

EM UM CONTEXTO DE GLOBALIZAÇÃO E DE AMPLA TUTELA DA PESSOA HUMANA, SERIA POSSÍVEL UMA NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA DA PERDA DA CHANCE?

EN UN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN Y DE AMPLIA TUTELA DE LA PERSONA HUMANA, SERÍA POSIBLE UNA NATURALEZA JURÍDICA HÍBRIDA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD?

Fernando Moreira Freitas da Silva (*)

RESUMO

No cenário de uma economia globalizada, caracterizada pela livre circulação do capital, com o estreitamento das distâncias econômicas entre os países, torna-se inevitável o surgimento de relações jurídicas cada vez mais complexas, sendo algumas delas sequer previstas no ordenamento jurídico. Como reflexo dessa realidade, tem-se o surgimento de novos danos, que exigem do Poder Judiciário uma solução. Dentre eles, destaca-se o dano provocado pela chance perdida, caracterizado como a subtração da possibilidade de um indivíduo obter um lucro, uma vantagem ou de evitar um evento danoso. A teoria da perda de uma chance será objeto do presente estudo, enfocando-se a sua evolução, os desafios presentes e as perspectivas futuras do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização; Novos danos; Teoria da perda de uma chance.

RESUMEN

En el escenario de una economía globalizada, caracterizada por la libre circulación de capital, con el estrechamiento de las distancias económicas entre los países, se torna inevitable el surgimiento de relaciones jurídicas cada vez más complejas, siendo algunas de ellas no previstas en el ordenamiento jurídico. Como reflejo de esa realidad, tiene el surgimiento de nuevos daños, que exigen del Poder Judicial una solución. Entre ellos, se destaca el daño provocado por la pérdida de oportunidad, caracterizado como la sustracción de la posibilidad de un individuo obtener un lucro, una ventaja ou de evitar un evento dañoso. La teoría de la pérdida de oportunidad será objeto del presente estudio, enfocándose su evolución, los desafíos presentes y las perspectivas futuras del instituto.

PALABRAS-CLAVE: Globalización; Nuevos daños; Teoría de la pérdida de oportunidad.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: fmando81@bol.com.br

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização, responsável pela livre circulação do capital, com a consequente aproximação de pessoas e de bens, traz diversas implicações à vida social, tais como o desenvolvimento tecnológico, a ampliação das relações comerciais, o enfraquecimento do poder de ingerência do Estado sobre a economia nacional, o surgimento de novas espécies contratuais etc. Nesse contexto complexo, a pessoa humana, fim do direito, torna-se cada vez mais vulnerável a uma lesão a seus direitos, já que são ampliados, consideravelmente, os tipos de danos, verificando-se o dano estético, o dano de férias arruinadas, o dano ecológico, o dano nuclear, o dano pelas chances perdidas, dentre outros.

No presente capítulo, objetiva-se demonstrar, num primeiro momento, o processo de globalização e a sua interferência na vida social. Em seguida, relacionar o processo de globalização ao surgimento de novos danos. Por fim, dentre os novos danos, apresentar algumas reflexões sobre a teoria da perda de uma chance, propondo-se uma natureza jurídica híbrida.

Para atingir o escopo do trabalho proposto, será utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma análise macro do cenário econômico, passando pelas consequências desse contexto no surgimento de novos danos à pessoa e, por fim, atingindo um ponto bastante particular da teoria da perda da chance - a sua natureza jurídica.

1 O mundo globalizado e o progresso científico-tecnológico: a fragilidade do Estado na tutela da pessoa humana

Primeiramente, é relevante apontar a divergência doutrinária a respeito da origem da globalização, em que se debate se está a tratar de um fenômeno recente ou se acompanha a própria história da humanidade. Sobre tal discussão, transcrevem-se as considerações de Antônio Celso Baeta Minhoto, que, após expor as duas correntes doutrinárias, conclui preponderar a que vê a globalização como algo novo:

Para tais estudiosos [que não admitem a globalização como um fenômeno novo], não há que se falar em globalização para se referir a um novo ideário com pretensões mundializantes, uma vez que este sempre existiu. Desde que o mundo é mundo, dizem tais pensadores, existe globalização. O próprio Império Romano é citado como exemplo de exercício de uma ideologia única, direcionada e pré-determinada, ou pelo menos de um rol fechado de idéias, para um universo extenso e igualmente pré-direcionado de receptores, de sujeitos passivos deste mesmo império (...) Na outra ponta, repousam os que defendem a globalização como algo novo, como um fenômeno inédito, tipicamente pós-moderno e com características jamais encontradas em

qualquer estrutura, evento, nação ou ideologia do passado. Na verdade, a maioria dos estudiosos vê a globalização como algo novo (MINHOTO, 2004, p. 14-15).

