

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem sua área de estudos concentrada nos ramos do Direito Civil, Constituição Federal, elementos científicos, doutrinas, e busca averiguar através de pesquisa teórico-dogmática, com bibliográfica de caráter descritiva e explicativa, bem como entendimento jurisprudencial, e os problemas jurídicos que norteiam o seguinte tema “A possibilidade de indenização por dano moral pela perda de uma chance”, uma vez que, aprofundado os estudos sobre a responsabilidade civil no que tange a possibilidade de reparação do dano pela perda de uma chance.

Desse modo a presente pesquisa é desenvolvida de forma gradual, apresentando conceitos doutrinários e jurisprudências atuais para esboçar e analisar o tema proposto.

A responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar o outro, desta forma pode ser definida como a aplicação de medidas que obriga alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

O dano moral refere-se à ofensa ao patrimônio imaterial de determinada pessoa, ou seja, a ofensa recai sob direitos de personalidade, desta forma o dano deverá causar lesão à honra, crenças, paz, a dignidade, em fim, aquele que ofende a dignidade do próximo. A Constituição Federal brasileira prevê a reparação ao Dano Moral, frisando, que tal regulamento estar consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, porém, nem sempre foi assim. No passar do tempo à reparação do dano moral, passou a ser visualizado como algo possível, tendo um caráter compensatório.

E com o progresso da responsabilidade civil surgiram varias maneiras de reparação, merecendo atenção e compreensão a questão da perda de uma chance. A perda de uma chance vem sendo abordada em diversas discussões doutrinárias no mundo. Com diversos casos, privando pessoas de obter uma oportunidade, ou de evitar um prejuízo, pois foi afetado por um ato lesivo ocasionado por outrem.

Assim surgiu a teoria da perda de uma chance justamente para tentar reparar o dano decorrente da perda da oportunidade, pois, hoje é possível identificarmos um dano independente de seu resultado final.

No que tange à estrutura da presente monografia vislumbra-se que é composta por três capítulos.

O primeiro capítulo elenca sobre a conceituação da responsabilidade civil juntamente com uma breve análise histórica, e sintetizando os seus elementos: A conduta, o nexo de causalidade e o dano.

O segundo capítulo observa a perspectiva sobre o dano moral, conceituando-o para um melhor entendimento, abordando as suas classificações e dando ênfase no seu mecanismo de reparação.

Por fim, o terceiro e último capítulo, diz respeito ao problema em si, abordara sobre a perda uma chance, descrevendo a perda como dano certo e indenizável a respeito do dano moral, versara também a cerca de sua fundamentação e quantificação.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Cotidianamente os sujeitos que compõem a sociedade reclama da ordem jurídica o estabelecimento da pacificação nas relações que os norteiam. Assim, na busca desse fim comum, tutelam-se condutas lícitas ao ordenamento e reprimindo aquelas contrárias ao mesmo.

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

A noção de responsabilidade – *latu sensu* – traz à idéia de obrigação, de vinculação ao resultado de conduta praticada, sendo essa, não raramente, contrária ao ordenamento. Nesse contexto, desenvolveu-se a teoria da responsabilidade civil, fundada no restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial, afetado por uma conduta, que transgrediu norma pré-existente. Nessa linha leciona Venosa (2015, p. 1):

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

Responsabilizar alguém pelo dano praticado não conduz ao enriquecimento indevido da vítima, tendo em vista as inúmeras demandas que se acumuladas nos tribunais. A responsabilização civil é o instituto da reparação do dano e nada mais. De outro lado, não se busca a ruína para o causador do ilícito. Em que se observa o caráter sancionador da obrigação de reparar, principalmente em sede de dano moral, o objetivo primordial do instituto em debate é o restabelecimento da situação anterior ao fato contrário ao ordenamento.

1.1. CONCEITUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A concepção da ordem jurídica está relacionada à idéia de proteger o lícito e reprimir o ilícito, de forma que a responsabilidade civil está intrinsecamente ligado a um dever geral de não prejudicar a ninguém, onde se têm a aplicação de normas que obriguem o causador do dano a reparar os prejuízos causados em razão da sua ação ou omissão.

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências, de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar um dever de indenizar. (VENOSA, 2015, p. 1)

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2012), a responsabilidade civil fundamenta se no sentido: um dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico, ou seja, há um dever jurídico que uma vez violado e a causar danos à outra pessoa, este último deverá ser indenizados, de forma a restaurar o estado anterior ao dano.

Contudo, para melhor compreensão do tema, faz se necessário diferenciar uma obrigação de uma responsabilidade, embora o termo responsabilidade possa exprimir a noção de obrigação, as duas não se confundem, pois a obrigação é o dever jurídico primário, que uma vez violado gera a responsabilidade, ou também denominado dever jurídico secundário. E assim Cavalieri Filho leciona:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. [...] *Obrigação* é sempre um dever originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.2)

Sendo essa distinção prevista em nosso ordenamento jurídico no artigo 389 do Código Civil Brasileiro 2002: “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”.

Atualmente, há uma predisposição do direito em amplificar cada vez mais o

dever de indenizar, a fim de cada vez menos vítimas de atos ilícitos fiquem sem o devido ressarcimento. De acordo com Venosa (2014), os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético, entre outros.

1.1.1. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva: breve análise histórica da responsabilidade civil

O Direito é resultante da atividade humana e dos fenômenos histórico culturais, onde tem por finalidades reger por meio das normas as relações humanas e os conflitos que surgem em meio à sociedade. E assim como o Direito o instituto da responsabilidade civil adaptou-se às mudanças sócio-culturais de forma à atender o seu objetivo primeiro: reparar o dano causado.

Em tempos pretéritos predominava a vingança, onde os povos eram regidos pela Lei do Talião, um ordenamento que pregava de forma primitiva e selvagem normas contra os prejuízos causados naquela época. Esta Lei disseminava uma expressão conhecida popularmente como “olho por olho e dente por dente”, e assim repeliam as condutas ilícitas, não sendo observado se houve culpa ou não por parte do agente causador do dano, bastava apenas uma conduta humana que causassem prejuízo.

O Talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da Bacia Mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto. (NORONHA, 2007, p. 528)

O surgimento do Código de Manu e as Leis das XII Tábuas colocaram fim no período de vingança privada, pois a partir de então as vítimas lesadas passaram a auferir vantagens econômicas ao invés de disseminar a violência, ou seja, a pena corporal fora sido substituída pela pena pecuniária. Segundo doutrinadores esses ordenamentos difundiam o legado que o patrimônio do ofensor responderia pelos danos causados a outrem, não mais sendo admitido a executar a justiça com as

próprias mãos. De acordo com Rodrigues Júnior (2011, p. 4):

[...] o processo evolutivo fez com que fosse possível substituir a vingança privada pela formação artificial de um *nexum* (um vínculo), ao qual o agressor se comprometia a pagar com o próprio trabalho um valor pactuado com o lesionado, evitando, assim, uma pena privada (corporal).

Segundo Gonçalves (2009, p. 07), “[...] quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos.” Uma vez que o Estado assumiria a função de punir o ofensor, surgindo para tanto a noção de indenização.

O Direito Brasileiro sofreu influências do Direito Francês e Direito Romano, onde este último trazia em seu bojo os ideais sobre a pena e a reparação do dano com suas distinções. Com o advento a Lei Aquiliana (*Lex Aquilia de damno*) concretizou-se o método pecuniário de indenização como meio de ressarcimento.

A *Lex Aquilia de damno* veio cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão dos valores da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano a conduta culposa do agente. (DINIZ, 2015, p. 28)

Dessa maneira, a Lei Aquiliana é considerada um divisor de águas no ordenamento jurídico, uma vez que dela origina-se a responsabilidade extracontratual, onde há aplicação do critério psicológico, culpa, na obrigação de indenizar, ou seja, a partir da ação ou omissão do causador do dano que pode ser medido o grau de culpa com que atuou o agente.

Com as mutações no seio da sociedade, houve também evolução no fundamento que rege o instituto da responsabilidade civil, onde o dever de reparação não estaria centrado apenas na culpa, no caso em que a responsabilidade civil é subjetiva, mas também no risco que a conduta do agente produz, tratando-se então da responsabilidade civil objetiva. O fator culpa se tornou obsoleto para cobrir os danos, por se tratar de um elemento subjetivo, o risco que determinadas atividades humanas expõe as pessoas passava a ser causa de indenizações, bastando apenas provar que o dano foi em virtude da atividade desenvolvida.

[...] verifica-se que neles estão presentes os requisitos para configuração do dever de indenizar: *ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou*

nexo causal, dano e, finalmente, culpa. Ao analisarmos especificamente a culpa, lembremos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar o seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar. [...] Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade civil objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade, ainda que não se confunda com culpa presumida com responsabilidade objetiva. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da *teoria do risco*, com vários matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos e perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. (VENOSA, 2015, p. 7-8)

O ordenamento jurídico brasileiro passou por várias etapas evolutivas até se chegar ao entendimento atual. Segundo Gonçalves (2009, p.9) em tempos passados não haveria possibilidade de reparação civil sem que primeiro tenha havido uma sentença penal, ou seja, a reparação do dano estaria condicionada a condenação penal. Pois nesse momento da história do Brasil não havia independência de jurisdição criminal e civil.

O Código Civil Brasileiro de 1916 era filiado à Teoria Subjetiva, sendo indispensável demonstrar a culpa ou dolo do agente causador do dano para que houvesse a reparação do prejuízo. Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, no seu artigo 5º, inciso XLV concretizava-se a idéia da obrigatoriedade da reparação:

Art 5º. XLV – CF/88: nenhuma pena passara da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Com o advento do atual Código Civil 2002, manteve a responsabilidade subjetiva em seu texto legal ao dispor no artigo 186 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem [...], contudo adotando também a teoria do risco, estando prevista no artigo 927 do mesmo texto legal.

Art. 927 - CC/2002 – parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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.

Em síntese, a evolução da responsabilidade civil traz em seu bojo a idéia primordial de reparação de prejuízos causados a alguém, uma forma de punir o causador do prejuízo e uma tentativa de retroceder ao estado que era antes do dano à pessoa prejudicada.

1.2. SÍNTESE DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo o art. 186 do Código Civil Brasileiro 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”.

[...] existem quatro pressupostos que compõe a noção de responsabilidade civil, e que devem se encontrar presentes para que os efeitos decorrentes de tal conceito sejam alcançados. São eles, a ação ou omissão do agente, o dano à vítima, o vínculo ou nexos entre tal ação, omissão e o dano e, igualmente, a conduta culposa, que caracteriza a atitude do dito agente, que se caracteriza na imperícia, imprudência ou negligência. (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p.77).

O dispositivo citado traz os elementos da responsabilidade civil: conduta humana, dano e o nexos de causalidade. Observa-se que o primeiro a ser contemplado é a conduta humana, seja ela comissiva ou omissiva. Sendo que para existir a responsabilização, necessário se faz a presença de uma conduta, sendo esta exteriorizada, no fazer ou não fazer, quando o ordenamento exigia o primeiro.

O dano é um elemento essencial ao direito de indenizar, pois, a presença do mesmo é indispensável. Desta maneira, seja qual for à espécie de responsabilidade, o dano é requisito fundamental para configuração do dever de indenização.

O último norteador da responsabilização é o elo entre a conduta do agente e o dano causado, também denominado na doutrina como nexos de causalidade. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.

Entretanto, compreende-se que a componente culpa não foi lembrada como elemento que define a responsabilidade civil, uma vez que, foi ultrapassada pela teoria do risco, que defende a responsabilidade civil objetiva tornando assim a culpa como um elemento secundário.

1.2.1. A Conduta

O primeiro elemento, o qual vem compor todo ato ilícito, e por seguimento da responsabilidade civil é a conduta humana, ou seja, uma ação ou omissão, que produzirá consequências jurídicas, nas palavras de Rodrigues Junior “o ato ilícito é a

manifestação de vontade, dolosa ou culposa, que viola direito e causa dano a vítima”.

Em suma entende-se que, só haverá responsabilidade civil quando existir um ato humano capaz de atingir a ordem jurídica e causar um dano. De acordo com Stoco (2007, p. 129):

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária [...] a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Neste ponto, a indenização vem a derivar de uma ação ou omissão do agente, sempre que desrespeitar uma responsabilidade primária e originária. Portanto, não serão todos os atos que terão capacidade de causar a responsabilização, porém, somente àqueles que causarem o dano, “porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente” (CAVALIERI, 2012, p. 3), como assegura o art. 186 do Código Civil.

