



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

INGRID LEISSE VALES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**TERESINA
2018**

INGRID LEISSE VALES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada à
Universidade Estadual do Piauí –
UESPI, na área de concentração de
Direito Civil, como pré-requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em
Direito.**

**Prof. Orientador: Me. Virgílio Madeira
Martins Filho**

TERESINA

2018

INGRID LEISSE VALES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada à
Universidade Estadual do Piauí –
UESPI, na área de concentração de
Direito Civil, como pré-requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em
Direito.**

**Prof. Orientador: Me. Virgílio Madeira
Martins Filho**

Data da aprovação: Teresina, ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Me. Virgílio Madeira Martins Filho

Banca Examinadora

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A conclusão da graduação em Direito é um de muitos dos meus sonhos. E sabemos, que nenhum sonho se constrói sem a ajuda e participação de muitas pessoas especiais. Assim, esse é o momento oportuno de agradecer àqueles que tornaram esse sonho em realidade.

Em primeiro lugar agradeço à minha família, por estarem presentes em cada uma das etapas da minha vida: à minha mãe, que me viu estudar nas madrugadas, aos meus irmãos, minha cunhada, meus sobrinhos e ao meu namorado, que entendiam ser essa uma etapa importante a ser cumprida.

Agradeço ao meu grande amigo e mestre, professor Virgílio Madeira Martins Filho, por ser uma inspiração de ser humano, excelente profissional, e orientador nessa monografia de conclusão de curso. Sem sua inspiração e ajuda teria sido muito mais difícil a conclusão dessa jornada.

Aos amigos, que me aconselharam a seguir em frente para a execução da monografia em tempo hábil, que respondiam às minhas mensagens sobre as dúvidas relativas às formatações e que sempre me incentivavam com palavras positivas, meus sinceros agradecimentos.

Agradeço, também, aos meus colegas de trabalho, em especial ao Marcelo Diniz, por ter compreendido que essa era uma etapa importante a ser cumprida para a finalização da jornada acadêmica.

Por fim, dedico os meus agradecimentos a todas as pessoas que, de forma direta e indireta, contribuíram para o alcance desse sonho.

RESUMO

A responsabilidade civil pela perda de uma chance vem desenvolvendo discussões teóricas e práticas da sua aplicação para identificar um novo tipo de dano a ser reparado: o decorrente da perda de uma chance por uma vítima que teve seu objetivo frustrado por interferência de outrem. O presente estudo bibliográfico teve como característica a análise da responsabilidade civil pela perda de uma chance e seus pressupostos fundamentais. Com o desenvolvimento da sociedade, o foco primordial de reparação de danos deixou de ser a busca pelo culpado para priorizar o foco no ressarcimento da vítima. Embora já utilizada na França e Itália por muitos anos, no Brasil apresenta a sua primeira aplicação no ano de 1990. Na legislação brasileira, esse tema não é apresentado de forma explícita. A jurisprudência e a doutrina passaram a ser decisivas na resolução dos novos casos de reparação surgidos com o desenvolvimento da sociedade. É apresentado os elementos fundamentais da responsabilização civil e demonstrado a diferenciação destes em relação à aplicação na teoria da perda de uma chance e estabelecido alguns critérios adotados no Brasil para a quantificação da reparação do dano.

Palavras-chave: Chance. Dano. Responsabilidade. Teoria.

ABSTRACT

The civil responsibility for the loss of a chance has been developing theoretical and practical discussions of its application to identify a new type of damage to be repaired: that one from the loss of a chance by a victim who has had frustrated his/her objective by interference from another. The present bibliographic study had as characteristic the analysis of civil responsibility for the loss of a chance and its fundamental presuppositions. By the development of society, the primary focus of damage repair is no longer the search for the culprit to prioritize the focus on reimbursing the victim. Although already used in France and Italy for many years, Brazil presents its first application in the year 1990. In Brazilian legislation, this theme is not presented explicitly. Jurisprudence and doctrine have become decisive in resolving new cases of reparation arising from the development of society. It presents the fundamental elements of civil accountability, demonstrates the differentiation of these in relation to the application in the chance loss theory and establishes some criteria adopted in Brazil for the damage quantification repair.

Keywords: Chance. Damage. Responsibility. Theory

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--------------------------------|
| AgRg | Agravo Regimental |
| CC | Código Civil |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CF | Constituição Federal |
| REsp | Recurso Especial |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 RESPONSABILIDADE CIVIL | 10 |
| 1.1 Evolução da reparação dos danos na sociedade..... | 10 |
| 1.2 Espécies de responsabilidade civil | 13 |
| 1.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA..... | 14 |
| 1.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA | 15 |
| 1.2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL | 18 |
| 1.2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL | 19 |
| 1.2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DIRETA | 20 |
| 1.2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA..... | 20 |
| 1.3 Funções da responsabilidade civil | 21 |
| 2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 23 |
| 2.1 Conduta Humana..... | 23 |
| 2.2 Culpa | 25 |
| 2.3 Nexo de causalidade | 28 |
| 2.3.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES..... | 29 |
| 2.3.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA..... | 29 |
| 2.3.3 TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO | 29 |
| 2.4 Dano | 32 |
| 3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 36 |
| 3.1 A compatibilização da teoria da perda de uma chance com a legislação brasileira | 38 |
| 3.2 Natureza jurídica do dano pela perda da chance | 39 |
| 3.3 Elementos fundamentais para aplicação da teoria da perda de uma chance | 40 |
| 3.3.1 CHANCES SÉRIAS E REAIS..... | 41 |
| 3.3.2 PROBABILIDADE DA CHANCE PERDIDA..... | 43 |
| 3.3.3 CAUSALIDADE | 44 |
| 3.3.4 PROVA DO DANO | 45 |
| 3.4 Quantificação do dano..... | 46 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 49 |
| REFERÊNCIAS..... | 52 |

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois quando há a prática de um ato ilícito, há a obrigação para seu autor, de reparar o dano, havendo, portanto, um dever jurídico originário, cuja violação gera uma indenização do prejuízo, que é o dever jurídico secundário.

Há inúmeras atividades humanas na vida social e, conseqüentemente, uma variedade de espécies de responsabilidade abrangendo o campo jurídico, como a responsabilidade civil e a criminal, e o aspecto moral. Dessa maneira, o objetivo do presente estudo, é, de forma específica, abordar a responsabilidade civil pelo viés da perda de uma chance, visto que a perda da obtenção de uma vantagem em razão da conduta de outrem, poderá levar o ofensor a arcar com pagamento pecuniário à vítima, ou restaurar o estado anterior da coisa.

Embora a responsabilidade civil pela perda de uma chance não se encontre estabelecida com esse título no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente a doutrina e a jurisprudência vêm instituindo os contornos teóricos e práticos da sua aplicação para identificar esse novo tipo de dano a ser reparado: o decorrente da perda de uma chance por uma vítima que teve seu objetivo frustrado por interferência de outrem.

Para a compreensão desse estudo, foi necessário, no capítulo inicial, percorrer às origens da responsabilidade civil abordando brevemente sua evolução, visto que as inúmeras transformações sofridas por esse instituto nos últimos tempos, fizeram com que seus pressupostos iniciais fossem substituídos em seus conceitos e critérios por novas abordagens, a fim de se adequarem às novas exigências econômicas e sociais, pois houve uma expansão dos interesses lesados. Foi realizada, também, uma abordagem teórica do instituto da responsabilidade civil, percorrendo conceitos, espécies e funções da sua atuação no direito civil brasileiro.

No segundo capítulo, foram tratados os elementos base da responsabilidade civil, enfatizando-se quais as características que esses pressupostos devem ter para serem considerados passíveis de responsabilização no caso concreto, gerando a busca pelo ressarcimento da vítima quando decorrente de um dano provocado por outrem. Além disso, foram abordadas algumas divergências doutrinárias existentes sobre quais os principais elementos a serem considerados na formação da responsabilidade civil, visto que com a evolução da sociedade houve modificações

quanto aos significados dos parâmetros pelos quais se selecionavam os prejuízos passíveis de ressarcimento no passado.

Por fim, trata o terceiro capítulo da teoria da perda de uma chance, estabelecendo seus principais conceitos e características, a fim de formar um conhecimento geral sobre o assunto, incluindo inclusive, algumas interpretações de casos realizados pelos juristas brasileiros decorrentes da aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, demonstrando quais os elementos fundamentais que devem estar presentes na aplicação da teoria da perda de uma chance, bem como relacionar como é utilizada a quantificação do dano na reparação pela perda de uma chance.

Dessa maneira, o atual tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance ganha cada vez mais destaque na sociedade, cuja evolução e mudanças tornou a busca por indenizações cada vez mais recorrente nas esferas judiciais brasileiras, merecendo, portanto, uma reflexão sobre a possibilidade do ressarcimento quando há a perda de uma oportunidade ocasionada por alguém.

Assim, esse estudo não tem, contudo, a pretensão de esgotar a discussão a respeito do tema, mas de instigar a discussão sobre esse novo tipo de dano a ser indenizado que vem sendo objeto de análise pelos juízes brasileiros, cada vez em maior escala.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A acepção que se faz da palavra responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação de reparação do prejuízo de alguém e do reestabelecimento do equilíbrio, pois toda ação do homem permeia o campo da responsabilidade. Esse interesse no retorno ao estado anterior de equilíbrio é a fonte geradora da responsabilidade civil, pois quando há uma agressão a um interesse particular ocasionando danos, o infrator é sujeito ao ressarcimento da vítima.

Na pré-história da responsabilidade civil, pode-se situar a vingança como a primeira forma de reação contra danos provocados a alguém. Entretanto, as transformações sofridas pela sociedade fizeram com que esse modelo de reação fosse mitigado e substituído por novas metodologias para obtenção do ressarcimento dos danos lesados. Realçando esse assunto, Schreiber (2015, p.4) afirma que houve expansão dos direitos lesados na sociedade, pois com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a definitiva consagração da tutela de interesses existenciais e coletivos, e com a conquista da ciência jurídica contemporânea, ampliou-se imensamente o objeto protegido do direito em face da atuação lesiva. Assim, é necessário percorrer às formas de reação encontradas pela sociedade para obter compensações sobre danos ocasionados por alguém.

1.1 Evolução da reparação dos danos na sociedade

A sociedade passou ao longo dos anos por inúmeras transformações acarretando a conquista de direitos e a obrigação de uma série de deveres a se cumprir. A inclusão dos maquinários nas fábricas, a produção em série das indústrias, os aumentos da jornada de trabalho, entre outros fatos, geraram questionamentos e buscas por direitos, por justiça e por indenizações de todas as espécies.