Contudo, a questão está longe de ser pacífica. Dalmo de Abreu Dallari, por exemplo, esclarece que a expressão globalização, difundida no fim do século XX, foi uma mera tentativa de seus defensores de criar um novo vocábulo para substituir "capitalismo e outras expressões, já muito desgastadas e carregadas de implicações políticas e sociais negativas" (DALLARI, 2011, p. 277-278). Miguel Reale, no mesmo sentido, sustentou a existência de globalização na Antiguidade, na Idade Média e na Idade Moderna, demonstrando não se tratar de um fenômeno recente. Enfatizou que, em um primeiro momento, foram fatores econômico-militares que a caracterizaram, ao passo que, na atualidade, é o progresso tecnológico que destaca a sua atual fisionomia (REALE, 2003, p. 255).

Além da discussão quanto à origem da globalização, existe divergência, ainda, no tocante ao seu próprio conceito, sem que haja uma definição clara e precisa (DALLARI, 2011, p. 277). Para alguns, trata-se da quebra total de barreiras entre os países, aproximando pessoas e mercadorias. Para outros, contudo, o rompimento das fronteiras existe apenas para uma minoria, tais como os bancos, as grandes empresas e as maiores organizações (SANTOS, 1995). Na senda desse último entendimento, Dallari adverte que, malgrado haja livres fronteiras à circulação do capital, verificam-se obstáculos à circulação de mercadorias e de serviços, bem como à circulação de trabalhadores e correntes migratórias (DALLARI, 2011, p. 277-278). Trata-se da dualidade globalização irrestrita e globalização seletiva, apontada por José Eduardo Faria, na seguinte passagem:

Um segundo exemplo ilustrativo é dado pelas fortes pressões dos países desenvolvidos em favor da completa liberalização do comércio exterior no âmbito dos países em desenvolvimento. Esses países as justificam por meio da retórica da globalização irrestrita, enquanto, com o poder de que dispõem para estabelecer barreiras ou aplicar sanções, praticam uma globalização seletiva (FARIA, 2004, p. 143).

Parece não haver divergência entre os doutrinadores o fato de o processo de globalização trazer como consequência a livre movimentação financeira, afastando-se as barreiras que ligam as economias dos países. A divergência está na livre circulação de pessoas e mercadorias, devido ao forte protecionismo das nações mais fortes.

Embora não se possa negar as considerações de Dallari, Milton Santos e Faria no sentido de que a liberdade de circulação de capital não corresponda à circulação de pessoas e mercadorias, na mesma proporção, certo é que o desenvolvimento tecnológico, sobretudo na

área de telecomunicações, por meio da internet, facilitou a difusão das informações, promovendo a conexão entre pessoas do mundo inteiro em tempo real, numa verdadeira conexão global:

Uma das principais mudanças tem sido o aumento da velocidade não apenas dos meios de transporte - muito mais rápido que décadas atrás, mas principalmente nos meios de comunicação. Isso se deve às chamadas novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC), que vêm promovendo a conexão de pessoas de todo o planeta (...) Entre as NTIC, destaca-se a rede mundial de computadores, conhecida como internet. Junto com as transmissões ao vivo das rádios e televisões, a internet permite que as notícias sejam difundidas quase que instantaneamente em todos os lugares (COTRIM, 2008, p. 597).

Além das telecomunicações, o fluxo de capital entre os países é facilitado pelo desenvolvimento do transporte aéreo e das empresas transnacionais (PERIN JÚNIOR, 2003, p.47), bem como pela formação de blocos macrorregionais de países com o objetivo de reduzir as barreiras alfandegárias (COTRIM, 2008, p. 595-597).