O ato poderá ser executado por uma ação, antes de haver uma obrigação de não fazer algo. Desta forma, existindo um exercício legal de desistência e o agente executar tal conduta, estará o mesmo infringindo um dever e adiante estará, causando um dano e sujeitando a responsabilização deste ato.

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de uma fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 25).

Haverá também ato ilícito ocorrendo por omissão caracterizada, “pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25). Em regra geral, entende-se que a omissão não pode gerar o dano por se tratar de uma conduta negativa, não ocasionando prejuízo algum. Contudo Cavalieri Filho (2012, p. 25) leciona que:

[...] omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Logo, uma vez não impedindo resultado, significaria permitir que a causa

operasse.

1.2.2. O Nexo de Causalidade

Este segundo elemento, origina-se das próprias leis naturais. A responsabilidade civil adveio em decorrência da ligação de causa e efeito existente entre a ação e omissão do agente e o dano, em outras palavras o nexos de causalidade é o elo entre a conduta do agente e o dano.

É o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49)

Entretanto, não é preciso que o agente, apenas tenha praticado um ato ilícito, ou que tão somente a vítima tenha sofrido algum dano. Em suma, é necessário que o dano tenha ocorrido, em virtude do ato ilícito praticado pelo agente, e por tanto possa existir uma relação de causa e efeito entre ambos.

Desta forma, é preciso que a conduta ilícita seja a causadora do dano, e que este último seja a consequência do primeiro.

O trabalho para demonstrar o nexos de causalidade não é simples, levando os doutrinadores a levantarem hipóteses de quando e quais as situações o indivíduo será obrigado a reparar o dano, mesmo que não venha a ser o responsável pelos prejuízos, que no caso se trata da responsabilidade por parte de terceiro.

1.2.2.1. Fato exclusivo da vítima

Normalmente as doutrinas trazem consigo, como fato exclusivo da vítima quando o agente causador será considerado por aparência sob o ocorrido, de tal forma que quem causou todo dano foi o próprio lesado, e assim pondera Cavalieri Filho:

[...] o fato exclusivo da vítima exclui o próprionexo causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69).

Pode-se observar que a vítima pode concorrer de qualquer jeito para a realização do resultado danoso, sem que atrapalhe o nexocausal entre a conduta do agente infrator e o dano pela outra recebida, ou seja, o lesado por ação ou omissão, auxilia para com o resultado danoso, apesar do dano experimentado não seja efeito direto e imediato da conduta do primeiro, mas apenas do agente infrator.

Neste caso, é atribuído o nome de causas concorrentes, e, em meio à ação indenizatória, cada um dos elementos do evento do dano responderá mediante seu grau de culpa, no que tange o art. 945 do Código Civil de 2002, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Dessa maneira, vale ressaltar que a atuação da vítima na realização do próprio dano é descontrolada, a ponto de conceder como resultado direto e imediato de sua conduta o prejuízo. Todavia a conduta do lesado não apenas interfere de maneira indireta no resultado, mas, completa a causa adequada direta e imediata do mesmo.

A vida concorre com sua conduta para o evento juntamente com aquele que é apontado como único causador do dano. Nesse caso é também preciso estabelecer em que medida em que medida a vítima efetivamente concorreu, em que medida a sua conduta foi ou não causa adequada evento.(CAVALIERI FILHO, 2012, p. 60)

Contudo, será cabível ao demandado judicialmente a prova de que o demandante, neste caso, a vítima dará causa ao resultado danoso. Entretanto, não procedendo, será reconhecida, ou então será responsabilizada a competência de causas, observando que a excludente de responsabilidade tem que ser precisamente demonstrada no meio do processo.

1.2.2.2. Fato de terceiro

Outra excludente da responsabilidade civil é o fato de terceiro, trata se de uma pessoa estranha na relação vítima e causador aparente do dano, em que há

exclusão do nexo de causalidade entre o ofendido e o aparente causador do prejuízo. Venosa (2015) conceitua terceiro como sendo “alguém mais, além da vítima e o causador do dano”.

Terceiro é qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado. Pois, não raro, acontece que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69)

Contudo, não temos em nosso ordenamento jurídico nenhuma norma que regule diretamente essa excludente, apenas os artigos 929 e 930 do Código Civil de 2002 remetem a responsabilização de terceiro de forma indireta, que uma vez a conduta de um terceiro causar dano a outrem, caberá ao causador aparente o ressarcimento da vítima sendo preservado a ele o direito de regresso contra aquele (terceiro) que deu causa ao evento danoso.

Art. 929. CC/2002 - Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. CC/2002 – No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Vale ressaltar que somente caberá fato de terceiro como excludente de nexo causal quando a culpa for exclusivamente do terceiro e romper o nexo causal, pois verificando que o agente aparente causador concorreu para o dano, este último não poderá alegar o fato de terceiro como excludente, a não ser que prove em juízo que o fato era irresistível.

No caso concreto importa verificar se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano. Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexo causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível. (VENOSA, 2015, p. 71)

Outro ponto relevante é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Súmula 187 que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”, dessa forma, observa-se aplicação da teoria do risco, pois, por ser uma atividade de risco, o transportador deverá tomar todos os cuidados necessários para se evitar o evento danoso.

1.2.2.3. Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior também são excludentes do nexo causal, uma vez que se tratam fatos estranhos à vontade do interessado, ou seja, o evento danoso não decorre pelo fato do agente, mas proveniente de acontecimentos que saem do controle humano

Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida de cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente. (CAVALIEIRI FILHO, 2012, p. 71)

O caso fortuito e a força maior encontram respaldo no ordenamento jurídico pelo artigo 393 do Código Civil Brasileiro de 2002 onde dispõe que o “devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles responsabilizados”, observa-se que o texto legal não faz distinções entre conceitos de força maior ou caso fortuito, pois em ambos os casos os efeitos não são possíveis de evitar ou impedir.

Contudo os doutrinadores buscam estabelecer diferenças entre os mesmos, afirmando que estaremos diante de um caso fortuito quando se tratar de algo imprevisível; e no caso da força maior ele é irresistível, pois o evento danoso é previsível, contudo inevitável. Assim leciona Venosa (2015, p. 62):

A doutrina costuma apresentar as mais equívocas compreensões dos dois fenômenos. Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexo causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência.