Dessa maneira, é necessário uma breve abordagem sobre como a sociedade reagiu para conseguir reparar danos ocasionados ao longo do tempo. Segundo Ferracini (*apud* GUILHERME, 2011, p.45), não era possível afirmar que no direito primitivo já havia uma noção exata de responsabilidade individual por danos. O que havia era a retaliação dos integrantes de determinado grupo ante a prática de

ato lesivo por membro de outro, o que se convencionou denominar vingança coletiva. Assim, surgiu a Pena de Talião, conferindo ao ofendido a possibilidade de infligir ao agressor o mesmo ato por ele praticado, tornando a responsabilidade pelos danos individual.

Compartilha deste ponto de vista, Gagliano e Pamplona (2017, p.58) ao afirmar que a origem do instituto responsabilidade civil advém das civilizações pré-romanas, baseadas na forma de uma vingança privada relativa a uma reação pessoal contra o mal sofrido. É uma “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal” (LIMA *apud* GONÇALVES, 2018, p.24).

Após esse período, Gonçalves (2018, p.25) observa que sucedeu o da composição a critério da vítima, visto que o prejudicado passaria a receber algumas vantagens, através de uma compensação econômica pelo dano ocasionado pelo ofensor. Assim, o legislador passou a vedar a vítima de fazer justiça com as próprias mãos, e a compensação econômica, que antes era voluntária, tornou-se obrigatória e tarifada, pagando-se ao estado um valor pelo prejuízo realizado, sendo esta a época do código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas.

Assim, percebe-se que nos primórdios da humanidade não se cogitava o fator culpa, nem mesmo a distinção entre a pena e a reparação.

Nesse passo, Diniz (2015, p.28) arremata que a *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, pois o lesante deveria suportar o ônus da reparação através de seu patrimônio se tivesse agido com culpa, de forma que estaria isento se tivesse procedido sem culpa.

Alves (*apud* GUILHERME, 2011, p.47), complementa o assunto ao relatar que era necessário para a aplicação da lei, que se conjugassem três requisitos: a *iniuria*, relacionada ao dano contrário ao direito (visto que não cometia dano aquele que causasse prejuízo a alguém por estar exercendo um direito próprio, ou por agir em legítima defesa ou em estado de necessidade); a culpa, resultado de ato positivo do agente (praticado com dolo ou culpa), e não simplesmente de omissão; e o *damnum*, relacionado ao prejuízo oriundo da ação praticada pelo ofensor. Houve, portanto, uma inovação trazida por essa lei, pois deslocou o fator de imputação de responsabilidade a um indivíduo pela simples constatação de um dano para o

conjunto entre prejuízo e vontade, de modo que para sua responsabilização, ele deveria ter agido com culpa.

Na sequência, enfatiza Maria Helena Diniz (2015, p.28), que a distinção entre a responsabilidade civil e a penal decorreu na idade média, com a estruturação da ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*, entretanto, a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat, responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil, cujas ideias vieram a ser adotadas pelo Código Civil francês, que influenciou quase todas as legislações, cuja culpa era o fundamento da responsabilização para o ressarcimento do dano.

Dessa maneira, explicam Gagliano e Pamplona (2017, p.60), a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, abstraindo a concepção de pena para substituí-la pela ideia de reparação do dano sofrido, foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, representado pelo Código Civil Napoleônico, que influenciou, inclusive, o Código Civil brasileiro de 1916.

Ademais, realçando o tema, Gonçalves (2018, p.26) afirma, que o direito francês, pouco a pouco aperfeiçoou as ideias românticas estabelecendo um princípio geral de responsabilidade civil, conforme se verifica nas suas palavras:

Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima), da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Conforme Ferracini (*apud* GUILHERME, 2011, p.53), com a elaboração do Código Civil de 2002, o legislador admite que, não só casos de danos materiais, como os relativos à honra e os morais estariam sujeitos à reparação de prejuízos, sendo considerados como atos ilícitos ou abuso de direito, estatuinto, também, a responsabilidade civil objetiva não só do Estado, mas de qualquer pessoa que desenvolva atividade que cause danos e que, por disposição legal seja considerada de risco.

Assim, o Código Civil de 2002 consagrou a responsabilidade civil em vários aspectos, criando novas maneiras de aplicação da lei, fazendo com que o direito

seja vislumbrado dentro de uma função social, tornando a restituição ou indenização pelo ofendido uma maneira de sancionar o causador do dano, evitando-se novas ofensas a qualquer pessoa, por meio de penalizações significativas.

Por fim, com o desenvolvimento da sociedade e surgimento de novos casos concretos e de diversos tipos de danos, como o ocasionado por uma chance perdida, houve o surgimento de novas teorias baseadas numa maior proteção à vítima. É o que se observa com o surgimento da Constituição de 1988, que trouxe diversas inovações na área da responsabilidade civil, como em seu art. 5º, incisos V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, garantindo a reparação não só de danos patrimoniais, como à honra, morais ou à imagem. Apresentou, também, no art. 37 §6º, a responsabilidade objetiva do Estado quando especifica que

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.

Dessa maneira, a insuficiência da culpa para cobrir todos os danos, a extensão de danos ressarcíveis da vida moderna (incluindo-se aqui o dano pela perda de uma chance) e o acréscimo do número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil, criaram espécies de responsabilidade civil quanto ao fato gerador, ao fundamento e ao agente causador do dano.

1.2 Espécies de responsabilidade civil

Na sociedade contemporânea, o desafio para a teoria jurídica é elaborar uma teoria da responsabilidade que se adeque às novas exigências econômicas, à ampliação dos danos ressarcíveis e às constantes mudanças sociais. Não há mais como servir de modelo o Código de Napoleão, ou o direito romano, quanto a obter o ressarcimento do dano apenas se provasse a culpa do ofensor, pois a exigência de demonstração da culpa tornava-se um perverso filtro capaz de barrar muitas

demandas indenizatórias, visto que por muitas vezes não se conseguiria prová-la ficando as consequências a cargo dos ofendidos.

Sobre essa necessidade de mudanças nas teorias do direito devido à evolução da sociedade, é importante observar a exposição de Ascensão (*apud* ROSENVALD, 2014, p.11), que afirma que deve haver consciência da necessidade de mudança para que se possa encontrar novas categorias que se adeque à realidade em evolução, apontando-se para um direito em que se tenha mais princípios que regras, em que suas cláusulas gerais rejuvenesçam constantemente o sistema.

Assim, a responsabilidade civil, enquanto fenômeno jurídico, apresenta-se como um conceito único, entretanto, em razão das peculiaridades dogmáticas foi necessário o estabelecimento de uma classificação sistemática para melhor compreensão do assunto, dividindo-se quanto à culpa em responsabilidade jurídica subjetiva e responsabilidade jurídica objetiva; quanto à natureza da norma jurídica violada, em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual; e quanto ao agente praticante da ação, em responsabilidade direta e responsabilidade indireta.

1.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A culpa era considerada um dos fatores essenciais para se definir o que era ou não passível de ressarcimento anteriormente. Se o ofensor tivesse culpa pelo ocorrido, a indenização poderia ser solicitada e era realizada uma análise do caso para verificar qual o grau de culpa que ele possuía. Entretanto, esse foco na culpa vem se diluindo, deixando de ser essencial para a possibilidade de ressarcimento de um prejuízo. Dessa maneira a responsabilidade civil passou a especificar e detalhar as suas subdivisões e tratou especificadamente de casos cujo foco é a culpa na chamada responsabilidade subjetiva.

Gonçalves (2018, p.48) afirma que é considerada subjetiva a responsabilidade quando esta se esteia na ideia de culpa, e quando a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

Essa ideia pode ser verificada, no art. 159 do Código Civil de 1916, pois já havia a especificação de que apenas atos ilícitos praticados contra legis e de forma culposa eram capazes de gerar efeito ressarcitório. Atualmente, a legislação pátria

também trouxe o dever de reparação, vinculando-o à necessidade de se demonstrar a culpa daquele que cometeu o ato ilícito. É o que se constata no art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nesse passo, pondera Amaral (2015, p. 35) relatando que a responsabilidade subjetiva possuía no seu bojo a culpa do agente, que deveria ser comprovada para causar a obrigação indenizatória, pois a responsabilização apenas se configuraria se este tiver atuado com dolo ou culpa. Enfatiza, entretanto, que o princípio da culpa como lastro da responsabilidade extracontratual abriu exceções à responsabilidade por risco, criando-se um sistema misto de responsabilidade, podendo este ser do tipo subjetivo ou objetivo.

Diz a autora, para facilitar o entendimento desse instituto, que quando baseia-se na prova de culpa do agente, a teoria utilizada é denominada teoria da culpa ou subjetiva, segundo a qual a prova da culpa lato sensu, abrangendo o dolo ou stricto sensu, baseia-se em pressuposto do dano indenizável. Dessa maneira, essa teoria consagra a prova da culpa do ofensor, visto que a culpabilidade não se presume, pois a não responsabilização é a regra, e a responsabilidade é a exceção.

Pode-se observar, então, que na responsabilidade subjetiva, a conduta do agente será analisada, averiguando-se a existência de nexos causal entre essa conduta e o resultado percebido pela outra parte.

Há de se observar, portanto, que a multiplicação de oportunidades de o agressor se esquivar da responsabilidade pelo dano, acrescido do aumento dos tipos de dano indenizáveis, tornou inadequada existir apenas essa teoria para valer-se da busca do ressarcimento dos danos, visto esta ser incompatível com as mudanças ocorridas com o desenvolvimento da sociedade, dessa maneira foi instituída a teoria objetiva.

1.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Com o passar do tempo e com as mudanças da sociedade, percebeu-se que nem todos os casos eram passíveis de serem tratados como culpa em seu sentido genérico. Algumas situações tornaram-se tão distintas que foi preciso que outras teorias fossem criadas para incluírem essas novas situações para que pudesse

haver o ressarcimento por danos. Assim, houve o desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva, que incluiu casos expressos em lei, em que, a culpa não era fator determinante para a reparação de prejuízos.

Assim, o Código Civil de 2002, englobou essas duas espécies de responsabilidade: subjetiva (baseada na teoria da culpa) e objetiva (fundamentada na teoria do risco), estabelecendo que, embora apresente como regra a responsabilidade civil subjetiva, em algumas situações, a lei impõe a reparação de um dano independente de culpa, a denominada teoria do risco ou objetiva. Explica Gonçalves (2018, p.48) que a responsabilidade é legal ou “objetiva” porque prescinde da culpa e satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Além disso, essa teoria teria como base que todo dano é indenizável e deve, caso haja nexo de causalidade com o dano, ser ressarcido. Nesse caso, a culpa pode ou não existir, porém, será irrelevante para a configuração de indenização, sendo instituída como teoria do risco ou subjetiva.

