrimonio e impone así, de rechazo, a cada cual, la obligación de no hacer nada que pueda atentar contra esa integridad, de donde resulta que, aquel que contravenga esa obligación legal de no hacer, incurre en un hecho ilícito; Considerando que las palabras "hecho" y "culpa", de que se vale el artículo 1.382, son intercambiables en el sentido de que quien comete un hecho prohibido por la ley incurre en una culpa; que, en consecuencia, el que viola la prohibición de atentar contra la integridad de la persona o del patrimonio de otro es culpable y compromete así su responsabilidad...*

¹⁸ Mazeaud, Henri et León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, p. 387, *in fine*. M. Paul Leclercq, procurador geral, ante a Corte de Cassação da Bélgica, defendeu em seu discurso, em 15/9/1927, a tese vencedora, no sentido de que *Toute atteinte à l'intégrité de la personne ou du patrimoine d'autrui constitue une faute*. A Corte ordenou a impressão do discurso intitulado: *Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet - il un acte illicite* ? Bruxelles, Etabl. Bruylant, 1927.

¹⁹ Planiol M. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, nº 885, *apud* Mazeaud, Jean, Henri et León, ob. cit., p. 387 (8 bis).

²⁰ Mazeaud, Jean, Henry y León. Ob. cit., p. 103: *A fin de socorrer a los peatones atropellados por los automóviles, Leclercque, fiscal general de la Corte de casación de Bélgica, sostuvo entences, en un discurso de reapertura de los*

ma de rodeio, para suprimir-se a culpa como requisito da responsabilidade civil. As teses de Starck e de Leclercq são semelhantes, apresentando diferença no plano conceitual. Enquanto para *Leclercq* todo ato ilícito caracteriza a violação da obrigação legal de não causar danos a outrem, defluindo, em consequência, a reparação dos danos, por ser o ato constitutivo da culpa, na concepção de Starck,²¹ em todo ato ilícito há obrigação de reparar os danos, pela violação da proteção jurídica absoluta de garantia, sem perquirir se a ação constituiu-se ou não de culpa do agente. A *Teoria da Falta contra a legalidade constitucional- FCLC (ou Falta contra a constituição – FCC)*²² consiste em interpretação da responsabilidade civil-constitucional compatível com o progresso das ciências e do direito no século XXI. Sustenta que culpa no campo probatório não se prova, evidencia-se do fato em todas as suas circunstâncias. Demonstra-se o fato, compreendendo a ação, onexo causal, o dano injusto,

tribunales, el 15 de setiembre de 1927, después en algunas de sus conclusiones, la tesis siguiente: atentar contra la integridad corporal o del patrimonio de outro es incurrir en culpa; la víctima, por lo tanto, no tiene que probar sino el daño corporal o material que há sufrido (cf. "Para la exposición y crítica de este tesis: Pinson Y de Villé", Traité de la Responsabilité Civile Extracontractuelle, t.1, ns. 60 y sigtes. H. y L. Mazeaud, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile et Contractuelle, 5^o ed., t. i, n^o 385). Eso era, mediante un rodeo, suprimir la culpa como requisito de la responsabilidad civil;

²¹ STARCK, B. *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée*. Paris: L. Rodastein, 1947, p. 494-497, apresenta conclusões gerais em 12 artigos, podendo ser identificada a idéia de sua teoria nos primeiros e últimos dispositivos... 1. *La sécurité matérielle et morale de l'homme constitue un droit individuel garanti par la loi. Si, hors les cas où la loi l'autorise, une personne y porte atteinte dans l'exercice de son activité, le dommage causé est illicite et oblige son auteur à le réparer.* 2. *Toute personne qui, par son fait direct ou par les choses dont elle se sert, tue ou blesse une autre personne, détruit ou détériore les biens matériels d'autrui, cause un dommage illicite et doit réparer le préjudice subi par la victime. Les choses qui occupaient lors de l'accident leur place normale et qui ont fonctionné normalement ne peuvent être considérées comme étant les causes de l'accident. Le défendeur échappe à toute responsabilité en démontrant que le dommage a été déterminé par un événement de force majeure.* 3. *Sont licites et ne donnent lieu à aucune sanction, les dommages qui sont la suite nécessaire et normale de l'exercice d'un droit subjectif ou d'une liberté individuelle, et ceux que la loi ou les usages reconnus laissent à la charge de la victime.* 4. *Le caractère licite ou illicite des dommages autres que ceux prévus aux articles précédents sera apprécié par le juge, compte tenu de l'étendue respectrice des droits des parties en litige.* 5. *Tout dommage imputable à l'imprudence, la négligence, la maladresse ou la mauvaise foi, ou qui résulte de l'exercice d'un droit sans motif légitime est illicite et, sauf disposition expresse du législateur en sens contraire, engage la responsabilité de son auteur.* 10. *La constatation d'une faute de la victime à l'origine du dommage entraîne une diminution de l'indemnité, ou sa suppression, si cette faute peut être considérée comme la seule cause réelle du dommage...* 12. *L'assurance de responsabilité est valable, à l'exclusion de l'assurance du dol personnel de l'assuré. La victime du dommage causé par ce dernier possède une action directe contre l'assureur dans les limites de la garantie souscrite. Si la responsabilité de l'assuré découle d'une faute caractérisée, le Fonds de garantie (à créer) peut recourir contre l'auteur de la faute pour une somme arbitraire par le juge en considération de sa gravité (destaque deste autor).*

²² Abreu e Silva, ROBERTO. *A Falta contra a legalidade constitucional –*. Lumen Juris/editora. 2^a. Edição. Rio de Janeiro. 2005, p.143 e 285.

na simbiose axiológica com a norma legal, e não a culpa, que, a rigor, promana de um juízo de valor da conduta. Não se julga improcedente uma demanda por ausência, insuficiência de culpa, mas, por ausência ou insuficiência de prova do fato, de inexistência ou rompimento do nexo de causalidade, por causa de isenção ou de exclusão da responsabilidade civil do demandado.