Quando se trata de excluir o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo, com fundamento na força maior ou caso fortuito, a doutrina estabelece alguns critérios, Silvio Rodrigues *apud* Leite (2011) os cita:

a) O fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e se há caso fortuito não pode haver culpa, na medida que exclui o outro. Como dizem os franceses, citado por Carlos Roberto Gonçalves, “culpa e fortuito são coisas que gritam juntos”; b) fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora

do alcance do poder humano.

No que tange as excludentes da responsabilidade civil, no qual exclui o nexo de causalidade, elas devem ser demonstradas na relação processual, pois, na falta delas não serão reconhecidas.

1.2.3. O Dano

Por último, não menos importante que os outros pressupostos da responsabilidade civil temos o dano, elemento primordial do instituto uma vez que somente poderá pleitear ação indenizatória caso tenha a existência de um prejuízo.

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Poderia haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra da responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. [...] Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral não se impõe o dever de reparar. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77)

Entende-se como dano quando da ação ou omissão do agente causar lesão em qualquer bem ou interesse jurídico, econômico ou não econômico. Temos em nosso ordenamento jurídico duas classificações de danos: os danos materiais e os danos imateriais (moral), ou seja, quando o agente causar dano a bens patrimoniais, de cunho econômico do ofendido, será o dano material e ainda quando o agente causar um dano vindo a afligir os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, há de se falar em dano moral.

No que tange o dano moral a própria Constituição Federal, no seu artigo 5º inciso X prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente dessa violação”, assim como o artigo 186 do Código Civil Brasileiro que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em relação os danos materiais, que são aqueles em que o ato lesivo recai

sobre o patrimônio do prejudicado, eles compreendem o dano emergente e os lucros cessantes. VENOSA (2015, p. 46) define o dano emergente “como o chamado dano positivo, que traduz a diminuição do patrimônio, o dano mais facilmente avaliável, pois depende exclusivamente de dados concretos”. Enquanto que os lucros cessantes, “o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar”, em outras palavras o que a vítima teria auferido caso não tivesse ocorrido o dano.

O dano emergente e os lucros cessantes encontram respaldo no artigo 402 do Código Civil Brasileiro 2002, onde dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Vale ressaltar a Súmula 37 do Supremo Tribunal de Justiça que faz previsão que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, desse modo quando se tratar de ação indenizatória em responsabilidade civil, o pedido de danos materiais e dano moral podem estar cumulados.

2. DANO MORAL

2.1. CONCEITO

Como já foi abordado no capítulo que antecede a este, o dano pode ser classificado como, dano material e dano imaterial (moral). Sendo que o dano material recai sob os bens patrimoniais enquanto o dano imaterial (moral) consiste na lesão a direitos da personalidade e da dignidade de cunho não-econômico.

O dano patrimonial vem a ser lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

[...] O dano moral vem a ser lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo. (DINIZ, 2015, p. 84-108).

Referindo-se a dano moral, podemos mencionar um conceito negativo e outro positivo. No conceito negativo entende-se que o dano moral é aquele o qual não tem o caráter patrimonial, isto é, todo dano não material. Portanto, o dano moral é todo tipo de sofrimento o qual não é provocado por uma perda pecuniária. E como conceito positivo é considerável que o dano moral está ligado à dor, angústia, vexame, tristeza, humilhação, sofrimento e desconforto. Entretanto, atualmente não é mais possível limitar o dano moral a estes componentes, em consequência que ele se amplia a todos os bens personalíssimos.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONCALVES, 2009, p.359).

Em tempos pretéritos, houve uma resistência para se admitir o dano moral como sendo causa de indenização. Contudo com o advento da Constituição Federal

de 1988, o dano moral encontra respaldo no 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”.

O dano moral está inserido na Constituição Federal de 1988 no título de direitos e garantias fundamentais, além de outros textos legais, como Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/1990) e Código Civil Brasileiro 2002, entre outros expressos no nosso ordenamento jurídico.

2.1. CLASSIFICAÇÃO DO DANO MORAL

O dano moral pode ser: direto ou indireto, dano moral exclusivo ou mesmo cumulado com o dano material, e ainda o dano moral proveniente de pessoas jurídicas, que serão analisados nos próximos itens.

2.1.1. Dano direto e Dano Indireto

Tendo em vista que o dano moral decorre da violação de bens e interesses jurídicos não patrimoniais protegidos pelo ordenamento jurídico, cujo resultado direto deste é o sofrimento, a dor, o constrangimento entre outros desconfortos causados ao ofendido, observa-se uma relação entre a consequência do dano e a natureza jurídica do bem violado.

Em suma, o dano extrapatrimonial, ou também chamado dano moral, deriva da violação de interesses e direitos como o da personalidade e da lesão à dignidade da pessoa humana.

Dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de

família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2015, p. 112)

Enquanto que no dano moral indireto há a violação em bens jurídicos patrimoniais, contudo não há uma relação entre natureza do bem jurídico violado e a espécie do dano (dano moral). Pois neste caso, o dano estaria diretamente ligado ao resultado direto e imediato da conduta do agente, que é a dor, o constrangimento, à honra. Em exemplo, seria o caso da perda de anel de noivado, que há um valor sentimental para vítima, onde sua perda pode lhe causar a dor e o sofrimento.

Maria Helena Diniz (2015, p. 112) assim o conceitua:

O dano moral indireto consiste na lesão de um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P. ex.: perda de coisa com valor afetivo.

O dano moral indireto encontra respaldo no artigo 952, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro onde prevê: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”.

2.2.2. Dano moral exclusivo e cumulação com dano material

No que tange a admissibilidade de cumulação de dano moral com dano material, há muito que essa questão era controvertida na seara jurídica. Em tempos pretéritos o dano imaterial era considerado irressarcido, com fundamento de que era impossível fazer algum cálculo de valoração sobre a dimensão da dor, da honra, da imagem, da intimidade que tinha sido violado. Cavaleiri Filho (2012, p. 91) assim ponderava: “Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar estabelecer um preço sobre a dor.”

Contudo no que tange os fundamentos da responsabilidade civil, a natureza do dano não pode onerar à sua reparação, uma vez havendo lesão a um bem ou interesse tutelado juridicamente, estes devem ser reparados. Com isso entende-se que a reparação do dano moral seria uma compensação pelo sofrimento, humilhação e vexame sofrido injustamente pelo lesado.

O ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. [...] Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação – que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece por um novo”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 91)

Portanto, mesmo com a dificuldade de se determinar uma avaliação econômica dos direitos personalíssimos e da dignidade da pessoa humana, é inegável a existência do dano moral e a sua reparação.

Entretanto, mesmo após admitindo-se o dano moral entendia-se que uma vez havendo a reparação do dano material estaria havendo também a reparação do dano moral, pois o dano moral estaria incorporado ao dano material, inexistindo assim a indenização por danos materiais e morais oriundos de uma mesma conduta.

Passou-se, então, a admitir o ressarcimento do dano moral, desde que autonomamente, isto é, não cumulados com o dano material. O argumento, agora, era de que o dano material absorve o dano moral, afastando, nesse caso, a sua reparação. Também aqui como de vênias, funda-se o argumento em um sofisma. Em inúmeros casos, o ofendido, além do prejuízo patrimonial, sofre também o dano moral, que constitui um *plus* não abrangido pela reparação material. E assim é porque o dano material, conforme já demonstrado, atinge bens do patrimônio da vítima, enquanto o dano moral ofende os bens da personalidade. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.92)

Com o advento da Constituição Federal em 1988, colocando em seu 1º artigo a Dignidade da Pessoa Humana como sendo um dos fundamentos da República Federativa Brasil, e ainda no seu artigo 5º, tendo como título “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, expressamente previsto em se admitir a reparabilidade dos danos morais, tornou-se indiscutível a questão da cumulação de danos materiais e morais provenientes de uma mesma conduta, sendo reconhecido pelo Superior Tribunal da Justiça ao dispor na ordem jurídica a Súmula 37, que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos de um mesmo fato”.

2.2.3. Dano moral e pessoas jurídicas

Pessoas jurídicas são tipos de agrupamentos compostos por pessoas físicas ou bens, os quais se juntam para um único fim, por isso, são denominados com

personalidade jurídica e são sujeitos de direito, estes, que defendem o nome ou razão social primordialmente, para que assim possam existir no âmbito jurídico.

As pessoas jurídicas entes citados pela lei, que lhes fornece a capacidade de serem sujeitos de direitos e obrigações, atuando na sociedade com personalidade jurídica, distinta das pessoas naturais que a compõem, mas como são imateriais, necessitam sempre de representação de uma pessoa natural. (NETO, 2010).

Sabe-se que, as pessoas jurídicas também são consideradas como pessoas morais, ou seja, não são apenas as pessoas físicas que são protegidas dos ataques de atos contrários à ordem jurídica, da mesma forma as pessoas jurídicas são amparadas das condutas ilícitas.

No que tange as pessoas jurídicas e o dano moral, onde esse último decorre da violação dos da personalidade e dignidade, logo nos remete a idéia da ofensa a honra da pessoa física e jurídica, pois, quando é em desfavor da pessoa física, a sua honra subjetiva, pode ser ofendida de tal forma a atingir a sua dignidade, o respeito consigo mesmo, auto-estima, reputação e assim podendo passar dor, humilhação e vergonha, nestes casos relacionados à honra objetiva.

Registre-se, ainda, que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, é exclusiva do ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum a pessoa natural e à jurídica. (CAVALIEIRI FILHO, 2014, p. 128)

Enquanto a pessoa jurídica não ha possibilidade de sentir emoção e dor, estando desprovida de honra subjetiva e protegida de injúria. Quanto ao ataque à honra objetiva, pois desfruta de reputação junto a terceiro, passiva de ficar comovida por atos que possam denegrir o seu nome no meio comercial onde atua.

[...] é preciso reconhecer que ela, embora despida de certos direitos que são próprios da dignidade humana – tais como a integridade física, psíquica e da saúde -, é titular de alguns direitos especiais da personalidade, ajustáveis às suas características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 128)

Portanto, ainda que pessoas jurídicas não possuam capacidade em sentir dor, humilhação ou vexame, por não se tratar de seres humanos, as mesmas são dotadas de capacidade jurídica, sendo caracterizadas por seu nome, que pode vir a sofrer com condutas ilícitas contra sua honra, que seria no tocante a sua boa fama perante a sociedade.

2.3. MECANISMO DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Uma vez comprovado a existência do dano, cabe ao ofendido reclamar em juízo para que seja realizada a reparação do prejuízo. Contudo, a problemática que se tem no âmbito dos danos morais é a impossibilidade da restituição integral do dano sofrido e a sua quantificação, por se tratar de lesão a danos extrapatrimoniais. Assim assevera Diniz (2015, p.132)

No ressarcimento do dano moral, às vezes, ante a impossibilidade de reparação natural, isto é, da reconstituição natural, na *restitutio in integrum* procurar-se-á, ensina-nos De Cupis, atingir uma “*situação material correspondente*”. P. ex.: nos delitos contra reputação, pela publicação, pelo jornal, do desagravo, pela retratação pública do ofensor; ou pela divulgação, pela imprensa, da sentença condenatória do difamador ou do injuriador e a suas expensas; no dano estético, mediante cirurgia plástica, cujo preço estará incluído na reparação do dano e na sua liquidação.

Tendo em vista que a responsabilidade civil tem como objetivo reparar os prejuízos causados ao ofendido e penalizar o ofensor para que a conduta ilícita não seja reiterada, conclui-se que a natureza jurídica da reparação do dano moral não está centrada apenas na satisfação do ofendido, mas também na esfera penal. Segundo Maria Helena Diniz (2015, p. 131)

Do exposto infere-se que a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar a sua função: a) *penal*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) *satisfatória ou compensatória*, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.

No tocante a quantificação do dano, ou seja, determinar um valor para que dano seja sanado, Cavaleiri Filho (2014, p.152) leciona que existem vários critérios como “a razoabilidade, a ponderação, o arbitramento, a equidade, além do tradicional método matemático da diferença”, baseados na doutrina, jurisprudências e até mesmo no próprio texto de lei.

a) não se deve aceitar uma indenização meramente simbólica;

- b) deve ser evitado o enriquecimento injusto;
- c) os danos morais não se amoldam a uma tarifação;
- d) não deve haver paralelismo ou relação na indenização por dano moral com o dano patrimonial;
- e) não é suficiente a referencia ao mero prudente arbítrio do juiz;
- f) há que se levar em consideração a gravidade do caso bem como as peculiaridades da vítima e de seu ofensor;
- g) os casos semelhantes podem servir de parâmetro para as indenizações;
- h) a indenização deve atender ao chamado prazer compensatório, que nós preferimos chamar de lenitivo e, finalmente;
- i) há que se levar em conta o contexto econômico do país. (VENOSA, 2015, p. 342)

Portanto, a reparação do dano moral constitui um ressarcimento do dano como meio compensatório, onde não tem aptidão para alcançar a restauração integral, pois uma vez produzido um ato ilícito contra um bem ou interesse extrapatrimonial mesmo com a reparação não tem como elidir as conseqüências da conduta, mas apenas atenuá-las, além do caráter punitivo para com o agressor, pois tem reflexos diretos em seu patrimônio.