A inovação trazida pela teoria do risco, apresentou-se como um novo fundamento da responsabilidade civil, conforme demonstrado por Amaral (2015, p.35), quando menciona que aquele que por meio de sua atividade, crie um risco de danos a terceiros, deverá ser responsabilizado, embora estejam isentos de culpa, bastando, para tanto, existir o dano e o nexo causal com o fato danoso para justificar a responsabilidade civil do agente. E é devido a isso que atividades perigosas passaram a figurar como fundamento da responsabilidade civil.

Ademais, embora a regra geral pelo ordenamento jurídico seja a responsabilidade subjetiva, o legislador previu alguns artigos destinados a casos em que se deve buscar a reparação do dano utilizando-se da responsabilidade objetiva, como em casos de abuso de direito (art. 927 do CC), fato do produto (art. 931 do CC), fatos de outrem (art. 932,933 do CC), atividades de risco (parágrafo único do art. 927), fato da coisa (arts. 936-938 do CC), conforme se observa nos seguintes artigos:

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.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

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

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

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

Além disso, a responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo pode ser encontrada nos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, que especifica

o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de 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 a utilização e riscos.

Sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, a Constituição Federal ressalta no §6º, do art. 37 que estes 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.

Dessa maneira, é de suma importância as observações que Amaral (2015, p.37) faz sobre a responsabilização objetiva de que trata o Código Civil de 2002, pois enfatiza que o legislador buscou inspirações nas razões de ordem prática e social, de modo que o indivíduo mantivesse sua dignidade, evidenciando a sustentação do direito nos princípios da operabilidade, eticidade e socialidade, visto que relegou para o plano secundário a patrimonialidade. Assim, o fato de em certas ocasiões não ser necessária a comprovação da culpa eleva os princípios basilares da dignidade da pessoa humana, não deixando com que o ofendido arque com o ônus do dano sofrido.

Por fim, Miguel Reale (*apud* GONÇALVES, 2018, p.51) arremata que as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam, pois, deve ser reconhecida a responsabilidade subjetiva como norma, visto que o indivíduo deve ser responsabilizado, por sua omissão ou ação, culposa ou dolosamente. Entretanto, não há de se falar em exclusão da responsabilização objetiva, por que, havendo a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, há a implicação da existência de riscos

inerentes à atividade envolvida, cuja responsabilidade objetiva deverá ser reconhecida. Entretanto, ao se fazer o reconhecimento, deve-se levar em conta a participação culposa ou dolosa da vítima, sua ação ou omissão, bem como se houve cautelas necessárias, considerando-se a totalidade de fatores que ensejaram o nexo causal para obter-se uma visão integral do caso concreto.

Assim, a legislação brasileira admite a coexistência das duas formas de responsabilização, aplicando-se em regra a subjetiva, que coexiste com a objetiva, possuindo ambas, pontos em comum, como a obrigação de indenizar, a causalidade e a extensão dos danos, distinguindo-se, todavia, quanto à culpa, visto que na subjetiva é necessário que seja evidenciada a culpa do agente. E, embora essas considerações decorram do preceito fundamental de que ninguém deve ser lesado por conduta alheia, enfatiza Gagliano e Pamplona (2017, p.64) que a situação se torna mais grave quando a lesão decorre do descumprimento de uma obrigação espontaneamente assumida pelo infrator em função da celebração de um negócio jurídico, isso é, quando há uma responsabilização civil contratual.

1.2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Atualmente, a justiça se depara com inúmeras ações de indenização em virtude de descumprimento de contratos e acordos firmados. Assim, cada caso concreto deverá ser analisado impondo ao ofensor a obrigação pelo ressarcimento, não só material, como moral.

Dessa maneira, explica Venosa (2017, p. 391), que a responsabilidade contratual é aquela que tradicionalmente decorre do contrato, a qual, também, é responsabilidade civil, pois não apenas do contrato emerge essa responsabilidade, mas também de atos unilaterais de vontade, negócios jurídicos, como a gestão de negócios, a promessa de recompensa, testamento, entre outros. Assim, quando há um inadimplemento da obrigação contratual, surge a responsabilidade civil contratual, respondendo o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, além de honorários de advogado, conforme estabelecido no Código Civil de 2002 nos seguintes artigos:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Dessa forma, observa-se na análise da legislação pátria que por esse inadimplemento respondem todos os bens do devedor quanto bastem para o ressarcimento. Entretanto, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Complementa o legislador, ainda, nos arts. 402 a 404 do CC, que salvo algumas exceções previstas em lei, as perdas e danos abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, incluindo os prejuízos e lucros cessantes por efeito da inexecução direta e imediata, sem prejuízo da lei processual, devendo as perdas e danos serem atualizadas monetariamente por índices oficiais.

Ademais, finaliza o assunto Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 16), quando afirma que quando a transgressão se refere a um dever gerado em um negócio jurídico, há um ilícito negocial chamado de ilícito contratual, devido a isso, os deveres jurídicos, comumente tem como fonte os contratos.

Dessa forma, quando há o descumprimento da obrigação pactuada através de um negócio jurídico, estamos diante da responsabilidade civil contratual.

1.2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Há casos em que não há, exatamente, o descumprimento de acordo ou contrato firmado, mas a obrigação do cumprimento decorre de um direito, e o seu ofensor deverá ser responsabilizado pelo dano decorrente do ilícito praticado.

Assim, foram relacionados abaixo algumas características que os principais doutrinadores consideram sobre a responsabilidade civil extracontratual.

A responsabilidade civil extracontratual, ocorre, para Gonçalves (2018, p.45), quando um agente infringe um dever legal, não derivado de um contrato. Nesse caso, aplica-se o disposto no art. 186 do CC, que obriga a todos que causarem prejuízo a outrem, repará-lo. Acrescenta, ainda, que o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente.

Varela (*apud* GONÇALVES, 2018, p.45) complementa que a responsabilidade extracontratual corresponde, também, a violação dos deveres

gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor.

Finalmente, extrai-se da obra de Maria Helena Diniz (2015, p.130) que a responsabilidade extracontratual, é a resultante do inadimplemento normativo ou da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculos entre as partes por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual, isso é, quando a fonte dessa responsabilidade decorre de uma inobservância da lei ou lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica.

Embora haja essa dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual no sistema brasileiro, para alguns autores, como Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 17), o que ocorre, na realidade é uma simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que considera que as regras previstas no Código para responsabilidade contratual, também são utilizadas para a extracontratual, pois em ambas há a violação de um dever jurídico preexistente, entretanto, na contratual, o dever jurídico violado decorre de contrato, e na extracontratual, é ocasionado por descumprimento de lei ou ordem jurídica.

1.2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DIRETA

Será considerada direta a responsabilidade civil proveniente da própria pessoa causadora do dano. Assim, a responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio art. 186 do Código civil, quando estabelece que, de modo geral, quem por ação ou omissão viole direito e cause danos a alguém comete um ato ilícito, devendo ser responsabilizado.

1.2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA

É a responsabilização de um dano por alguém que indiretamente o causou. É quando o autor do dano é um terceiro, que mantém algum vínculo de responsabilidade com alguém, que arcará num primeiro momento, com a responsabilidade do dano ocasionado a alguém.

DINIZ (2015, p. 152), considera como indireta ou complexa a responsabilidade civil que promana de ato de terceiro, com o qual o agente tem

vínculo de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda. É o caso, por exemplo, dos pais, que respondem pelos atos de seus filhos, menores; dos empregadores que respondem por ato praticado por seus empregados e dos donos de animais, que são responsáveis por danos que eles tenham ocasionado.

1.3 Funções da responsabilidade civil

Com a evolução da sociedade, mudaram-se também as funções do ressarcimento do dano provocado. Antigamente, eram baseadas na vingança, e hoje, apresenta-se como uma expressão fluida e exprime “uma ideia de reparação, punição ou precaução, conforme a dimensão temporal e espacial em que se coloque” (ROSENVALD, 2014, p.5).

Destaca ainda o autor citado, que com as modificações sociais floresceu um arcabouço protetivo da personalidade humana, uma tutela da autonomia existencial e tornou-se a boa-fé objetiva um vetor de confiança nas relações obrigacionais. O direito contemporâneo passou a propagar uma cultura mais preventiva, seja por razões éticas, comportamentais e econômicas, de fato que o direito não poderia mais se tornar excludente, nem tampouco a responsabilidade civil. Assim, a preocupação não poderia mais ter por base apenas o patrimônio, mas deveria incluir a vítima, no seu centro, e todos os que, potencialmente poderiam vir a sê-la. Dessa forma, o viés preventivo, apoiado numa visão mais antropocêntrica e conectada ao significado da dignidade da pessoa humana, torna mais equilibrada e solidária a vida em sociedade.

Com base nessas mudanças de foco da reparação do dano, Schreiber (2017, p.8) relata que a responsabilidade passou a ter um caráter social, em que não mais se busca obter somente o patrimônio prejudicado, transferindo-se de um indivíduo a outro o ônus reparatório. Assim, a responsabilidade civil passa a assumir a tarefa de diluir o peso da reparação, tornando mais efetivo e menos litigioso o amparo à vítima, pois a nova função consiste não mais em identificar o culpado, mas em gerir os danos que, inevitavelmente decorrem da convivência social.

Compartilha dessas ideias, sobre as alterações de foco da responsabilidade civil, Tepedino (1999, p.194), pois enfatiza que enquanto a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos

demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir.

Interessante mencionar a exposição de Venosa (2017, p 407), pois entende que a responsabilidade civil não se trata apenas de reparação patrimonial, visto que quando há a obrigação do ofensor de ressarcir o prejuízo, ocorre também um caráter pedagógico, de prevenção, de sanção e de intimidação, não só para o causador do dano, mas para toda a sociedade, para que se evitem perdas e danos futuros.

Rosenvald (2014, p.16) complementa o assunto afirmando que as principais funções da responsabilidade civil são compatíveis e não excludentes: a função de reagir ao ilícito danoso, que tem a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; a de ripristinar o lesado ao status quo ante, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; a função de reafirmar o poder sancionatório do Estado; e a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.

A legislação pátria, também se conectou ao princípio da solidariedade quando impôs, no Art. 927 do CC que algumas atividades, decorrentes do seu risco intrínseco, seriam obrigadas à reparação de danos. Especificou, também, no art. 12 do CC, que podem ser reclamados perdas e danos decorrentes de ameaça ou lesão a direitos de personalidade, enfatizando-se a ação preventiva. Os arts. 12 e 14 do CDC também enfatizam a função prescricional, quando estabelecem que uma atividade ou produto podem sofrer restrições quando apresentem riscos aos consumidores. Dessa forma, a lei passa a induzir os cidadãos a praticar comportamentos socialmente desejáveis, prevenindo danos iminentes e futuros, visto que embora anteriormente, tenha tido a função de punir e reprimir, atualmente, a ideia principal é reestabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana prevenindo ilícitos e tornando a convivência mais harmônica da sociedade.