Quer se trate a globalização como um fenômeno antigo, adaptado à nova realidade social, quer se trate como algo moderno, evidente que se está diante de uma veloz circulação do capital financeiro, facilitada pelo desenvolvimento tecnológico, impondo desafios aos Estados para acompanhar e exercer o mínimo de controle sobre esse processo.

A fragilidade do Estado, diante do processo de globalização, é apontada como uma das causas a justificar a crise econômica de 2008, segundo José Eduardo Faria:

O denominador comum dessas indagações, que consiste numa das premissas centrais desse trabalho, é a ideia de que a integração dos mercados financeiros em escala global sujeita as economias nacionais às consequências de decisões tomadas fora de seus respectivos territórios. Evidenciado assim que os espaços tradicionalmente reservados ao direito positivo e à política legislativa já não coincidem com o espaço territorial, e que os Estados nacionais enfrentam dificuldades crescentes para neutralizar os efeitos de fatores externos e atuar como regulador do sistema financeiro doméstico e globalizado por meio de seus mecanismos internos (FARIA, 2009, p. 303).

Na mesma senda, Luigi Ferrajoli destaca a ausência de controle nacional diante do atual cenário, aduzindo que, em época de globalização, o futuro de cada país depende cada vez menos da política interna e cada vez mais de decisões externas, tomadas em âmbito supranacional (FERRAJOLI, 2005, p. 110).

Estariam, destarte, na atual conjuntura, os Estados à deriva? Haveria possibilidades de reação a esta situação de aparente impotência? Quais os caminhos a trilhar? Em resposta a

essas perguntas, José Eduardo Faria, sinalizando a possibilidade de compatibilizar o fenômeno da globalização e o mínimo de controle por parte dos Estados, apresenta cinco propostas: a) a criação de uma autoridade mundial com poder de polícia e arbitragem supranacionais de modo a superar a dificuldade dos Estados de atingirem o capital financeiro em diversas partes do globo; b) o fortalecimento do Estado, ampliando sua intervenção controladora, reguladora e planejadora com o objetivo de atender às demandas de equilíbrio financeiro, emprego, serviços essenciais e fortalecimento dos sistemas de proteção social; c) o regime jurídico mundial para disciplinar o mercado; d) o aprofundamento institucional de blocos de integração comercial e de processos de regionalização; e) a internacionalização de assuntos de interesse global, tais como moeda, comércio, clima, ambiente, segurança, combate ao terrorismo e ao crime organizado (FARIA, 2009, p. 307-313).

Observando as lições de Faria, questiona-se: se os Estados se encontram impotentes para resolverem, individualmente, os problemas advindos do fenômeno da globalização, como estaria a pessoa humana nesse mesmo contexto? Quais os tipos de riscos aos quais ela se encontra suscetível? Como garantir-lhe direitos e os respectivos mecanismos de tutela desses direitos em caso de violação? A reflexão sobre esse tema é a pretensão do tópico seguinte.

2 Os novos danos à pessoa humana

Diante dos fluxos financeiros, dos avanços tecnológicos, da expansão das telecomunicações, do crescimento das empresas multinacionais e da formação de blocos econômicos entre os países, inúmeros são os problemas surgidos, desafiando o direito, sobretudo na seara cível:

O direito civil brasileiro na era da globalização enfrenta uma miríade de novos problemas, a propósito de questões bioéticas, de antecessores genéticos, de domicílio lógico, de novas relações matrimoniais, de infidelidade virtual, tudo contraditoriamente marcado por um movimento de constitucionalização de temas ordinariamente de topografia privatística (GODOY, 2004, p. 113).

É no campo da responsabilidade civil, mais precisamente, que desembocam todas essas questões, surgindo, dentre tantos outros, os danos à privacidade, à imagem, à integridade psicofísica cuja indenização é, atualmente, respaldada com tranquilidade pelos tribunais. Contudo, novos danos têm surgido, provocando acirrados debates, tais como dano à vida sexual, dano de nascimento indesejado, dano de férias arruinadas, dano de *mobbing*, dano de processo lento, dano à tranquilidade pessoal, dentre outros (SCHREIBER, 2013, p. 4).