3. DA PERDA DE UMA CHANCE

A expressão chance utilizada pelos franceses, expressa em sentido jurídico, oportunidade auferir uma situação melhor futuramente ou então evitar uma perda. Desse modo, entende-se por chance como oportunidade, a possibilidade de alcançar o resultado.

A chance frustrada, para Fernando Noronha, caracteriza-se pela perda da oportunidade de obtenção de uma vantagem ou pela frustração da oportunidade de evitar um dano. Enfim, a perda da chance é, de modo genérico a frustração de probabilidade de obtenção de um benefício na esfera jurídica de quem foi lesado, moral ou patrimonialmente por um comissivo ou omissivo do lesante. (DINIZ, 2015, p. 87)

Percebe-se que, para consumir a responsabilidade civil pela perda de uma chance é preciso que essa chance seja real e séria, e não um possível desejo, suposição ou eventualidade. Desta forma a perda de uma chance deve ser caracterizada como a perda da oportunidade de se conquistar o resultado o qual era esperado ou evitar um possível dano, reconhecendo as oportunidades que tinha para conseguir o resultado final para serem relevantes ou não para o direito. Leciona Savi (2009, p. 19):

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

Contudo, quando se refere em perda de uma chance não há exigência de indenizar a perda do resultado, mas sim à perda da oportunidade, a indenização se dá no que concerne às possibilidades, a probabilidade de se alcançar o resultado, não existindo obrigação de provar se a vítima teria ou não o resultado alcançado.

A teoria da perda de uma chance vem de origem francesa (perte d'une chance) na década de 60 e foi propagada para a Itália, onde a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi preceituada quando o autor Giovani Pacchioni abordou sobre a mesma, na obra *Diritto Civile Italiano* dos casos mencionados na doutrina francesa.

Historicamente o direito desconhecia a chance de responsabilizar o autor do dano decorrente da perda da vítima obter a oportunidade de uma situação futura melhor ou de evitar um prejuízo.

No Brasil, o amparo da responsabilidade civil fundado na perda de uma chance, é inovador. Somente no ano de 1990, em uma conferência no Rio Grande do Sul, que o professor francês, François Chabas, introduziu a teoria da perda de uma chance, posteriormente sendo amparada por doutrinadores e pelos tribunais.

Portanto, o direito brasileiro juntamente com o crescimento da responsabilidade civil propiciou várias possibilidades para a reparação dos danos causados as vítimas com a chegada da perda de uma chance, e assim vem conquistando seguidores, e mesmo não havendo disposição no Código Civil Brasileiro de 2002, é fundamentada pela doutrina e na jurisprudência.

3.1. A PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO CERTO E INDENIZÁVEL: DANO MORAL

A teoria da perda de uma chance ainda é muito discutida nos tribunais brasileiros, pois não há um entendimento pacificado em relação de o dano ser certo e determinado nas demandas da perda de uma chance, e também por não haver dispositivos legais que regulem a matéria no ordenamento jurídico.

Outro ponto controvertido no que tange a perda de uma chance trata-se do fato de que o ato ilícito provoca um evento danoso em uma oportunidade, uma expectativa de auferir um ganho ou evitar o prejuízo, e não se tratando de um prejuízo atual, porém futuro. Venosa (2015, p. 30) elucida essa situação:

A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade. Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingir 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se

casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para despesas do lar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda da chance. Sempre que se adota um raciocínio desse nível, há elementos de certeza e elementos de probabilidade no julgamento.

Vale ressaltar que mesmo se tratando de uma possibilidade, de uma chance de se adquirir um lucro ou evitar o prejuízo, o evento danoso deve prejudicar uma expectativa séria e real, pois o artigo 403 do Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe que “ainda que a inexecução resulte do dolo de 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.” Assim, o mero dano hipotético, imaginário, não gera o dever de indenizar. Nesse sentido, Venosa (2015, p.325) leciona que o dano deve ser real, atual e certo, não sendo indenizável o dano hipotético.

Contudo, a simples chance ou possibilidade, tão somente, não gera a responsabilização, necessário se faz que a vítima prove o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o prejuízo sofrido, que no caso se trata da real possibilidade de obter o lucro caso inexistisse o evento danoso.

A oportunidade perdida para ser objeto de reparação deverá, portanto, ser séria e real, ou seja, deverá demonstrar determinado grau de probabilidade que comprove que não fosse o ato ilícito de um terceiro, haveria o desencadeamento natural dos eventos, onde seria possível a ocorrência de uma vantagem ou a possibilidade de se evitar um prejuízo. Diante disso, tem-se que há a certeza na chance perdida e, por isso, demonstrada a certeza do dano. (COSTA, 2014)

Em virtude da chance perdida, o dano causado poderá ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, isto é, em se tratando de dano material ou patrimonial, a chance perdida afeta o patrimônio do lesado vindo a causar um prejuízo ou diminuição patrimonial suscetível de avaliação econômica. Seguindo essa perspectiva, assim tem-se entendido os tribunais brasileiros

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. (...). (Apelação Cível Nº. 70006227599 Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 29/09/2004)" Mas há controvérsia com relação a qual modalidade de dano patrimonial a "perda de uma chance" constitui, se dano emergente, lucro cessante ou uma modalidade intermediária. Há julgados nos Tribunais pátrios concedendo a indenização pela "perda de uma chance", a título de lucro cessante. No entanto, parece predominar o entendimento de que se trata de uma terceira espécie de dano patrimonial, consistente em um dano material hipotético (porém real), intermediário entre o lucro cessante (o que efetivamente deixou de ganhar) e o dano emergente

(o que a vítima perdeu). Assim, apesar das divergências apresentadas, observa-se que, havendo uma oportunidade perdida, desde que séria e real, a mesma passa a integrar o patrimônio da vítima, possuindo valor econômico e, assim, podendo ser indenizada.