2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para uma melhor compreensão do tema responsabilidade civil pela perda de uma chance, é necessário saber quais são os elementos formadores da responsabilidade civil, entretanto, não há unanimidade entre os doutrinadores sobre quais e quantos são esses pressupostos. Maria Helena Diniz, Gagliano e Pamplona Sérgio Cavalieri Filho e Caio Mário da Silva Pereira defendem ser três esses elementos: a ação do ofensor, o dano e o nexo de causalidade entre a ação e o dano. Já para Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce, os elementos a considerar, são quatro, pois além dos citados anteriormente, a culpa seria o outro elemento essencial da responsabilidade civil.

Dessa forma, nesse estudo, optou-se por incluir a culpa, em sentido amplo ou genérico, como um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, resumindo-se em quatro os elementos formadores desse instituto: conduta humana; culpa genérica ou ampla (*latu sensu*); nexo de causalidade; e dano ou prejuízo. Assim, foi necessária uma breve exposição sobre cada um desses elementos.

2.1 Conduta Humana

A conduta humana, através da ação ou omissão, é considerada o primeiro elemento essencial da responsabilidade civil. Essa conduta poderá ser ocasionada pelo homem ou por meio das pessoas jurídicas que forma. Assim, sendo obrigatória a conduta humana, alguns fatos da natureza não poderão gerar a responsabilização do dever de indenizar, por não poder ser atribuído ao homem. A ação traduz-se pela prática de um comportamento ativo, como um lançamento de uma pedra num veículo que passa por uma via. Já a omissão, poderá ser representada, como uma forma omissiva ou negativa, geradora de um dano, como o caso de um vigilante que sai do seu local de serviço para comprar um lanche, deixando assim, o local passível de furto.

Essa conduta humana poderá ser claramente identificada no art. 186 do CC mediante análise do seu texto, a saber: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda

que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Assim, as condutas de ação ou omissão, são condutas passíveis de ensejar a reparação dos danos causados.

Sobre o supracitado dispositivo legal, Gagliano e Pamplona (2017, p.77) destacam que a voluntariedade é o núcleo fundamental, pois é a liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Explica o autor que essa voluntariedade, não significa exatamente a intensão de causar o dano, mas sim, a consciência daquilo que se está fazendo, quando se está tanto diante de uma situação subjetiva (calcada na noção de culpa), quanto objetiva (calcada na ideia de risco), pois em ambas as hipóteses, o agente causador do dano deve agir voluntariamente. Exemplifica relatando o fato de uma criança, menor de 16 anos de idade chutar uma bola e quebrar a vidraça de um vizinho. Nesse caso, embora haja incapacidade absoluta da criança e sua falta de consciência da ilicitude do fato, respondem os pais civilmente. Entretanto, caso seja comprovado que embora estivessem na área, a bola tivesse sido deslocada por uma repentina rajada de vento, estaria excluída a responsabilidade civil dos pais. Da mesma forma, na omissão deverá haver a voluntariedade, conforme demonstrado pelos autores na utilização do exemplo citado por Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que relatam o fato de alguém que se acha em meio a uma crise de histeria e não pode gritar para uma pessoa cega que está caminhando para um precipício. Nesse caso, não há voluntariedade em omitir, não havendo, portanto, o reconhecimento da responsabilidade civil.

Em relação à ilicitude da ação, para a responsabilização civil, é necessário que essa ilicitude gere um dano, isso é, pode-se dizer que nem todo ilícito cometido gerará a obrigação de indenizar. Assim como nem todo dano ocasionado é decorrente de um ilícito. É o que se pode observar do art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa ilicitude, portanto, não está automaticamente ligada à responsabilização civil. É o caso, por exemplo, de alguém que, com o seu veículo, atravessa o sinal vermelho, cometendo um ilícito, mas não causando danos a outrem. Nesse caso, o ilícito não gerará a obrigação de indenizar, embora possa gerar outras sanções jurídicas.

O art. 188 do CC, prevê hipóteses de exclusão de ilicitude, que correspondem às condutas do agente que, embora cause danos a outrem, não violam dever jurídico. É o caso dos atos praticados em legítima defesa ou no

exercício regular de um direito reconhecido; e em casos absolutamente necessários, em que não se excede o limite do indispensável à remoção do perigo, em que há a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa.

Para Cavalieri Filho (2012, p. 20), ocorre o exercício regular do direito quando o direito é exercido regularmente, normalmente e razoavelmente, de acordo com o seu fim social, econômico, de boa fé e costumes, não gerando, portanto, responsabilização civil, como é o caso de alguém que cobra uma dívida ou propõe uma ação; a legítima defesa é quando o agente utiliza moderadamente os meios necessários para repelir a injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem; e o estado de necessidade é ocasionado quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente, sendo esses atos legítimos, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessários, não excedendo os limites do indispensável à remoção do perigo.

Interessante notar, que o Código Civil, nos arts. 929 e 930 estabelecem que, embora configurado o estado de necessidade, caso a pessoa lesada, ou o dono da coisa, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram, podendo o autor do dano propor ação regressiva, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, para haver a importância que tiver ressarcido o lesado.

Assim, esclareça-se que tanto a ação quanto a omissão voluntária geram o dever de indenizar quando ocasionam danos a alguém, embora nem sempre essa ação humana seja causada pela sua própria conduta. Além disso, há casos que causam danos, embora não violem o dever jurídico, pois correspondem a cláusulas de exclusão de ilicitude.

2.2 Culpa

Durante séculos, a base da responsabilidade civil era buscada no agente provocador do dano. Essa base deixou de ser buscada somente na culpa e passou a ser encontrada, também, nos exercícios de atividades perigosas e no fato da coisa. Assim, houve uma mudança de ótica da preocupação de julgar a conduta do agente para a preocupação de julgar o dano em si mesmo.

Nesse passo, observam Gagliano e Pamplona (2017, p.60), que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, contra o

objetivismo excessivo do direito primitivo, não conseguia satisfazer todas as necessidades dos casos concretos, e então os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Dessa forma, contradizendo autores que têm na culpa um dos elementos fundamentais da responsabilidade civil, entendem os supracitados autores, que a culpa, em sentido lato, abrangente do dolo, mencionada no Código Civil por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, não é considerada um pressuposto geral desse instituto, visto que a existência da responsabilidade objetiva, em que não se leva em consideração a culpa, a torna indispensável, não sendo, desta maneira, um elemento essencial da responsabilidade civil, pois não engloba todas as suas formas.

Assim, começou-se a vislumbrar a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento de novas teorias dogmáticas, que destacavam a reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo (que engloba o dolo) e em sentido genérico (culpa estrita). Sobre esse assunto, analisando-se o art. 186 do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 54), extrai que o dolo aparece na expressão “ação ou omissão voluntária”, passando, em seguida, a referir-se à culpa, na expressão “negligência ou imprudência”. Enfatiza, também, que o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dessa forma, quando há o dano e se busca a indenização, geralmente o ofendido tem que provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente, entretanto, alguns casos essa prova é muito difícil de se conseguir, assim, a legislação pátria admite em casos específicos, a indenização sem a necessária prova da culpa, a chamada responsabilidade objetiva.

Delineando os aspectos da responsabilidade objetiva, a legislação consagra no parágrafo único do art. 927 do CC a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que apresente, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, quando afirma:

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.

Da mesma forma, pode-se verificar que a legislação pátria estabeleceu outras situações específicas em que haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa como nos já relatados casos de responsabilidade objetiva, como os de abuso de direito (art. 927 do CC), fato do produto (art. 931 do CC), fatos de outrem (art. 932,933 do CC), fato da coisa (arts. 936-938 do CC), fato dos animais (art. 936), dentre outros.

Uma característica importante na conduta culposa, para Venosa (2016, p. 553) é que nela, há sempre ato voluntário determinante de resultado involuntário. Nesse caso, o agente não prevê o resultado, pois se o previsse e praticasse a conduta, a situação se configuraria como dolo. Entretanto, no campo civil, quando se fala em culpa, englobam-se ambas as noções de dolo e de culpa estritamente falando. Assim, uma vez fixada a existência de culpa do agente, no campo civil, para fins de indenização, pouco importa a existência de dolo ou culpa, pois a indenização poderá ser pedida em ambas as situações.

A culpa ainda pode ser distinta quanto à atuação do agente, relativamente ao critério da análise pelo aplicador do direito e quanto ao grau de culpa.

Quanto à atuação do agente, há a culpa *in comittendo* e a *in omittendo*. Tartuce (2017, p.438) explica que a primeira é relacionada à imprudência, ou seja, com uma ação ou comissão e a segunda é relacionada à omissão, como no caso de um médico que esquece gaze na barriga do paciente após uma cirurgia. Já sobre o critério da análise pelo aplicador do direito, explica o autor, que a culpa poderá ser *in concreto*, quando há a análise em conformidade ao caso concreto, ou *in abstrato*, quando leva-se em conta a pessoa natural comum, mas que, os dois modos de interpretação deverão interagir para a que a conclusão do aplicador do direito seja justa e razoável.

O supracitado autor complementa o assunto ao relatar que quanto ao grau de culpa, poderá ela ser considerada culpa grave, quando o agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse, devendo, nesse caso pagar uma indenização integral; culpa leve ou média, quando a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida, devendo-se a indenização ser paga mediante a extensão do dano; e por fim, a culpa levíssima, decorrente de situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelas extraordinárias, e, nesse caso, a indenização a ser paga seria

ainda mais reduzida, visto que o art. 944 do CC determina que o quantum deve ser fixado de acordo com o grau de culpabilidade.

Assim, passa-se ao estudo do nexo de causalidade, elemento essencial da responsabilidade civil.

2.3 Nexo de causalidade

O terceiro elemento fundamental da responsabilidade civil é o nexo de causalidade que corresponde a uma relação de causa e efeito entre a ação culposa e o dano ocasionado.

Quanto ao nexo de causalidade, Maria Helena Diniz (2015, p.54) destaca que a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano, pois se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. Além disso, é necessário analisar se no caso concreto há a inexistência de causa excludente de responsabilidade, como a ausência de força maior, de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima.

A relação entre a ação e o dano está explícita na expressão “causar”, do art. 186 do Código Civil, pois sem esse nexo de causalidade não há obrigação de indenizar. Por isso, embora haja dano, se não há relação de causalidade entre ele e a ação do agente, não há a obrigação de reparação.