Condena-se o agente porque a sua ação foi considerada má, impura, ilícita, pela ordem jurídica, por falta de cuidado do lesante. O elemento subjetivo próprio do ato ilícito é a *falta de virtudes* de diligência e prudência na ação danosa injusta do lesante e não a *culpa*, que é expressão de um juízo de desvalor ou de reprovação, segundo Damásio de Jesus²³, da conduta *pos-factum*, por inobservância do dever de cuidado objetivo do agente antes do fato. Resume-se a tese na expressão seguinte:... *"em todo dano injusto extrapatrimonial ou patrimonial perpetrado à vítima inocente (que não deu causa ao fato), a falta de diligência e prudência, não intencional do lesante, resulta evidente ou verossímil da convergência dos elementos integrantes do fato violador da norma constitucional (art. 5º, X da CRFB/88). Configura-se a falta contra a Constituição a conduta violadora dos deveres jurídicos de diligência e prudência impositivos do art. 5º, caput, X, XXII e XXXIV da CRFB/88, perpetrando-se danos injustos suficientes para deflagrar a obrigação de reparar se o lesante não demonstrar excepcional causa de isenção, de justificativa ou de exclusão da responsabilidade civil, ou para implementar-se tutela inibitória em caso de injusta ameaça de lesão de direito de pessoa inocente.* Esse posicionamento concilia as teorias da culpa, objetiva e do risco, facilita o acesso da vítima à reparação dos danos injustos, fundamenta a função preventiva da responsabilidade civil ante o ilícito de perigo, que se caracteriza por

²³ Jesus, Damásio Evangelista. Ob. cit., p. 285, assinala: *Vimos que a culpa, na doutrina finalista da ação, constitui elemento do tipo... É, também, puro juízo de reprovação, uma vez que é normativa e não psicológica... Quando se diz que culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado cuidado objetivo. A conduta torna-se típica "a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência colocada nas mesmas circunstâncias que o agente.* O autor cita, neste passo, Welzel, "Culpa e Delitos de Circulação", p. 38.

riscos iminentes de danos graves e irreversíveis, configurando lesão à ordem jurídica constitucional, na tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de seus bens, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde pública e nas relações de consumo (arts. 5º, *caput*, X, XXII e XXXII, 225, 196, 170, V da CRFB/88 e Leis números 9.605/98, 7.347/85, 6.938/81 e 8.078/90), bem como equilibra a sanção do responsável. O estudo revela o fenômeno hermenêutico da constitucionalização da responsabilidade civil proveniente de danos injustos, com matriz sediada no artigo 5º, *caput*, X, XXII da CRFB/88, a ser aplicado, nas funções repressiva e preventiva (arts. 186, 187, 927, 12, 20 e 21, dentre outros do Novo Código Civil), quando houver lesão ou ameaça de grave dano ou de difícil reparação (art. 5º, XXXV da CRFB/88), implementando-se a tutela antecipada, inibitória ou de urgência (arts. 461 e parágrafos, 249 e 251 e parágrafos únicos, e 84, § 3º, do CPDC (Lei nº 8.078/90), bem como a supressão de ilícitos em incômodos de vizinhança, meio ambiente, política urbana, de defesa do patrimônio artístico, cultural e histórico, em regramento de concorrência, na perspectiva da regra de ouro da responsabilidade civil – mais vale prevenir do que remediar. Como corolário, a norma originária do princípio impositivo do dever jurídico *neminem laedere* (não lesar a ninguém) deve integrar o conteúdo de todas as normas infraconstitucionais derivadas ou recepcionadas pela Constituição, no direito público e no direito privado. E, notadamente, em sede de responsabilidade civil ou direito oriundo de danos injustos, na tutela de bem de pessoa inocente, considerando como tal a vítima que não deu causa ao fato, no prisma da teoria da Falta contra a Legalidade Constitucional, no propósito de efetiva conversão do direito em Justiça. A TFCLC pontua, afinal, que a regra de ouro da responsabilidade civil hodierna não é reparar, mas impedir o dano ou suprimir a conduta ilícita, e culmina otimizando a linguagem jurídica a bem da Ética, da Moral e do Direito.