No que concerne o dano moral, ou também conhecido dano extrapatrimonial, o evento danoso se dar por meio da dor, do constrangimento ou mesmo na angustia do lesado, ou seja, a chance perdida aflige um bem jurídico não material. Neste sentido, os tribunais brasileiros têm acolhido a possibilidade de danos morais em razão da chance perdida.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.
2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).
3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.
4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.
5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.
6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.
7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Portanto, uma vez que a chance perdida seja real e séria, a responsabilização do agente causador do prejuízo, poderá se dar tanto na esfera de dano material como na esfera de dano moral.

3.2. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A teoria da perda de uma chance não possui em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo que a regule de forma explícita, contudo ela encontra respaldo a partir do princípio geral da responsabilidade civil que define que ninguém deve causar dano a outrem, pois assim estará violando de um dever originário, e consequentemente gerando uma obrigação sucessiva, onde este terá de reparar os prejuízos causados, como dispõe o Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 186 CC/2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. CC/2002: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Observa-se que ambos os dispositivos legais citados não especificam quais os tipos de danos são reparáveis, entende-se, portanto que qualquer espécie de dano pode ser reparada, inclusive os danos provenientes da perda de uma chance.

Outro fundamento para a Teoria da perda de uma chance está no Princípio da Reparação Integral dos Danos, presente no instituto da responsabilidade civil, a ideia é que todos os danos sejam reparados, independente se sua natureza sejam eles material ou moral, ou ainda os danos que decorrem da chance perdida. No Código Civil Brasileiro esse princípio está previsto no artigo 402 que assim dispõe: “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, no título de direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º nos incisos V e X assegura aos indivíduos o direito de resposta e de indenização pelos danos causados, sejam eles de natureza material ou moral. Nota-se que a Lei Maior incorporou o Princípio da Reparação Integral dos Danos, sendo inegável o cabimento de indenização em virtude da perda de uma chance, seja na seara material ou moral.

A Constituição de 1988, por sua vez, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), implicitamente determinou cabal a reparação de todos os danos causados injustamente à pessoa humana. No Código de Defesa do Consumidor, o princípio, foi expressamente consagrado no seu art. 6º, VI, ao estabelecer, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação

dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O Código Civil de 2002, foi ainda mais explícito no seu art. 944, *caput*, ao dispor: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27)

Portanto, a preocupação do legislador é que os prejuízos causados sejam reparados, independentes da sua natureza, pois necessário se faz que a o lesado seja ressarcido.

3.3. QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA

Diante do que a jurisprudência vem dispondo sobre o tema da perda de uma chance, verifica-se que, além de exposta em muitos casos, não há um critério para sua quantificação, vindo acontecer muitos equívocos nos julgados, tendo em vista, que o princípio da razoabilidade seria o único critério contundente para que o juiz possa quantificar a indenização. Neste sentido Cavalieri (2012, p. 82) aduz “o valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atentado também aqui para o princípio da razoabilidade. Bem ilustrativo é o caso do programa de televisão que ficou conhecido como “Show do milhão”.”

Em relação ao caso show do milhão, refere-se a um concurso de perguntas e repostas em um programa de televisão em 2001, o qual a candidata tinha que responder a algumas perguntas que lhe seriam feitas, e na medida em que a mesma fosse acertando-as ela chegaria à premiação no valor de um milhão de reais.

Contudo, alcançando a última pergunta com o valor total do prêmio, a candidata se deparou com uma pergunta a qual não admitia nenhuma das opções que foi apresentada como a resposta correta, então optou por não responder a pergunta, para resguardar o valor que até ali tinha adquirido.

Posteriormente, a candidata se sentiu lesada por não ter conquistado o prêmio máximo, uma vez que, a pergunta que lhe foi feita não admitia nenhuma das quatro opções disponibilizadas como a correta. Assim, a candidata sentiu-se no direito de entrar com uma ação indenizatória contra a emissora de televisão, a qual promovia o concurso, com a justificativa de que se existisse uma real e verdadeira resposta, a mesma teria alcançado a premiação total que foi atribuída a este concurso.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA - 2005/0172410-9)

Em suma a autora pleiteou o valor da demanda de R\$500.000,00, que seria o restante do valor do prêmio máximo. Contudo o magistrado ao deferir a sentença declarou probabilidade de acerto da questão, uma vez que já é sabido que a indenização pela chance perdida considera-se a chance e não o resultado final.

Portanto, no caso em análise, havia quatro opções de resposta, concluindo o magistrado que a autora tinha 25% de chance em acertos, ou seja, dos R\$500.000,00 almejados, a requerida seria condenada a pagamento de 25% desse valor, o que significaria R\$125.000,00.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). (RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA - 2005/0172410-9)

Conclui-se que não há no ordenamento jurídico, dispositivos que versem sobre a quantificação da indenização pela perda de uma chance, sendo que o único critério plausível para que os magistrados possam delimitar o valor da indenização seria o princípio da razoabilidade.

CONCLUSÃO

A ordem pública tem como objetivo manter uma sociedade civilizada, tendo como princípio o de não lesar outrem, com essa idéia adveio a responsabilidade civil que baseia na obrigação de reparar os danos, caso um individuo venha violar este principio, portanto a responsabilidade civil propõe em quais condições uma pessoa pode ser considerado como responsável pelos prejuízos causados.

Desta forma, uma vez identificado o responsável pelos danos é lhe atribuído a reparação dos prejuízos a vítima, pois a essência da responsabilidade civil é que a vítima retorne á situação anterior ao ato ilícito, através da indenização.

Neste sentido é indispensável deixar de citar o art. 186 do Código Civil 2002, que aduz, “aquele por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, onde pode-se observar os três pressupostos do instituto da responsabilidade civil: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Para que se possa ter responsabilização é necessário que exista a conduta, seja ela comissiva ou omissiva. Dano é o elemento que é imprescindível, ou seja, é um elemento essencial para o dever de indenizar. E por fim, o nexo de causalidade, é determinante para concluir quem foi o causador do dano, e também é o que liga a conduta do agente e o dano causado à vítima.