Dessa forma, arremata Tartuce (2017, p.448) que mesmo a responsabilidade civil objetiva não pode existir sem a relação de causalidade entre a ação e a conduta do agente, pois se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada ao comportamento do agressor, não há a obrigação de indenizar.

Nesse passo, pondera Caio Mário da Silva Pereira (2018, p.110), que um elemento complicador na elaboração de um nexo causal, num encadeamento de circunstâncias, é que nem sempre é possível apontar qual delas é a causa direta do fato gerador do ressarcimento, sendo difícil indicar o nexo em que se situa a causa real ou eficiente do dano, e, assim, definir a responsabilidade do agente.

Assim, foram desenvolvidas algumas teorias que tentassem explicar o nexo de causalidade: Teoria da equivalência das condições, Teoria da causalidade adequada; e Teoria da causalidade direta ou imediata.

2.3.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

A teoria da equivalência das condições afirma que todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado. Isso é, todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil. Então, não há necessidade de se determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de imediato provocou a efetivação do prejuízo. Entretanto, Tartuce (2017, p.449) considera que há uma inconveniência nessa teoria, pois por considerar causa todo o antecedente que contribui para o desfecho danoso, isso levaria sua investigação ao infinito.

2.3.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

A segunda teoria que surgiu é a Teoria da causalidade adequada, concebida por Von Bar e aprimorada por Von Kries.

Explica Pereira (2018, p.111) que “o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade”, dessa maneira, dentre os antecedentes do dano, destaca-se aquele mais provável de tê-lo produzido. Assim, o juiz deve eliminar fatos menos relevantes, que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consistiria em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo se efetivaria. Entretanto, discordam dessa teoria Gagliano e Pamplona (2017, p.148), visto que

apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso.

2.3.3 TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO

Por fim, a Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal, é explicada por Tartuce (2017, p.449) como sendo aquela que

havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem, como efeitos necessários da conduta do agente.

Foi desenvolvida no Brasil, pelo professor Agostinho Alvim, em sua obra “Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências” e estabelece como causa “apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO E PAMPLONA, 2017, p.148). Ilustram ainda os autores com o seguinte exemplo clássico doutrinário:

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

Dessa maneira, houve a quebra do nexo causal por um fato superveniente, embora independente da cadeia dos acontecimentos, impedindo-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e Tício, que não poderá ser responsabilizado.

Essa questão sobre qual teoria adotou o ordenamento jurídico brasileiro não é pacífica. Tartuce (2017, p.450) considera que a teoria adotada pelo código civil de 2002 é a teoria da causalidade adequada, pois a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam, às condutas dos agentes envolvidos, e, principalmente do ofensor. Para esta conclusão, o autor se baseia nos seguintes arts.:

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

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

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

Interessante mencionar, nesse ponto, a exposição de Gagliano e Pamplona (2017, p.151), ao discordarem que o Código Civil brasileiro adote a teoria da causalidade adequada. Para esta conclusão analisaram o art. 403, do CC/2002, que dispõe: “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, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Dessa forma, o Código Civil teria adotado a teoria da causalidade direta ou imediata. Ressalvam ainda que a jurisprudência e a doutrina, muitas vezes, acabam sucumbindo ao caráter sedutoramente empírico do tema e confundem ambas as teorias, embora não

dispensem, em nenhuma hipótese, a investigação da necessidade da causa. E, embora reconheçam que o Código Civil de 2002 melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, complementam que a jurisprudência, por vezes, adota a causalidade adequada, como o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCARGA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE CORTE DAS ÁRVORES. CONTATO COM OS FIOS DE ALTA TENSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. 1. Em nenhum momento a decisão agravada cogitou da falta de prequestionamento dos artigos apontados como violados, ressentindo-se de plausibilidade a alegação nesse sentido. 2. O ato ilícito praticado pela concessionária, consubstanciado na ausência de corte das árvores localizadas junto aos fios de alta tensão, possui a capacidade em abstrato de causar danos aos consumidores, restando configurado o nexo de causalidade ainda que adotada a teoria da causalidade adequada. 3. O acolhimento da tese de culpa exclusiva da vítima só seria viável em contexto fático diverso do analisado. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no Ag: 682599 RS 2005/0086918-4, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/10/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 14/11/2005 p. 334)

Assim, verifica-se que na doutrina e jurisprudência não há unanimidade em relação à teoria adotada pelo Código Civil em relação ao nexo de causalidade. Ademais, conclui Caio Mário da Silva Pereira (2018, p.113), que o que em verdade importa

é estabelecer em face do direito positivo, que houve uma violação de um direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz, cumpre decidir com base nas provas, que ao demandante, incumbe produzir.

Dessa forma, finalizando o relato acerca do nexo de causalidade, é importante mencionar que existem casos de exclusão do nexo causal, como os relativos a fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Quanto a esses casos, Sílvio Rodrigues (*apud* CAVALIERI, 2012, p.68) explica que a culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio nexo causal, pois o agente, aparentemente causador do dano, é mero instrumento do acidente. Assim, se alguém se atira sobre um veículo em movimento dirigido por outra pessoa, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato do condutor do veículo e o prejuízo ocasionado em quem se atirou. Dessa forma, a conduta de quem se atirou é a única causa adequada do evento, excluindo-se nesse caso, o próprio nexo causal entre o condutor do veículo e o prejuízo da vítima.

Já relativamente à culpa de terceiro, Diniz (2015, p.138) arremata que terceiro corresponde a qualquer pessoa além da vítima ou do agente, de modo que, se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir a exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro. Exemplifica com o caso de um pedestre que é atropelado por um táxi em razão de caminhão desgovernado, que lança o automóvel sobre o transeunte. Nesse caso, esse terceiro será o único responsável pela composição do prejuízo.

Quanto ao caso fortuito e força maior, relata a autora citada, que esses fatos eliminam a culpabilidade, ante a sua inevitabilidade: na força maior, conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como um raio que provoca um incêndio; já no caso fortuito, o acidente que gera um dano advém de uma causa desconhecida, como um cabo elétrico que se rompe e causa um incêndio, ou de um fato de terceiro, que cause graves acidentes ou danos decorrentes da impossibilidade de cumprimento de certas obrigações.

Entretanto, embora o caso fortuito e a força maior sejam fatores de exclusão do nexo causal, essa exclusão não é absoluta, pois na obrigação de dar a coisa incerta, o devedor, antes da escolha, não se exonerará sob a alegação de perda ou deterioração por caso fortuito ou força maior, conforme verificado no art. 246 do Código Civil. Assim, menciona Bittar (*apud* DINIZ, 2015, p.141) que todas essas causas de excludentes de responsabilidade civil deverão ser analisadas cuidadosamente pelo órgão judicante por importarem em exoneração do ofensor, pois deixam o lesado sem a restauração do dano sofrido.

Dessa maneira, embora haja ações ou omissões na conduta do agente, é preciso que esses atos desencadeiem o resultado danoso, ocorrendo dessa forma, um nexo causal entre a ação e o prejuízo, a fim de buscar a indenização apropriada.

2.4 Dano

Por fim, o quarto e último elemento fundamental da responsabilidade civil é o dano. As transformações ocorridas ao longo dos anos na sociedade e a perda da importância da culpa como fator primordial para o ressarcimento dos danos, gerou um maior número de pretensões indenizatórias que passaram a ser acolhidas pelo Poder Judiciário. Essa flexibilização passou a refletir a função compensatória e a

crescente necessidade de ter a vítima como o principal fator de proteção do direito brasileiro. Assim, o próprio dano passou a ser objeto de verificação mais detalhado sob a ótica do judiciário, ampliando-se essa ótica para além dos danos simplesmente materiais.

Os danos surgem nas suas mais novas versões, seja pela sua origem, seja pela sua amplitude, devido às diversas transformações do homem e de seu ambiente, como produção de produtos perigosos, atividades de risco, diversidade de meios de transporte e multiplicações de aspectos morais na sociedade, como destaca Moraes (*apud* SCHREIBER, 2015, p.84), ao enfatizar que no Brasil, a doutrina vem apontando uma extensa ampliação do rol de hipóteses de dano moral reconhecidas jurisprudencialmente, seja pelo significativo desenvolvimento dos direitos da personalidade, seja pelas vicissitudes inerentes a um instituto que só recentemente tem recebido aplicação mais intensa.

Assim, o Dano, nas palavras de Gagliano e Pamplona (2017, p.86), é “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Complementam esse conceito afirmando que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), como os direitos de personalidade, especialmente o dano moral. Assim, o prejuízo indenizável poderá decorrer da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial. Os mesmos autores citam ainda as palavras de Edson Fachin quando afirmam que a pessoa e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista, que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Ressalvam, que toda forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade, pois se vive em sociedade, e a violação do patrimônio moral ou material de um, repercute na vida de todos.

Ressalve-se nesse ponto, a exposição de Carvalho (2012, p.142), sobre a totalidade de reparação de danos, ao afirmar que é reconhecido na legislação que a reparação não apenas deve ser medida pelo dano, como a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais, a cumulação de reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, além de possibilitar a reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance, pois é deste extraído, que todos os danos sofridos pela vítima devem ser reparados em sua integralidade, buscando o retorno

da situação próximo do que existia antes da conduta lesiva, e do consequente dano, terem ocorrido.

Além disso, a expansão desses danos ressarcíveis teve um crescimento significativo em virtude do acesso ao Poder Judiciário por parcelas da população, antes marginalizada, pois houve a criação de Juizados Especiais, gratuidade de acesso à justiça em casos específicos, acesso à Defensoria, crescentes ações que envolvem a coletividade, que, de modo geral, provocaram uma contribuição na ampliação da demanda das ações de indenização.

Verifica-se atualmente a expansão de ações sobre ressarcimento de danos coletivos. Assim, o enfoque que antes era principalmente individualista, passa a desenvolver narrativas de bens a serem ressarcidos em benefício de toda a coletividade atingida, ocasionando uma decisão coerente para todas as vítimas, poupando esforços e custos desnecessários às partes e ao poder público. Da mesma forma, os danos morais têm sido tratados na esfera coletiva, embora haja, ainda no Brasil, divergências no Superior Tribunal de Justiça, conforme explica Schreiber (2015, p.89): a 1ª Turma afirma a impossibilidade lógica do dano moral coletivo, já que a ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; Já a 2ª turma, em acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, reconheceu a configuração do dano moral coletivo, como o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas e é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos.

É interessante notar, que a Constituição Federal expressa diversos elementos de proteção aos interesses que transcendem a esfera individual, como a ação civil pública, a tutela ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, entre outros. E ainda, o CDC reconhece expressamente no art. 6º, VI, a possibilidade de reparação de danos morais “coletivos e difusos”. Dessa forma, a controvérsia no Superior Tribunal de Justiça parece ser injustificada.