4. A doutrina da teoria da perda de uma chance. No campo das teses ecléticas, destaca-se a TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE como instrumento indispensável à configuração da responsabilidade civil e da obrigação de indenizar e, notadamente, na

fixação do *quantum* reparatório, mitigado, à luz dos elementos valorativos do artigo 944 § único e 945 do Código Civil/02. O conceito da TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE delinea-se na doutrina do direito pátrio e, comparado nas expressões de juristas de escol como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvia Mota, Atilio Anibal Alterini, Philippe le Tourneau, etc. Caio Mário da Silva Pereira²⁴, analisando a situação da perda de uma chance, leciona que: *“A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou. Weill e Terré lembram, ainda, como exemplos, o caso da pessoa que deixou de adquirir um imóvel por culpa do notário ou de ganhar um processo pela falha do escrivão ou do advogado (ob .cit., no. 602)...Ulderico Pires dos Santos registra decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade da companheira para pleitear indenização (A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência, nº 88, p. 247). É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade (perte d’une chance) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo...”* A doutora Sílvia Mota²⁵ doutrina sobre a teoria da perda de uma chance em sua tese de doutoramento, afirmando que: *“A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável integrada nas faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma consequência atual e certa. Aconselha-se efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, se obterá a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance, e não dos ganhos perdidos. A obrigação de reparar é somente parcial, se comparada aos*

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 41/42.

²⁵ MOTA, Sílvia. “Responsabilidade civil decorrente das manipulações genéticas: novo paradigma jurídico ao fulgor do biodireito”. Tese (Doutorado em Justiça e Sociedade) – Universidade Cama Filho, Rio de Janeiro, 2005.

danos finais, por isso não se reivindica a reparação destes, mas somente considera-se relevante a perda da possibilidade de serem evitados." A idéia central da novel teoria é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexos de causalidade), enfatizando o resultado lesivo. Nesse sentido, quando é difícil a prova do nexos de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se seja o elemento prejudicial determinante da reparação a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Nos casos de aplicação da teoria da perte d'une chance de guérison, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade estabelecida entre a culpa do médico e o dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, na acepção que lhe é dada hoje, e sim, a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem. Segundo a doutrina, cabe ao julgador, no caso concreto, verificar a real possibilidade da vítima de alcançar seu objetivo se não tivesse acontecido o evento que lhe tirou a esperança. A reestruturação do ordenamento jurídico nacional, com fulcro numa renovada visão das pautas constitucionais, condiz com uma etapa superior na conscientização moral da sociedade, salientada por Vicente Barreto: "A leitura moral da Constituição, assim chamada em virtude de estar vinculada à concepção da democracia como um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana, permite que se incorpore e leve em consideração no processo de aplicação da lei, ao caso concreto, as finalidades últimas do regime democrático." Dessa forma, a perda de chance como vínculo da causalidade parece aqui se arrumar por inteiro, num alerta ao cuidado dos que lidam com a vida humana. Faz-se relevante estabelecer juridicamente a perda de uma chance como vínculo da causalidade, em resposta à necessidade premente de proteção à pessoa humana, ajudando a reordenar os paradoxos e atendendo aos anseios de justiça do homem da atualidade." Atilio Anibal Alterini²⁶

²⁶ ALTERINI, Atilio Anibal e Cabana, Roberto Lopez. Temas de Responsabilidad Civil. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 206.

no direito Argentino sustenta a tese da perda de uma chance no sentido de que se não houvesse tutela preventiva de dano, tendente a impedir a realização de possíveis prejuízos, seria como criar um direito de prejudicar, assim, expressando: *“3. La prevención del daño. En teoría general, la prevención del daño plantea un problema de “tutela preventiva” tendiente a impedir “la realización posible” de los daños (De Cupis), ya que “cualquiera sea su fuente, deben ser evitados” (Mosset Iturraspe). Es que, si ser permaneciera impasible frente a la ilicitude, inclusive, ante la aparición de un riesgo que compromete la chance de evitar un deterioro de la situación actual, “ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar” (Aguiar).”* Philippe le Tourneau²⁷, no direito francês, delimita o tema pontuando, *ab initio*, a necessidade de se distinguir a perda de uma chance de um risco que pode surgir inesperadamente. Sustenta que a perda de uma chance constitui por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desaparecimento da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria. Aduz sobre a quantificação que deve corresponder à da perda de uma chance, bem como sobre a situação de negligência de um advogado diminuindo ou suprimindo as chances de seu cliente de obter ganho de causa etc. A teoria da perda de uma chance no direito brasileiro é de aplicação na solução justa da demanda à luz do princípio democrático de direito e de respeito à dignidade da pessoa humana e de seus bens protegidos pela ordem jurídica. Essa teoria afigura-se inteligível em seus próprios termos. Na chance perdida

²⁷ TOURNEAU, Philippe. Droit de la responsabilité, nº 669/676, Paris: Dalloz, 1998, p. 213/215. “Delimitations – On prendra soin de distinguer la perte d’une chance d’un risque qui peut survenir...La perte d’une chance constitue parfois un préjudice indemnisable, tandis que l’hypothèse, une pure hypothèse, ne saurait être la cause d’un dommage, ou seulement d’une éventualité de dommage non réparable...Partant, la perte d’une chance peut se définir comme la disparition de la probabilité d’un événement favorable lorsque cette chance apparaît suffisamment sérieuse....la fraction de ces préjudices correspondant à la « perte de chance » de les éviter si le (défendeur) n’avait pas commis de faute »....; illustrations de la perte d’une chance en matière contentieuse....De même examen est opéré lorsqu’un pourvoi en cassation est nul pour incompetence de l’huissier (Limoges, 19 dec. 1938, JCP ou lorsque la négligence d’un avocat a diminué ou supprimé les chances de son client d’obtenir gain de cause (Civ. 1. 16 mars 1965...) ou lui a fait perdre le bénéfice de la contradiction à une instance (Paris 16 mai 1963. D. 36.692).”