Conforme enfatiza Daniel de Andrade Levy, em decorrência da inexorável evolução das ciências, existem danos que sequer são conhecidos, no momento presente, impondo inegável desafio ao Direito:

o avanço da pesquisa na genética, na física quântica, no enriquecimento de urânio, dentre outros, traz consigo a opção do indivíduo de aceitar correr riscos ainda desconhecidos em prol de um suposto desenvolvimento futuro (LEVY, 2012, p. 17).

Destaca-se que os mencionados danos não se restringem apenas aos de natureza individual, abrangendo também os danos coletivos, aqueles que atingem uma quantidade indeterminada de vítimas. Nesse sentido, existem

várias espécies de danos coletivos, ressaltando os danos: ao meio ambiente, ao urbanismo, aos consumidores, ao patrimônio artístico, literário, científico e paisagístico, aos investidores do mercado mobiliário, aos portadores de deficiência física, às crianças, aos adolescentes e aos idosos (LISBOA, 2004, p. 509).

Na doutrina argentina, também se vislumbram os reflexos do avanço tecnológico, na teoria geral da responsabilidade civil, cujas tendências podem ser, assim, enumeradas:

"1. la ampliación de los daños reparables; 2. la objetivación de la responsabilidad civil; 3. la prevención y la evitación de los daños; 4. el aumento de la nómina de factores de atribución; 5. el ensanchamiento de la posibilidad de reclamar: sea por el campo más amplio de los legitimados pasivos contra quienes dirigir acción o por el reconocimiento de mayor cantidad de legitimados activos; 6. el aligeramiento a la víctima de la carga de la prueba, que también se logra, en ocasiones, por las presunciones de causalidad cada vez más numerosas; 7. un proceso gradual de socialización de los riesgos mediante el seguro obligatorio y la seguridad social; 8. y, en fin, la protección de las víctimas de daños asegurándoles el cobro de la indemnización que se logra mediante mecanismos tales como la invalidez de la abreviación convencional del plazo de prescripción, la nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad o la creciente preocupación por reglamentar los contratos de contenido predispuesto y con condiciones generales"¹ (GUTIÉRREZ, 1989, p. 16).

¹ 1. a ampliação dos danos reparáveis; 2. a objetivação da responsabilidade civil; 3. a prevenção dos danos; 4. o aumento do rol de fatores de atribuição de responsabilidade; 5. o alargamento da possibilidade de reclamar: seja pelo campo mais amplo dos legitimados passivos contra quem dirigir a ação ou pelo reconhecimento da maior quantidade de legitimados ativos; 6. a redução para a vítima da carga da prova, que também se logra, em certas ocasiões, pelas presunções de causalidade cada vez mais numerosas; 7. um processo gradual de socialização dos riscos mediante o seguro obrigatório e a segurança social; 8. e, por fim, a proteção das vítimas dos danos assegurando-lhes a cobrança da indenização que se obtém mediante mecanismos tais como a invalidez da abreviação convencional do prazo de prescrição, a nulidade das cláusulas limitativas de responsabilidade ou a crescente preocupação em regulamentar os contratos de conteúdo pré-determinado e com condições gerais.

Diante dessa infinidade de danos, presentes e futuros, a teoria geral da responsabilidade civil desempenha um papel de fundamental relevância na proteção à vítima, já que tem como escopo inibir a agressão e, em caso de violação, garantir a indenização de todas as espécies de danos.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sustenta que a preocupação de garantir uma ampla proteção à vítima decorre de uma mudança de mentalidade, filosófica e ideológica da responsabilidade civil, que passa a valorizar o lesado em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, destarte, uma ampla reparação dos danos:

Há um sentir distinto do sentir do passado. Há uma mentalidade impregnada pelo crivo social que admite a valorização da pessoa humana antes de qualquer outra consideração. Há a preocupação de não deixar o dano sem indenização e, por isso, minimizar, ao máximo, o número de vítimas irressarcidas entre nós, que queremos, ansiamos e propugnamos por uma sociedade mais justa e menos desigual (HIRONAKA, 2003, p. 219).