A dignidade humana como valor fundamental, também foi responsável pela crescente demanda de ressarcimento de danos no judiciário. Assim, aspectos como honra, imagem e privacidade, hoje, são amplamente reconhecidos como merecedores de tutela e os tribunais têm se mostrado prontos para tutelar qualquer lesão que se lhe apresente.

Dessa maneira, pode-se enumerar alguns dos considerados novos danos ocasionadores de indenizações na atualidade em todo o mundo: dano à integridade

psicológica, dano estético, danos à saúde, dano à vida de relação, dano pela perda de concorrencialidade, dano por redução de capacidade laboral genérica, e o dano ensejador desse estudo que é o dano pela perda de uma chance. É interessante mencionar, o que relata Schreiber (2015, p.93) quanto a alguns tipos de danos considerados em outros países, como o dano sexual, que corresponde, segundo a corte italiana, ao dano autônomo sofrido pelo indivíduo que se vê impedido de manter relações sexuais por força de outro dano causado diretamente ao seu cônjuge. Outro tipo de dano foi considerado na Corte de Justiça da Comunidade Européia, o chamado dano de férias arruinadas, determinando que faz jus o consumidor ao ressarcimento do dano não patrimonial derivado do inadimplemento ou da má execução das prestações contratadas por ocasião de uma viagem de turismo.

Entretanto, embora inúmeros casos de danos tenham despertado a doutrina e a jurisprudência, nota-se, na realidade, que muitos dos chamados novos danos, são apenas novas situações de risco ou novos meios lesivos, ocasionados com o avançar do tempo. Outros, entretanto, são realmente novos, que passam a ser reconhecidos pelo Poder Judiciário na análise dos casos concretos.

Ademais, realçando o tema de responsabilização civil, é preciso reconhecer que nem todos os ilícitos são passíveis de ressarcimento, conforme extrai-se das palavras de Tartuce (2017, p. 413), que afirma que nem sempre a transgressão de uma norma acarreta dano. Então, nesse caso, não haverá a possibilidade de reparação. Além disso, o prejuízo deverá ser atual e certo. Assim, a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O dano é agente principal da responsabilidade civil. Não dá para se falar em indenização ou ressarcimento sem que houvesse o dano. O dever de reparar pressupõe o dano, como observa Cavalieri (2012, p.77) “sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não pode haver responsabilidade civil. (...) o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar”.

Assim, não basta apenas o risco de dano, ou a atitude ilícita. É preciso uma consequência concreta. Dessa maneira, a responsabilidade civil pela perda de uma chance surge como um novo tipo de dano a ser analisado por doutrinadores e pelo Poder Judiciário, cujo estudo será abordado a seguir.

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil, que visa ao ressarcimento de um dano provocado por alguém, não é considerada um instituto isolado, pois toda ação do homem permeia o campo da responsabilidade. Atualmente, com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a tutela de interesses existenciais e coletivos, novos danos vêm sendo invocados. Assim, verifica-se o surgimento das chances perdidas como uma nova categoria de dano indenizável.

A perda de uma chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, provocada pela conduta de alguém, tem feito cada vez mais, os tribunais pátrios debaterem a respeito da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois a interpretação literal da legislação vigente e dos pressupostos da responsabilidade civil não conseguem abranger a totalidade de novos danos que vêm surgindo, tendo, por vezes que se recorrer a um estudo mais aprofundado das teorias que evoluem juntamente à sociedade.

Ao se observar que numa situação em que alguém teve retirada uma chance séria e real de obter uma vantagem, isso é, quando essa oportunidade deixou de existir devido a interferência de alguém, não se enquadrariam alguns dos elementos essenciais da responsabilidade civil, pois não se poderia afirmar com certeza que a conduta do agente foi a causadora de um dano, ou que sem esta conduta a vantagem seria alcançada, visto que o que foi perdida foi a possibilidade do alcance de êxito de alguém. Assim, para que não houvesse um dano injusto, cria-se a possibilidade de ressarcimento de danos outrora desconsiderados, tais como o da chance perdida.

Embora no Brasil essa teoria seja considerada recente, ela apresenta seu primeiro caso de aplicação na data de 17 de julho de 1889, na França, que, conforme afirmado por Viney e Jourdan (*apud* AMARAL, 2015, p.57), foi referente a concessão de indenização pela perda provocada pelo ato ilícito de um oficial ministerial, da possibilidade de seguir um procedimento e, por consequência, de ganhar um processo. Entretanto, depois desse julgado, foram proibidas as decisões condenatórias sob esse fundamento contra os auxiliares da justiça.

Partindo da França, seu desenvolvimento ampliou-se na Itália, através de Adriano de Cupis, que afirmava a existência de um dano passível de ressarcimento nos casos de perda da chance.

Entretanto, embora a teoria já tivesse sido utilizada na França em 1889, somente em 19 de novembro de 1983 as cortes italianas julgaram o primeiro caso favorável à indenização. Na França, conforme relatado por Neto (*apud* AMARAL, p.59), a Corte da Câmara de Cassação apreciou um caso em que houve um erro de diagnóstico médico, que resultou em um tratamento inadequado. Entendeu-se que entre o erro médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. Entretanto, o fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo certo, condenou-o a uma indenização. Assim, a Corte de Cassação assentou que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade.

No Brasil, a primeira aplicação dessa teoria ocorreu em 12 de junho de 1990, em Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, julgado no Recurso Especial Nº 788.459, conforme transcrito abaixo:

Cuida-se de ação de indenização proposta por ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS, perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA, empresa do grupo econômico "Sílvia Santos", pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa "Show do Milhão", consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais. Expõe a petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como "pergunta do milhão", não respondida por preferir salvar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo. O pedido foi acolhido quanto ao dano material, sob o fundamento de que a pergunta nos termos em que formulada não tem resposta. Foi, então, condenada a empresa ré ao pagamento do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) com acréscimo de juros legais, contados do ato lesivo e verba de patrocínio de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Nesse caso, a pergunta do programa era a seguinte: "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: 1 - 22%; 2 - 02%; 3 - 04%; 4 - 10%. Assim, presume-se que a resposta correta estaria dentro da Constituição. Dessa maneira, a participante optou por garantir os R\$ 500.000,00

reais já obtidos e resolveu não responder a essa última pergunta, que tornaria o valor do prêmio o montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Entretanto, a Constituição Federal, em seu art. 231, no capítulo VIII, relativo aos direitos dos índios, não indica qualquer percentual referente às terras reservadas a eles. Assim, verificou-se que essa pergunta foi extraída da Enciclopédia Barsa, e que, portanto, a questão teria sido mal formulada, e dessa forma, a empresa foi condenada ao pagamento da complementação do prêmio, ante o possível acerto pela autora da questão formulada no programa, que deixou de ser respondida, forçosamente, em razão de sua má elaboração, ensejando a privação da oportunidade de alcançar o prêmio final, de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Assim, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance aos poucos ganha espaço no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda enfrenta questionamentos quanto à sua admissão. Ademais, as interpretações jurídicas têm se estruturado conforme o desenvolvimento da sociedade, alterando-se os olhares doutrinários que antes se baseavam no foco da culpa do agente para o enfoque maior, atualmente, na reparação da vítima.

3.1 A compatibilização da teoria da perda de uma chance com a legislação brasileira

Embora não haja previsão expressa no Código Civil Brasileiro, a teoria da perda de uma chance tem um de seus fundamentos no art. 186 do CC/02: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Também complementa a base para esta teoria o art. 927 do CC/02, quando especifica que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Através desses artigos, verifica-se que há uma apresentação de cláusulas gerais de responsabilidade, não limitando os tipos de danos passíveis de serem abrangidos nesses conceitos, deixando o legislador uma visão aberta sobre sua interpretação.

Essa teoria reflete a amplitude do direito em tentar solucionar problemas advindos da ausência de legislação específica sobre cada caso concreto que ocorre na sociedade ou venha a ocorrer. Tepedino (*apud* AMARAL, 2015, p.61) menciona que mesmo na Constituição Federal inexistente a proibição de causação do dano,

embora haja no art. 3º, incisos I e III a determinação que constitui objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, impondo como consequência a necessária ressarcibilidade dos danos causados, a fim de que se mantenha o equilíbrio e se torne possível a concretização dos objetivos estampados constitucionalmente. Assim, deixar que a vítima suporte todo o ônus da perda de uma chance, levaria ao sentimento de injustiça, que contrariaria o solidarismo manifestado na Constituição Federal.

Da mesma forma, depreende-se da leitura do art. 5º, inciso V, da Carta Magna, que o legislador optou por estabelecer uma regra geral de responsabilidade quando enfatiza que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Além disso, pode-se encontrar no Código Civil outros dispositivos interpretativos de danos ressarcíveis como no art. 949, que torna obrigatória a indenização para o ofendido das despesas do tratamento e lucros cessantes, em caso de lesão ou ofensa à saúde; no art. 948, que estabelece outras formas de indenização para casos de homicídio, em que leva em consideração a duração provável da vida da vítima, caso haja necessidade de prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia; e no art. 402, que prevê que as perdas e danos devidas ao credor, abrangem além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Dessa forma, verifica-se que a legislação pátria englobou em seus dispositivos a possibilidade de utilização dessa teoria, que já tem sido aplicada nos tribunais, embora que ainda haja divergência em sua interpretação quanto aos mais variados casos concretos. Assim, parte-se para o estudo da natureza jurídica do dano pela perda da chance.

3.2 Natureza jurídica do dano pela perda da chance

Verificando-se demonstrada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance pela doutrina e jurisprudência, passa-se a esclarecer as principais diferenças de modalidades da perda de uma chance: quando o processo aleatório foi interrompido sem chegar ao seu fim e quando esse processo aleatório chegou ao seu fim.

No caso em que o processo aleatório foi interrompido antes de chegar ao seu fim, Rafael Peteffi (2013, p.86) expõe o exemplo de um advogado que perde o

prazo para recorrer. Nesse caso, o ofensor fulminou todas as chances da vítima, não havendo como saber se, caso não fosse essa a atitude do advogado, a decisão seria favorável, pois nesse exemplo, o que se tem presente é somente a probabilidade de ocorrência do resultado esperado, baseando-se numa suposição legítima do futuro. Por outro lado, verificando-se o exemplo de um paciente que não obteve a cura de uma patologia em razão da conduta culposa do médico, verifica-se que nesse, o processo aleatório chegou ao fim, pois o dano final já ocorreu, não sendo, então, por definição, aleatório. E, nesse caso, o resultado certo seria a permanência da doença, embora continuasse a haver a incerteza quanto à causa do dano, se decorrente da falha médica ou de fatores relativos à própria doença. Assim, a teoria da perda da chance seria rejeitada, visto que o requerente deveria comprovar a existência de um nexo causal entre a culpa do agente e a morte ou doença, não sendo possível suprimir as dúvidas sobre o nexo causal, sob alegação de que, por culpa do réu, ocorreu a perda da chance de cura ou sobrevivência.