e reparável, preexiste oportunidade séria de se conseguir um benefício futuro, que se revela como interesse jurídico protegido pelo direito e frustrado por conduta ignóbil do agente imputável. A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de obtenção de vantagem ou de sucesso em pretensão séria assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano, resultando em prejuízo provado ou evidente do fato à pessoa inocente. A contrário senso, a pretensão improvável, hipotética, consiste em simples aventura, sem relevância jurídica; por isso, não configura perda de chance indenizável nem deflagra a obrigação de reparar. A chance perdida reparável configura um prejuízo material ou imaterial resultante de fato já consumado, não hipotético, causado a pessoa inocente (que não deu causa ao fato), por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência) violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo (CRFB/88, art. 5º.,X, Código Civil, Código do Consumidor, etc.). Esses elementos devem resultar provados ou evidentes do próprio fato, bem como o indispensável nexu etiológico, compreendido como causalidade necessária, ligando a conduta censurável do agente ao prejuízo injusto causado pelo fato consumado da perda de uma chance. A noção de causa envolve a idéia de necessidade da ação determinante dos prejuízos injustos. A causa de um fato lesivo e antijurídico compreende-se como o antecedente ou grupo de antecedentes necessários à produção do prejuízo injusto, perda de uma chance ou da probabilidade séria de obter uma vantagem. A obrigação somente se verifica quando o prejuízo injusto perpetrado por falta na ação violadora da norma jurídica é a causa necessária para a produção do prejuízo vinculada pelos nexos de causalidade e de antijuridicidade²⁸.

²⁸ TJRJ – 6ª. C.CÍVEL –Apel. nº 2004.001.15622 – Rel.Des. Roberto de Abreu e Silva - Responsabilidade Civil. Legitimidade da negativação na SERASA ao tempo da execução extinta por circunstância processual. quitação superveniente.Agitação de providência de baixa. Dever jurídico do devedor. Nexu de causalidade revelado por omissão do consumidor. Danos Morais. Não configuração. O direito do devedor à baixa da anotação no cadastro da SERASA afigura-se corolário do pagamento do débito de cobrança, até então legítima, reclamando, apenas, simples pedido de baixa no órgão de proteção ao crédito, a implementar-se por providência do credor ou devedor na esfera judicial ou administrativa. Não demonstrou o consumidor formulação de pedido de baixa perante a SERASA, empós a quitação, nem mesmo reclamação direta ao credor ou sua resistência à implementação de tal providência. Destarte, o suporte fático apresentado afigura-se insuficiente a engendrar direito à reparação de danos morais, por três razões básicas. *Primeira*, o ato da negativação pelo credor em face de devedor inadimplente

Se a ação do agente é de conformidade com a lei, embora possa ser considerada causa no mundo fático, nem sempre o será no mundo jurídico, se faltar a antijuridicidade da conduta,²⁹ como ocorre, *v.g.*, na excludente da legítima defesa. No estudo da relação de causalidade, é necessária a vinculação direta do prejuízo injusto causado pela perda de uma chance de se obter uma vantagem ou evitar uma perda originária de situação fática da qual depende o prejuízo já consumado. Na subsunção do fato à norma jurídica pelo julgador, é indispensável a consideração do valor do bem protegido e o desvalor da conduta, em sua tridimensionalidade, fato valor e norma, *cum arbitrio boni viri*, na concepção culturalista do direito de Miguel Reale.³⁰ Fundamental é que se relacione o dano ou prejuízo injusto à causa e efeito no mundo fático, articulados com a falta de diligência e de prudência na ação violadora da norma jurídica, no mundo do direito, para que se deflagre a consequência legal e constitucional de se impor a obrigação de reparar os prejuízos originários de fato ilícito perpetrado à vítima inocente, pela perda de uma chance em ato consumado. Em síntese, a chance perdida configura um dano injusto indenizável ou reparável quando há um prejuízo material ou imaterial causado a pessoa inocente pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado causado por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência) e violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo (CRFB/8, art. 5º.X, Código Civil, Código do Consumidor etc.). A par disso, torna-se indispensável a demonstração dos elementos gerais da responsabilidade civil, como: (i) o nexo de causalidade entre a ação necessária e proporcional ao dano

afigura-se lícito em sua origem, como exercício regular de direito. *Segunda*, o dever de agitar a providência de baixa perante o credor ou órgão de proteção é do consumidor, porquanto foi ele quem deu causa ao fato, inadimplindo sua obrigação no respectivo vencimento. *Terceira*, o direito não permite a ninguém incupletar-se da própria torpeza. Em tais circunstâncias, identificada a omissão do próprio consumidor como causa determinante da negativação e permanência do legítimo registro na SERASA, empós a quitação do débito, pressuposto causal indispensável à configuração do ilícito civil-constitucional de danos morais, impõe-se a reforma da r. sentença proclamando-se da improcedência do pedido da inicial, com a inversão dos ônus sucumbenciais. Provisamento do Recurso.

²⁹ Outros exemplos: situação de falta exclusiva da vítima. Conduzir-se um veículo no limite da velocidade permitida para o local, com atenção, quando um pedestre, saindo detrás de outro automóvel, inopinadamente, tenta atravessar a pista, sem observar o tráfego, provocando seu próprio atropelamento.