O dano pode ser analisado de duas formas segundo sua natureza, dano material e dano imaterial (moral), dano material como próprio nome já aduz é aquele onde o ato ilícito atinge os bens patrimoniais, possíveis de avaliação econômica. Enquanto o dano imaterial também conhecido como dano moral é aquele em que o ato ilícito da pessoa, viola os direitos da personalidade como a integridade física, nome, honra, imagem, ou ainda quando se ofende os direitos da pessoa, como por exemplo, direito à vida, à liberdade e etc. Em suma, o dano moral configura-se quando o evento danoso causar dor, sofrimento, constrangimento à vítima, de forma que a sua reparação tem objetivo de atenuar a angustia sofrida, pois neste caso é

improvável que retorne ao estado psíquico anterior ao sofrimento.

Emerge nos tribunais a teoria da perda de uma chance, onde as vítimas se vêem frustradas na oportunidade, na expectativa de se auferir um lucro ou evitar um prejuízo, em virtude de um evento danoso. Portanto, há uma lesão contra a chance, a oportunidade. Assim para que haja responsabilização civil pela perda de uma chance é fundamental que essa chance perdida seja sempre real e seria caso contrário será mero dano hipotético, o que não é passível de reparação.

Todavia, a temática sobre a perda de uma chance deve ser considerada como a oportunidade de se obter um resultado final ou de evitar um prejuízo. Portanto, diante da teoria da perda de uma chance, não há exigência de indenização pelo resultado final, mas o da oportunidade perdida, não havendo necessidade de provar se o resultado final era certo ou não, mas que a chance era real.

Neste sentido, os magistrados ao delimitar valor de indenização em demandas da teoria da perda de uma chance, aplicam o princípio da razoabilidade, uma vez que não poderá haver o enriquecimento ilícito da vítima e nem a punição excessiva do agente causador do dano, sendo ainda necessário observar que a quantificação é considerada a probabilidade da chance perdida e não o resultado final.

A teoria da perda de uma chance não tem legislação expressa a cerca da sua regulamentação, contudo ela encontra respaldo nos princípios da responsabilidade civil, que é o princípio geral de não causar dano a outrem e no princípio da reparação integral dos danos. Observa-se que a teoria da perda de uma chance não encontra obstáculo para sua apreciação visto que a Constituição Federal de 1988 no art. 5, inciso V e X, assim como o art. 927 do Código Civil 2002, não delimitam quais danos são reparáveis, deixando uma brecha na lei para os danos provenientes da chance perdida seja amparado pelo ordenamento jurídico.

Diante disso, considerando que a Constituição Federal de 1988 coloca em ênfase a dignidade de pessoa humana como princípio fundamental da República onde é assegurado o direito de indenização pelo dano moral ou material em virtude de sua violação e ainda observando que ordenamento jurídico não faz menção em quais espécies de dano são passíveis de reparação, conclui-se que não há como negar a possibilidade de indenização por danos morais em decorrência da perda de uma chance.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Priscilla. MELO, Thiago Chaves de. Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais. In: *Revista Consultório Jurídico*. Monte Carmelo. 24/03/2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>>. Acesso em 11/10/2015.

BAHIA. Superior Tribunal de Justiça. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em um programa de televisão. Perda da Oportunidade. Recurso Especial nº 788.459. Recorrente: BF Utilidades Doméstica LTDA. Recorrido: Ana Lucia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília. 08/11/2005. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142684782/recurso-especial-n-1291247-rj-do-stj>>. Acesso em 12/11/2015.

BRASIL. *Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cc_L10406.pdf>. Acesso em: 01/05/2015

_____. *Constituição da República Federativa*, promulgada no dia 05 de outubro de 1988. Casa Civil da Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01/10/2015.

_____. *Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 02/11/2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAGAS, Eduardo. *Responsabilidade Jurídica*. In: Direito a saber Direito. Disponível em: <<http://caduchagas.blogspot.com.br/2013/03/responsabilidade-juridica.html>>. Acesso em: 02/10/2015.

CONCEIÇÃO, Sheila Soares. A Responsabilidade Civil Decorrente de Abuso de Direito. In: *Conteúdo Jurídico*. Lajeado. Junho 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj050312.pdf>>. Acesso em: 10/10/2015.

COSTA, Ana Cláudia de Carvalho Domitilo. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance nas Relações de Trabalho. *Revistas Unifacs*. Salvador. n. 165. p. 1- 20. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3011>> Acesso em: 12/10/2015.

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

DUQUE, Bruna Lyra; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente.. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782>. Acesso em: 12/10/2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

LEITE, Gisele. Apontamentos sobre o nexu causal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2353>. Acesso em: 12/10/2015.

LOPES, Andre Graziani de Souza Melo. *A Quantificação da Indenização por Perda de uma Chance*. Monografia de Conclusão do Curso de Direito. 2012. 61 f. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67422/000872103.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12/10/2015.

MOREIRA, Juvimário Andrelino. *Breve análise sobre os elementos da Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29086/breve-analise-sobre-os-elementos-da-responsabilidade-civil>>. Acesso em : 30/09/2015.

NETO, Ahyrton Lourenço. *Pessoas Jurídicas*. In: IEDES. Disponível em: <http://www.jornaisvirtuais.com.br/apostila_pdf/direito_civil_para_concursos_parte_g>

eral_04.pdf >. Acesso em: 13/10/2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. A teoria da perda de uma chance: Nova vertente na responsabilidade civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8762&revista_caderno=7>. Acesso em: 11/10/2015.

PENAFIEL, Fernando. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em: 01/10/2015.

RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de célula-tronco embrionária do cordão umbilical do recém nascido. Recurso Especial nº 1.292.247. Recorrente: Carlos Marcio da Costa e outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia LTDA. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília. 19/08/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142684782/recurso-especial-n-1291247-rj-do-stj>>. Acesso em: 12/10/2015

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Responsabilidade Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas. 2011.

SALVADOR, Sergio Henrique. PEREIRA, João Carlos Henrique. A Responsabilidade Civil por Dano Moral: Conceito. Modalidades. A fixação e seus aspectos. *Revista Jus FEPI*. 10 f. 2014. Disponível em: <<http://direitoitajuba.com.br/jusfepi/wp-content/uploads/2013/08/artigo-dano-moral-joao-e-sergio-salvador.pdf>>. Acesso em: 12/10/2015.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Dano moral: um estudo sobre seus elementos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819>. Acesso em: 15/10/2015.

_____. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, junho 2012. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 05/10/2015.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2635>. 13/10/2015.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. Danos morais e pessoas jurídicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13873>. Acesso em: 15/10/2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v.4.15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.