Assim, a doutrina francesa denomina os casos de perda de uma chance, quando o processo aleatório é interrompido sem se chegar ao fim, como “casos clássicos de perda de uma chance”. E quando o resultado final chega ao fim, suscitando dúvidas quanto ao real nexo de causalidade entre a ação e o resultado, de “perda de uma chance na seara médica”, sendo apenas os casos clássicos, objeto de discussão nesse estudo.

3.3 Elementos fundamentais para aplicação da teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance é um desdobramento da responsabilidade civil. Dessa forma, requer para sua caracterização a presença dos seguintes elementos fundamentais: conduta do agente, culpa, em sentido lato, dano e nexo de causalidade. Entretanto, alguns desses elementos serão analisados através de uma nova visão, como é o caso do dano, que deverá ser certo, atual e injusto, e do nexo causal, que agora não será mais relacionado ao resultado final do evento danoso, mas à perda da chance de ter obtido um sucesso ou de ter evitado o prejuízo.

Assim, afirma Amaral (2015, p.67) que “pela teoria da perda da chance, o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima (...), mas pelo fato de tê-la privado da obtenção da oportunidade”.

Dessa maneira, é essencial conhecer as características dos elementos fundamentais para a aplicação da teoria da perda de uma chance, diferenciando esta espécie das demais hipóteses de responsabilidade civil.

3.3.1 CHANCES SÉRIAS E REAIS

Para o esclarecimento sobre ressarcimentos advindos da perda de uma chance, é importante demonstrar o próprio conceito de chance, pois muitas vezes é empregado de uma forma confusa em diversas situações, nem sempre ligadas ao viés da responsabilidade civil.

Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 13),

a chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final, ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Essa probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.

Assim, a chance é figurada como uma expectativa hipotética, materializada num ganho ou dano final, vinculados ao sucesso desse processo aleatório. Nesse sentido, Bustamante Alsina (*apud* AMARAL, 2015, p.63), acrescenta a ideia de que a chance configura um dano atual, não hipotético, sendo ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de benefício econômico que resulta frustrado pelo responsável, e pode ser valorada em si mesma, prescindindo do resultado final incerto, em seu intrínseco valor econômico de probabilidade.

Complementa o assunto, Savi (*apud* VENOSA, 2017, p.414) ao relatar que a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada, da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.

Um exemplo de aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro foi o caso da Apelação Cível 0010555-63.2009.4.03.6104 SP, proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª região, conforme resumido abaixo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 132 DO CPC/73. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO PERITO. SUPRESSÃO

DA JORNADA DE 40 HORAS SEMANAIS COM BASE EM DESCUMPRIMENTO DE DEVERES SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO. Fixado que houve a prática de um ato ilícito por parte da Administração ao editar a Portaria INSS 02 GBENIN/SANTOS de 01/08/2006, suprimindo o direito do apelante à jornada de 40 horas sem direito regular de defesa, e que esse ato causou-lhe dano, pois perdeu a oportunidade de exercer trabalho de seu interesse e auferir os vencimentos respectivos, surge o dever de indenizar (CC/2002, art. 927). Aplicável ao caso a teoria da perda de uma chance, que procura assegurar a justa indenização aos casos em que o ato ilícito tirou da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, ajustando-se a casos em que não há certeza da realização do evento, mas há certeza da perda da chance de alcançá-lo, por ato ilícito. Cabe ao juiz valorar as possibilidades que o sujeito tinha de obter tal resultado em cada caso. Doutrina, precedentes. No caso concreto, não há certeza sobre se o apelante trabalharia as 40 horas semanais por todo o período futuro e, bem assim, se receberia os vencimentos correspondentes até a sua aposentadoria, o que seria apenas provável. Certo é, entretanto, que o ato ilícito lhe tirou a chance de fazê-lo. Indenização pelo dano decorrente da perda de uma chance por ato ilícito da Administração Pública fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estimativa amparada no valor da redução de seus vencimentos no mês em que o ato ilícito surtiu efeitos e considerados os efeitos do tempo sobre o nexo causal entre o ilícito e os prejuízos, no sentido de se considerar a possibilidade de nova colocação profissional no tempo remanescente. Valor que razoavelmente desestimula a conduta do ofensor sem causar enriquecimento ilícito do ofendido.

Verifica-se que o Tribunal julgou procedente a indenização pela perda da chance que tirou da vítima a oportunidade de obter uma situação de trabalho futura melhor, embora não houvesse certeza sobre se o apelante trabalharia as 40 horas semanais por todo o período futuro e, bem assim, se receberia os vencimentos correspondentes até a sua aposentadoria, o que seria apenas provável. Certo é, entretanto, que o ato ilícito lhe tirou a chance de fazê-lo. Fato este que condenou a Administração Pública pelo dano decorrente da perda de uma chance por ato ilícito fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Dessa maneira, consagra-se que a chance em seu sentido jurídico é a probabilidade de obter um lucro ou de se evitar uma perda. É a subtração de uma possibilidade, probabilidade ou expectativa de um indivíduo de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. Entretanto, nem todas as chances perdidas representam oportunidades passíveis de ensejar indenização. Para que se tenha direito ao ressarcimento, é necessário que essa chance perdida de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo seja séria e real. É o que se verifica, por exemplo, no julgado da apelação cível AC 70076528520, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja resumo foi transcrito abaixo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MANDATOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. CASO CONCRETO. O objeto da obrigação, no caso do contrato de prestação de serviço de advocacia, não era o êxito na ação e sim a condução cuidadosa do processo, observados os parâmetros técnicos da ciência jurídica. Para configurar defeito na prestação do serviço advocatício, capaz de justificar o pedido de indenização, imprescindível demonstrar a existência de elementos probatórios capazes de alterar o curso da demanda patrocinada pela apelada em prol da apelante por dolo ou culpa do procurador. Hipótese em que, consideradas as particularidades da lide, a perda do prazo para a defesa, por si só, não enseja a reparação pretendida, considerando a ausência de probabilidade de êxito, no caso em concreto. Sentença confirmada. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.. (Apelação Cível Nº 70076528520, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 23/05/2018).

Verifica-se nesse julgado recente, que embora o advogado do caso em questão, tenha incorrido em negligência na condução do processo de sua cliente, esse fato, por si, não foi a garantia de que a cliente lograria êxito no processo. Para tanto, era necessário a comprovação de que a conduta do advogado fosse a causa maior da não obtenção do sucesso no processo, fato este, que não foi comprovado, resultando em negação do provimento à apelação.

3.3.2 PROBABILIDADE DA CHANCE PERDIDA

Não há que se falar em ressarcimento pela chance perdida se não existia a probabilidade de se conseguir uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. Ao mesmo tempo, deve haver a impossibilidade de se demonstrar efetivamente a realização do resultado final, pois, senão, se estaria diante de uma certeza de resultado não cabendo ressarcimento pela perda de uma chance.

Ao encontro dessas ideias, lezzi (*apud* AMARAL, 2015, p.144) expõe o entendimento de que um evento interrompe um processo aleatório que poderia conduzir à obtenção de um benefício com potencial para ser alcançado, mas há impossibilidade de demonstrar com certeza que a probabilidade levaria ou não à realização do resultado útil.

Realçando esse tema, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2014), conforme o REsp 1.236.809 é de que

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

É dessa probabilidade de alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo, que surge o valor econômico da chance, pois sendo a chance uma possibilidade concreta, ela não se confunde com mera expectativa de fato ou apenas com uma hipótese, constituindo uma entidade economicamente suscetível de valoração capaz de gerar, para o direito, a probabilidade de ressarcimento por danos.

Assim, somente se caracteriza a hipótese da perda da chance quando o resultado for considerado incerto. Caso contrário, na ausência da incerteza, a perda da chance não se caracterizaria, pois a conduta que interromperia o processo aleatório passaria a ser a causa certa do prejuízo final.

Dessa forma, verifica-se que a probabilidade se torna uma fundamental ferramenta no direito para possibilitar ao juiz avaliar se a conduta sinalizada como causa de um dano, foi a que efetivamente o causou, analisando-se o percentual de probabilidade da existência da chance e apreciando quanto este fator contribuiu para a efetivação do dano final.

3.3.3 CAUSALIDADE

A causalidade jurídica está relacionada com o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano ou prejuízo. Assim, não basta só que o agente tenha cometido um ilícito. É preciso que se esteja certo de que, sem a execução do ilícito, o dano não teria ocorrido.

Para que o dano tenha relevância jurídica, é indispensável a existência desse nexo causal, pois ele é quem faz a ligação entre a conduta e o resultado. É através dele que se pode atribuir a responsabilidade pelos prejuízos causados.

Nesse passo, observa Amaral (2015, 141), que no caso da perda da chance, é necessário o nexo de causalidade entre a conduta e a interrupção do processo aleatório, pois se essa relação causal for genérica e vaga, considerar-se-á que o dano é puramente hipotético e eventual, não sendo, portanto, indenizável. Entretanto, “não pode o magistrado, na ânsia de indenizar o ofendido, utilizar a teoria da perda de uma chance como mero fundamento da reparação” (GONDIM, 2010, P. 89).

Um dos fatores de maior desafio para os doutrinadores e juristas referente ao nexo causal é quando há a possibilidade da existência de mais de uma causa ensejadora do evento danoso, que ocorre quando várias causas concorrem para a

ocorrência do dano. Trimarchi (*apud* AMARAL, 2015, p.141) entende que, nesse caso, todas as causas seriam condições para a ocorrência desse evento danoso, e, nenhuma delas isoladamente seria suficiente para determinar o evento.

Assim, o nexo de causalidade na perda de uma chance, seria a conduta entre o agente causador do dano e o evento prejudicial, que no caso seria a própria perda de uma chance séria e real, e não ao resultado final de sucesso ou de se evitar um prejuízo, propriamente dito.

3.3.4 PROVA DO DANO

Na perda de uma chance, assim, como nos casos de responsabilidade civil de modo geral, o dano precisa ser comprovado para que seja indenizado. Não bastam as simples alegações de existência de uma possibilidade para a obtenção do êxito e de suas frustrações. Devem ser demonstrados, de forma que se justifique a busca pelo ressarcimento.