³⁰ Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo. Saraiva. 1980.

injusto, prejuízo proibido qualificado como perda de uma chance; (ii) a violação da norma jurídica constitucional ou infra-constitucional proibitiva da conduta lesiva; (iii) a legitimação ativa e passiva, por fato próprio ou de outrem;³¹ (iv) a inexistência de causa de isenção ou de exclusão da reparação dos prejuízos.³²

5. A sanção e quantificação dos prejuízos. A conduta ofensiva à norma jurídica proibitiva de conduta danosa injusta deflagra a obrigação de indenizar ou reparar os danos ou prejuízos injustos perpetrados à pessoa inocente. A quantificação da sanção do lesante, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, deve ser proporcional à intensidade da falta e ao valor do prejuízo causado pela perda de uma chance, da oportunidade ou probabilidade de obtenção de vantagem ou sucesso em fato já consumado. O nexo de causalidade do suporte fático da perda de uma chance, resultando em prejuízo indenizável, em princípio, não se confunde com o do fato espécie de dano ou prejuízo de maior expressão, eventualmente existente no fato complexo, quando causado por nexo etiológico não imputável ao réu. Em tais circunstâncias, o valor da indenização na perda de uma chance deverá ser menor do que o valor que se arbitraria em eventual dano ou prejuízo maior, porém por nexo de causalidade não imputável ao demandado, como ocorre em cada um dos exemplos assinalados a seguir: (i) A condenação de advogado pelo Tribunal, impondo-lhe sanção por danos morais em razão de perda de prazo recursal, em situação que revela, *ipso facto*, prejuízo pela perda de uma chance da parte de rever a decisão monocrática em segundo grau de jurisdição, e não pelo valor da demanda perdida em primeira instância, cujo nexo de causalidade não foi perpetrado pelo r. patrono. (ii) A condenação de clínica especializada por perpetrar à autora *perda de uma chance* de salvar a

³¹ Exemplos: o pai responde pelos atos dos filhos menores sob a sua guarda; o patrão se obriga por ato danoso de seu empregado, ou preposto, conforme normas do artigo 932, I e III, do Código Civil; ou, ainda, na responsabilidade contratual do transportador por não levar incólume o passageiro a seu destino em dano causado por fato de terceiro, conforme Súmula 187 do STF e norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, embora haja jurisprudência controversa sobre esse tema.

³² Vg., caso fortuito ou força maior, legítima defesa, falta exclusiva ou concorrente da vítima e causa estranha.

sua visão, comprometida pelo descolamento da retina evidenciada pela falta de médico profissional disponível na ocasião da procura do primeiro atendimento, transferindo-se a consulta para a semana posterior, ultrapassando o período da situação emergencial, porquanto a lesão da mácula na retina da vista da paciente já se consolidara quando do atendimento médico marcado, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e o procedimento cirúrgico, na ocasião superveniente, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda de uma chance se afigura no pressuposto fático: omissão hospitalar e prejuízo pela perda de uma chance de salvar a visão da paciente, e não pelo prejuízo da cegueira. O antecedente causal, conduta omissiva hospitalar, se liga ao conseqüente prejuízo pela perda de uma chance em fato já consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse a possibilidade de sucesso em salvaguardar a sua visão. A condenação da reparação, neste caso, limita-se ao valor do prejuízo causado pela perda de uma chance, probabilidade séria, não hipotética, de salvar a vista da paciente, e não pelo mal maior do prejuízo pela perda da visão, visto que o nexó de causalidade referente ao descolamento da retina não é imputável ao hospital.

6. A visão jurisprudencial da teoria da perda de uma chance. Na experiência jurídica, a doutrina da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil revela-se como instrumento importante de reparação de prejuízos injustos, permitindo sanções proporcionais aos prejuízos causados em relação causal direta com o desvalor e a gravidade da conduta censurável do lesante, *ut* artigos 944, § único e 945 do novo Código Civil. Nesse diapasão, assinala a jurisprudência pátria os casos seguintes: (i) O E. TJRJ, em caso de responsabilidade civil/consumerista, condenou a Clínica de Olhos em reparação de prejuízos causados à paciente que sofreu descolamento de retina, não pela cegueira em si, mas, pela *perda de uma chance* de salvar a sua visão, conforme último exemplo retro citado. Em realidade, a falta cometida consistiu no descumprimento do dever jurídico de atuação médica no quadro de emergência, quando procurado o nosocômio na primeira vez, cau-

sando-lhe prejuízo pela perda de uma chance, na medida em que não lhe proporcionou intervenção médico-cirúrgica que lhe permitisse, ao menos, possibilidade de sucesso na perspectiva de salvar a sua visão. Como corolário lógico desse quadro, reduziu-se a sanção aplicada no primeiro grau a título de reparação para menor valor, proporcional ao prejuízo consumado pela perda de uma chance, e não pelo fato da perda da visão, cuja indenização seria bem mais pesada na teoria objetiva se considerasse como prejuízo a seqüela da cegueira acometida à vista da paciente, quando a causa evidente consistiu em fator inteiramente estranho à atuação médica.³³ No mesmo sentido pontuou o E. TJRJ: (ii), 3ª Câmara Civil nos E.I. 2002.005.00446. Impôs-se a responsabilidade civil/consumerista por vício de qualidade da prestação do serviço pela entidade hospitalar em caso de óbito de recém-nascido por *Apnéia idiopática seguida de paradas cardiorrespiratórias* causada pela demora no encaminhamento do paciente para unidade de terapia intensiva, aplicando na demanda a Teoria da “perda de uma chance”. Não porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia, mas, em razão de o médico descumprir o dever de atuar. A sanção mitigou-se por não corresponder a reparação à indenização pelo dano morte, mas em razão do atuar tardio verificado na atuação médica e do dano sofrido, considerando *in caso a perda de uma chance de sobrevivência*³⁴. (iii)