Noronha (2010, p.705) complementa o assunto ao relatar que na perda da chance, duas provas devem ser levadas em conta pelo juiz: a primeira, refere-se à existência do dano pelas chances perdidas, que também poderá ser determinada por meio do especificado no art. 335, do CPC, que aduz que nos casos de falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência comum e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado quanto a esta, o exame pericial; e a segunda prova, diz respeito ao *quantum* indenizatório, que é calculado baseado no percentual de probabilidade para alcançar o êxito que foi frustrado.

Sendo assim, verifica-se que haverá uma flexibilização quanto ao tipo de prova utilizado, visto que para cada caso concreto deverão ser utilizadas maneiras apropriadas para a demonstração do dano ocasionado. Assim, o *quantum* indenizatório dependerá sempre das provas apresentadas, devendo estas oferecerem consistência, precisão e segurança quanto ao grau de probabilidade da chance no caso concreto.

Dessa maneira, a existência do dano pela perda da chance não depende de probabilidade de ocorrência do resultado final, bastando o lesado provar que a conduta antijurídica foi causa necessária e adequada para a interrupção do processo retirando-lhe definitivamente todas as possibilidades de obtenção de êxito no futuro.

Sendo assim, é necessário esclarecer como deverá ser feita, de maneira geral, a quantificação do dano pela perda de uma chance.

3.4 Quantificação do dano

Uma vez determinado o dever de reparar pela perda de uma chance, surge então o problema da quantificação dessa indenização. Essa verificação apresenta uma grande dificuldade para o magistrado, por não haver um padrão a ser utilizado para a sua execução.

Entretanto essa dificuldade jamais poderá ocasionar um obstáculo para sua indenização, conforme observa-se das palavras de Savi (2009, p. 84):

Nem sempre a quantificação da indenização poderá ser feita facilmente, contudo, a dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para os que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento. Afinal, a possibilidade da existência de um dano certo em determinados casos de perda de chance revela-se evidente.

Por não haver regra, foi necessário o estabelecimento de maneiras para tentar reparar o prejuízo sofrido, sendo a solução mais adequada, analisar o quantum da chance a partir do valor da vantagem esperada.

Bocchiola (*apud* SAVI, 2009, p.38) menciona que a indenização da chance perdida será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado, pois para valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

Em razão da incerteza dessa probabilidade, Aguiar Júnior (*apud* MASCARENHAS e GODINHO, 2010, P. 176) expõe que o lesado deve mensurar o dano em razão da perda dessa chance e não da sua totalidade, como se houvesse certeza de sua ocorrência. Trata-se do ressarcimento pelo fato de ter a possibilidade perdida.

Nesse contexto, analisa Silvio de Sávio Venosa (2012, p. 308):

[...] a doutrina aconselha efetuar um balanço das perspectivas contra e a favor do ofendido. Da conclusão resultará a proporção do ressarcimento.

Trata-se então do prognóstico que se colocará na decisão. Na mesma senda do que temos afirmado, não se deve admitir a concessão de indenizações por prejuízos hipotéticos, vagos ou muito gerais.

Verifica-se, então que o magistrado deverá fazer uma determinação de parâmetros para apurar, de início, a probabilidade que o sujeito tinha de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo. A partir de então, estabelece-se um coeficiente que deverá ser aplicado sobre o valor do dano final. E é devido a isso que prejuízo na perda da chance deverá ser provado pelo lesado.

A respeito do tema, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 115) esclarece que

a impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance, ora como espécie típica de dano, ora como utilização pouco ortodoxa do nexo de causalidade.

Como exemplo, um advogado que não apresenta recurso e ajuíza ação apenas depois do prazo prescricional deve pagar pelos danos materiais gerados ao cliente, sendo esta quantificação do dano arbitrada pelo juiz, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Dessa maneira, caso entenda o juiz que havia uma probabilidade de 70% do sucesso da ação, após uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso, fará incidir essa porcentagem sobre tal resultado, de forma que a indenização pela perda da chance será fixada em 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera pela negligência do advogado, conforme observa Gonçalves (2018, p.286).

Ademais, sobre a quantificação do dano, afirma Venosa (2017, p. 414), quando se faz referência à chance, se falam de situações na qual há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração da percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa, até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato, ou a data da morte.

Por fim, ressalta Noronha (2010, p.704) que o dano pela perda da chance se configura pela perda da chance em si, e não na vantagem que era esperada, pois

esta é mera expectativa que não se tem mais condições de saber se ocorreria se não fosse o fato antijurídico.

Então, para a quantificação do dano pela perda de uma chance, tendo em vista a sua não disposição explícita na legislação brasileira, é necessária uma análise detalhada pelo magistrado do caso concreto, de tal forma que se percorram, de forma geral, três etapas para fixação da indenização: indicação do dano integral, indicação da chance e aplicação do percentual ao dano total. Assim, com o devido ressarcimento do dano, ocorre a volta ao equilíbrio jurídico-econômico que foi interrompido pelo ato ilícito, propiciando que a pessoa lesada retorne ao status quo ante, cumprindo a responsabilidade civil sua função.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da responsabilidade civil está presente em todas as ações do homem, pois quando há uma agressão a um interesse particular ocasionando danos, o infrator é sujeito ao ressarcimento da vítima.

Busca-se um estado de equilíbrio, que foi se desenvolvendo ao longo do tempo na a sociedade, pois quando ocorria algum dano a alguém, nas sociedades primitivas, imperava a vingança, que mais tarde foi sendo substituída pela Lei de Talião e Lei das XII tábuas.

Com o advento das máquinas, constante aprimoramento das indústrias e crescimento da sociedade, houve questionamentos e buscas por direitos, e por indenizações de todas as espécies. Nesse tempo, não se cogitava o fator culpa, nem mesmo a distinção entre a pena e a reparação. Com o advento da Lex Aquilia de damno veio a cristalização da ideia de reparação pecuniária do dano, havendo, então a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana. Aos poucos a responsabilidade civil foi se estabelecendo na doutrina influenciando o Código Civil francês, que tornou-se referência para quase todas as legislações, inclusive para o Código Civil Brasileiro.

Com o Código Civil de 2002 criou-se novas maneiras de aplicação da lei quanto à responsabilização civil, fazendo-se com que o direito seja vislumbrado dentro de uma função social, evitando-se novas ofensas a qualquer pessoa, por meio de penalizações significativas.

Assim, surgiram diversas classificações da responsabilidade civil relativas à culpa, a contratos e acordos firmados, ou obrigação decorrente de um direito violado, além de classificações quanto ao agente causador do dano. Então, a responsabilidade civil passou a ser detentora de diversas funções na sociedade como: de reparação, de punição e de precaução conferindo um caráter social e tornando mais efetivo e menos litigioso o amparo à vítima.

Dessa forma, foram estabelecidos os principais elementos da responsabilidade civil que são: a conduta humana, através da ação positiva ou omissão, sendo realizada por pessoa física ou jurídica, identificada na legislação brasileira no art. 186 do CC mediante análise do seu texto, a saber: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; a culpa, que

inicialmente era requisito para a condenação pelos danos provocados, mas que com o passar do tempo não conseguiu satisfazer todas as necessidades dos casos concretos, até que, com o desenvolvimento dos estudos, foram sendo admitidos a responsabilização sem o elemento culpa, em algumas atividades que apresentassem, por sua natureza, risco para os direitos de outrem; o nexo de causalidade, pois sem ele não há obrigação de indenizar; e o dano, que é a lesão a um interesse jurídico tutelado, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Assim, em meio ao surgimento dos mais diversos danos a serem indenizados, como dano à imagem, danos estéticos, danos de férias arruinadas, entre outros, surge o dano pela perda de uma chance, ocasionado quando há a perda de uma chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, provocada pela conduta de alguém. Dessa maneira, diversos doutrinadores passaram a abordar o assunto, desenvolvendo a teoria da perda de uma chance, cuja origem foi a França e que só recentemente foi adotada no Brasil.

A teoria da perda de uma chance tem feito cada vez mais, os tribunais pátrios debaterem a seu respeito, pois a interpretação literal da legislação vigente e dos pressupostos da responsabilidade civil não conseguem abranger a totalidade de novos danos que vêm surgindo.

Embora essa teoria seja um desdobramento da responsabilidade civil, e que, portanto, o caso concreto a ser analisado deve conter os mesmos pressupostos básicos da responsabilidade civil (conduta do agente, culpa, nexo causal e dano), alguns desses elementos serão analisados através de uma nova visão, como é o caso do dano, que deverá ser certo, atual e injusto, e do nexo causal, que agora não será mais relacionado ao resultado final do evento danoso, mas à perda da chance de ter obtido um sucesso ou de ter evitado o prejuízo.

Dessa maneira, é necessário que a chance perdida seja séria e real e não apenas uma hipótese de possibilidade de se alcançar o êxito pretendido ou de se evitar o prejuízo. Também, não há que se falar em ressarcimento pela chance perdida se não existia a probabilidade de se conseguir uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. Ao mesmo tempo, deve haver a impossibilidade de se demonstrar efetivamente a realização do resultado final, pois, senão, se estaria diante de uma certeza de resultado não cabendo ressarcimento pela perda de uma chance. É interessante notar que em relação ao nexo de causalidade, é preciso que se esteja certo de que, sem a execução do ilícito, o dano não teria ocorrido.

Por fim, quanto ao elemento dano, não bastam as simples alegações de existência de uma possibilidade para a obtenção do êxito e de suas frustrações. Devem ser demonstrados, de forma que se justifique a busca pelo ressarcimento.

Assim, esse estudo não teve a intensão de esgotar as discussões a respeito do tema sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, de instigar a que cada vez mais sejam utilizadas maneiras justas de se ressarcirem os danos provocados por alguém, analisando-se os aspectos evolutivos da sociedade, contribuindo o Direito, dessa forma, para a manutenção do equilíbrio da vida em sociedade

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. **Responsabilidade civil pela perda da Chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba, Ed. Juruá, 2015.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Código Civil. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em 12/11/2018.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. Constituição Federal de 1988.

_____. **Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 788459 BA 2005/0172410-9 - Inteiro Teor**. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297> >. Acesso em 01/11/2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1236809 DF 2011/0011395-4 – Inteiro Teor**. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25122051/recurso-especial-resp-1236809-df-2011-0011395-4-stj/inteiro-teor-25122052> >. Acesso em 01/11/2018.

CARVALHO, Daniela Pinto. **Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8698/1/DANIELA%20PINTO%20DE%20CARVALHO%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf> >. Acesso em 03-10-2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume VII. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em < <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf> >. Acesso em 25/06/2018

GAGLIANO, P. S; Pamplona, R., Filho. **Novo curso de Direito Civil**, volume 3: responsabilidade civil. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume II: Teoria geral das obrigações. 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.*

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, volume 2: obrigações e responsabilidade civil. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

_____, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, volume 1: parte geral. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.