³³ TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.08137 NONA CÂMARA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL/CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESCOLAMENTO DE RETINA. PERDA DA VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DA CHANCE. REPARAÇÃO. Inequívoca a responsabilização civil da ré por perpetrar à autora *perda da chance* de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29.12.1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03.01.2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito, que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso em salvaguardar de sua visão. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

³⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara Cível). Embargos infringentes. Responsabilidade civil de entidade hospitalar. Casa de saúde e maternidade. Óbito de recém nascido. *Apnéia idiopática seguida de paradas cardiorrespiratórias*. Demora no encaminhamento do paciente para unidade de terapia intensiva. Serviço hospitalar defeituoso. Fato do serviço caracterizado. Indenização. danos material e moral. responsabilidade civil objetiva. Teoria da “perda de uma chance”. Recurso conhecido e provido. Embargos Infringentes nº 2002.005.00446. Relator: Desembargador Werson Rego. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2004. “Há casos em que não se busca

Demanda de responsabilidade civil por erro de diagnóstico prescrevendo relaxante muscular para caso de tuberculose vertebral gerando paraplegia, situação em que se aplicou a teoria da perda de uma chance, impondo-se a obrigação de reparação por dano moral. ...*"O perito vislumbrou erro de diagnóstico, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da real doença que acometia o autor, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (perte d 'une chance), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. Salienta o vistor, no entanto, que a perda de chance no caso é somente da cura e não da continuidade da vida. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade da prestadora de serviço médico, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico. A responsabilidade no caso atinge apenas o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o errôneo diagnóstico provocou no autor, até que a diagnose correta fosse realizada, dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Não há responsabilidade, no entanto, pelo estado físico atual do autor, uma vez que o perito foi bastante claro ao dizer que o retardo no diagnóstico não constitui a causa imediata das seqüelas produzidas pela doença. Em tal perspectiva, não procedem os pedidos de ressarcimento dos danos materiais, já que a incapacidade física do autor resulta da própria doença e não do serviço médico mal prestado na fase do diagnóstico."*³⁵ (iv) Igualmente, o E. TJRS, Décima Câmara Cível, na Apelação Cível 70013036678, em demanda de respon-

uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo que, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. *O médico terá descumprido, neste caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável.* Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexa causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando há quase 20 anos aquela que se chama doutrina *da perda de possibilidades de sobrevivência*.

³⁵ Ap. 2005.001.44557. 17ª C. Cível. DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 29/03/2006.

sabilidade civil por erro médico que resultou na morte de recém-nascido. Considerou a evidência da imprudência praticada pela profissional, que optou por aguardar o agravamento de uma situação que já era grave para realizar a cesariana, aplicando no caso, ainda, a teoria da perda de uma chance, oriunda do direito francês, por entender que se a cesariana tivesse sido realizada logo, talvez o nefasto evento morte, não ocorresse.³⁶ (v) No mesmo diapasão proclamou o E. TJRS (5ª Câmara Cível), impondo a responsabilidade civil ao nosocômio pela falha do atendimento hospitalar, considerando que paciente portador de pneumonia bilateral teve tratamento domiciliar ao invés de hospitalar, aplicando *in casu* a teoria da perda de uma chance de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. No caso, não se pode afirmar que o médico causou o dano morte do paciente, porquanto tal fato pode originar-se de fator endógeno ou natural; no entanto, o nexo de causalidade vinculando o hospital se afigura na má prestação de serviço e o dano sofrido se limita ao valor do prejuízo resultante da perda de uma chance de sobrevivência³⁷. Com relação à responsabilidade civil de profissional liberal, afigura-se possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, como expõe a doutrina José de Aguiar Dias³⁸: *A perda de prazo é a causa mais freqüente da responsabilidade do advogado. Constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são de direito expresso e não se tolera que o advogado o ignore.*” Em seu estudo cita obra de Savatier retratando decisão do Tribunal de Karlsruhe, na Alemanha, em 04.11.33. Nesse diapasão lecionam Caio Mário da Silva Pereira e Philippe le Tourneau³⁹, conforme doutrinas transcritas no início desta exposi-

³⁶ TJRS- 10ª Câmara Cível, Apelação 70013036678Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 22/12/2005).

³⁷ TJRS(5ª Câmara Cível). Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. 1. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (*perte d'une chance*) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido. Apelação Cível nº 596070979. Relator: Desembargador Araken de Assis. Porto Alegre, 15 de agosto de 1996. “.

³⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. v. 1, 5ª edição. Rio: Forense, p. 330. “Aduz que :...” *um advogado foi acionado pelo cliente, que lhe exigia indenização dos prejuízos decorrentes do fato de o não haver advertido das possibilidades de prescrever o crédito, a respeito do qual lhe fizera uma consulta. O profissional defendeu-*

ção. Na mesma perspectiva seguem os posicionamentos jurisprudenciais. I) do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (i) Apelação Cível. Processo nº 2003.001.19138. Décima Quarta Câmara Cível. Condenação de profissional advogado pelo Tribunal impondo-lhe sanção por danos morais em razão de perda de prazo recursal, em situação que revela, *ipso facto*, prejuízo pela perda de uma chance da parte de rever a decisão monocrática em segundo grau de jurisdição. (ii) 10ª. Câmara Cível. Apelação Cível. Processo nº 2003.001.29927. Implicou-se a responsabilidade civil/consumerista subjetiva do advogado que deixou de cumprir obrigação a seu cargo, violando por negligência norma do artigo 14, § 4º. da Lei 8.078/90.⁴⁰ O E. TJRGS, por sua vez, (i) na Apelação Cível nº 70005473061, aplicou a teoria da perda chance embasada do suporte fático seguinte: ... “ *Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por aci-*

se, invocando decisão do Tribunal Supremo, de 1910, pronunciando-se pela não prescrição. O tribunal de Karlsruhe, entretanto, em 4.11-33, acolheu o pedido em todos os seus termos, estabelecendo que o advogado tem obrigação de informar o cliente, com o maior detalhe, das possibilidades e circunstâncias do negócio jurídico submetido a seu estudo, para dar parecer, a fim de que o consulente adote todas as medidas necessárias à defesa dos interesses confiados à sua perícia profissional (Juristische Wochenschrift, nº 19, 12-5-34).

¹⁹TOURNEAU, Philippe. Droit de la responsabilité., nº 676, Paris: Dalloz, 1998, p. 2151x.

⁴⁰ TJRJ. (i) 14ª. Câmara Cível. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. EXERCÍCIO CULPOSO DA PROFISSÃO. PRAZO PARA RECURSO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO. DANO MORAL. MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Apelação Cível. Processo nº2003.001.19138. Data de Registro: 13/11/2003. Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível. DES. Ferdinando do Nascimento. Julgado em 07/10/2003. (ii) TJRJ. 10ª. Câmara Cível. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO DEFECHADA EM FACE DO ADVOGADO, QUE DEIXOU DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO A SEU CARGO. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR SÃO O ATO ILÍCITO, O DANO E O NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, A TEOR DO ART. 14, PARÁGRAFO 40, DO CDC. ATO ILÍCITO DECORRENTE DA NEGLIGÊNCIA. PREJUÍZO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE. RECURSO PROVIDO. Apelação Cível. Processo nº2003.001.29927. Data de Registro: 10/05/2004. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. DES. Luisa Cristina Bottrel Souza. Julgado em 02/12/2003. (iii) TJRJ. 18ª. Câmara Cível. Ap. 2005.001.42727. JDS. DES. JOAO BATISTA OLIVEIRA LACERDA - Julgamento: 20/12/2005.

dente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva para o insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916." TJRGS (ii). Ação de indenização por danos materiais e morais contra sindicato pela não inclusão do nome da autora em demanda trabalhista. O E. Tribunal entendeu que o demandado deve ser responsabilizado pelos prejuízos originados da perda de uma chance experimentada pela autora, ao deixar de incluir seu nome no rol dos reclamantes e não ter sua pretensão examinada e acolhida no Juízo Trabalhista, como ocorrido com seus colegas de trabalho. Fixou-se o dano material tendo como paradigma outro funcionário. Proclamou-se, ainda, que o dano moral deve ser fixado, considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo-se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano, acolhendo-se o apelo com fulcro na teoria da perda de uma chance em demanda trabalhista. O E. TJRJ, 18ª. Câmara Cível, decidiu caso concreto de aplicação relativa a advogado do sindicato que ajuizou demanda trabalhista depois do transcurso do prazo prescricional – ... *“Tendo o associado perdido a chance de ver sua pretensão apreciada pela Justiça Obreira, em face do transcurso do prazo prescricional para o ajuizamento da ação, decorrente da desídia do profissional indicado pelo sindicato, deve a entidade de classe ser responsabilizada pelos prejuízos originados pela perda da chance experimentada pelo autor. Responde o sindicato por culpa in eligendo. Exegese do art. 1.521, inciso III, do CCB/1916. Ainda que não houvesse obrigatoriedade de aceitação, era dever do sindicato a fiscalização dos serviços prestados pelo advogado indicado. Apresentada a prova de que o profissional estava autorizado a prestar os serviços para o associado, era ônus do sindicato a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC). Valores buscados na demanda trabalhista, não impugnados pelo requerido, que devem servir de base*

para o quantum indenizatório.” Nessa perspectiva, a falta de diligência e prudência do advogado ou da entidade representativa de classe configurando culpa no estrito sentido caracteriza suporte fático violador de norma do CPDC (art. 14, § 4º, da Lei nº 8.078/90) ou do Código Civil (156 ou 189 do diploma atual), evidenciando, *ipso facto*, na conduta contrária ao dever jurídico esperado na defesa dos interesses do constituinte o elemento constitutivo do ilícito (*fattispecie*). Assim, não sendo observado o dever de diligência e prudência profissional ou da entidade de classe em conduta culposa que possibilite danos ou prejuízos ao cliente ou filiado por fato consumado em perda de uma chance, impõe-se a reparação correspondente à proporcional e adequada estimativa judicial dos prejuízos causados pela frustrada probabilidade séria de aproveitamento. Em *demanda entre consorciado e administradora do consórcio*, o E. TJRJ aplicou a teoria da perda de uma chance de participar de assembléia de que sairia vencedor o lance entregue pelo autor à funcionária da respectiva administradora, que não o encaminhou a tempo, daí decorrendo a frustração do autor, de modo a retirar-lhe a paz interna e o próprio equilíbrio emocional, configurando-se a responsabilidade civil da administradora por danos morais.⁴¹

7. Conclusão. No direito brasileiro neste início do terceiro milênio predomina a tese da responsabilidade civil objetiva ou sem culpa provada, como denotam dois grandes seguimentos legislativos no direito público e privado expressos nos artigos 37, § 6º, da CRFB/88 e 12 e 14 da Lei 8.078/90, enriquecidos, no entanto, pelas teorias

⁴¹TJRJ. Ap. 2005.001.02659. Des. Maurício Caldas Lopes - Julgamento: 22/03/2005 - Segunda Câmara Cível. Consórcio para aquisição de veículo. Obrigação de fazer. Pedido prejudicado. Assembléia Geral. Participação não comprovada. Ressarcimento dos danos. Ação ordinária. Consórcio de automóveis. Obrigação de fazer prejudicada, entregue que fora o carro ao autor. Danos morais. Perda da chance de participar de assembléia de que sairia vencedor o lance entregue pelo consorciado à funcionária da respectiva administradora, que acabou por não encaminhá-lo a bom tempo. Dano que, no caso, tem muito mais sabor de dano material - quando o demonstrasse o autor, em sua concreta realidade, como ocorreria, v.g., quando destinado à utilização para o desempenho de determinada e remunerada atividade - do que de índole moral, que se constitui, basicamente, de lesão a direito da personalidade, e que, no caso, não está evidentemente em jogo. Por certo que frustrou-se o autor - de cujo depoimento, aliás, se recolhe atilado senso de oportunidade - mas daí a extrair-se dor ou sofrimento moral íntimo e profundo, de modo a retirar-lhe a paz interna e o próprio equilíbrio emocional, vai distância que não se atreve o órgão Julgador a vencer, sem maiores pudores, sobretudo quando o *quod plerumque accidit* aponta em sentido diverso. Recurso não provido.

subjetiva, da inversão do ônus da prova e ecléticas, dentre as quais a teoria da perda de uma chance. Na análise do caso concreto em sede de responsabilidade civil, afigura-se indispensável a identificação do nexo etiológico ligando a conduta censurável do agente, como causa necessária à produção do resultado, dano injusto ou prejuízo perpetrado a pessoa inocente. A conduta censurável consiste na falta jurídica comissiva ou omissiva por violação do dever jurídico de diligência ou prudência. Considera-se como pessoa inocente a que não deu causa ao fato. O dano ou prejuízo é sempre injusto. Não existe dano “justo”, mas justificável, segundo o direito positivo. O dano injusto ou prejuízo material ou moral causado a pessoa inocente não mais se compreende como perda ou diminuição de um patrimônio, mas, como violação de um interesse juridicamente protegido, em razão da proteção do bem imaterial ou moral, a partir da exigência constitucional de respeito à vida, à liberdade, dignidade da pessoa humana e da propriedade (art. 1º., III, 5º., caput, X e XXII da CRFB/88). A teoria da perda de uma chance exsurge revitalizada no contexto atual como instrumento indispensável à realização da Justiça por três razões básicas. *Primeira*, o estudo do caso permite a identificação do dano injusto ou prejuízo causado resultante da conduta censurável do agente em fato já consumado pela perda de uma chance ou possibilidade de sucesso em pretensão séria e razoável, garantido como interesse juridicamente protegido. O pressuposto fático da perda de uma chance configura na ordem jurídica dano ou prejuízo injusto de ordem material ou moral causado por falta de diligência e prudência do agente em fato já consumado de probabilidade certa, não hipotética. *Segunda*, na reparação do dano certo causado pela perda de uma chance, arbitrar-se-á a indenização em valor correspondente a esse efetivo prejuízo (*perte d'une chance*), que não se confunde com a indenização por dano ou prejuízo de maior expressão causado por nexo etiológico não imputável ao demandado, ex-vi de caso de omissão médico-hospitalar pela demora no atendimento do paciente em situação de emergência e de possível salvamento ou erro grosseiro de diagnóstico, resultando, afinal, em dano mais grave ou morte. *Terceira*, na aplicação da teoria da perda de uma chance, no caso concreto,

impõe-se uma quantificação minorada da indenização ou reparação material ou moral (art. 944, parágrafo único, do Código Civil), considerando os elementos seguintes: (i) a intensidade mínima da falta não intencional ou culposa, por negligência, imprudência ou imperícia, notadamente, leve ou levíssima (art. 186 do Código Civil/02). Igualmente, nas teorias objetivas ou sem culpa provada, abrangendo a consumerista (arts. 37 § 6º. da CRFB/88 ou 12 e 14 da Lei 8.078/90, etc.); (ii) os danos ou prejuízos materiais ou morais perpetrados pela perda de uma chance reclamam quantificação muito inferior à que seria aplicada pela prática de mal maior perpetrada por falta intencional ou pesada, na expressão do dolo direto ou indireto; (iii) a quantificação dos danos ou prejuízos deve ser proporcional à gravidade da falta jurídica e do prejuízo causado pelo fato consumado da perda de uma chance, nem sempre correspondente ao mal maior, se existente, porém causado por fato não imputável ao demandado, considerando, ainda, as circunstâncias fáticas para compatibilizar o valor da indenização ou reparação com a expressão axiológica do interesse jurídico violado (*perte d'une chance*), nas perspectivas dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e Justiça. ☺