Atuais continuam as lições de Carlos Alberto Bittar, ao destacar que a jurisprudência também tem dado importante contribuição para garantir ampla proteção à pessoa humana e a seus valores inatos:

A tudo isso vem a jurisprudência respondendo com o assentamento de firmes e justas posições, em defesa da pessoa humana e de seus valores inatos, nas diferentes relações jurídicas mantidas, com outras pessoas, com o Estado e com as demais entidades que atuam no plano jurídico, para a própria subsistência da sociedade sob um sistema de liberdade e de justiça. E isso se ajusta ao próprio objetivo final do Direito - que é exatamente, a realização do ideal da justiça - na preservação das prerrogativas inatas à pessoa humana - os direitos à vida, à integridade física, intelectual e moral, e ao patrimônio em geral - e na manutenção do equilíbrio necessário entre todos os diferentes interesses que na sociedade se acastelam (BITTAR, 1990, p. 105-106).

O surto do progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas (GONÇALVES, 2005, p. 6), merecendo o olhar atento da doutrina, da jurisprudência e do legislador. Dentre essas novas teorias, ao menos no direito brasileiro, tem-se a teoria da perda de uma chance cuja abordagem é feita no tópico seguinte.

3 A teoria da perda de uma chance

Com base nas lições de Jourdain, conceitua-se a perda de uma chance como a "indenização do dano causado quando a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça" (SEVERO, 1996, p. 11).

Do conceito supracitado, extraem-se alguns requisitos para a aplicação da teoria: a chance deve ser séria e viável, não podendo ser meramente eventual. Nessa linha, a doutrina francesa admitiu a indenização pelas chances perdidas a uma viúva de um estudante do último ano de medicina, que já estagiava em uma clínica, pois restaram frustradas as vantagens que teria pelo desenvolvimento de sua carreira. No caso, entendeu-se que a chance era séria e viável de o estudante tornar-se um médico. Por outro lado, a jurisprudência francesa rechaçou o pleito indenizatório, em virtude da morte de um estudante do primeiro ano da faculdade de farmácia, com apenas 19 anos, pois considerou que as chances de ele tornar-se um farmacêutico era eventual, não dando ensejo a uma indenização (SEVERO, 1996, p. 13).

Já se pode visualizar a relevância da teoria da perda de uma chance e a perspectiva de evolução, no Brasil, uma vez que inúmeras são as situações cotidianas em que, a partir da ação de uma terceira pessoa, alguém se vê privado de galgar uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

A teoria da perda de uma chance é relativamente nova, no direito brasileiro. Entretanto, na doutrina estrangeira, sobretudo italiana e francesa, já se apresenta consolidada, servindo, portanto, de referência para o avanço da teoria em *terrae brasilis*.

3.1 Origem

Falar da origem da teoria da perda de uma chance é tarefa tão árdua quanto o enfrentamento do cabimento e da aplicação da própria teoria. Isso porque a divergência já ocorre na origem do instituto.

Com base nas lições de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Geneviève Viney e Patrice Jourdain, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 11) defende que o primeiro caso de aplicação da teoria das chances perdidas é aquele datado de 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação Francesa aceitara indenizar um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial. De igual modo, é o entendimento de Sérgio Severo (1996, p. 11).

Contudo, Flávio da Costa Higa, invocando o trabalho desenvolvido por Daniel Amaral Carnaúba, assegura que há equívoco doutrinário em apontar o julgado de 1889 como o marco da teoria das chances perdidas. Argumenta que a Corte de Cassação Francesa era composta pelas seguintes seções: Câmara Criminal, Câmara de Requerimentos (*Chambre de Requetes*), Câmara Cível e, após 1938, Câmara Social. Entretanto, adverte que a *Chambre de*

Requêtes jamais poderia ter determinado o pagamento de indenização pela perda de uma chance, já que estaria fora do âmbito de sua competência. Transcreve-se:

Ocorre, entretanto, que o relato é inverídico, conforme destacado, de forma pioneira, por Daniel Amaral Carnáuba, razão pela qual se optou por uma breve digressão, a fim de proceder à recuperação histórica do mencionado julgamento. De proêmio, assinala-se que a *Chambre de Requêtes* nem sequer tinha competência jurisdicional para a concessão de indenização, dando provimento ao apelo. Ela não procedia ao julgamento da matéria de fundo, exceto se fosse para desprover o apelo (...) Portanto, a *Chambre de Requêtes* não poderia ter determinado o pagamento de indenização pela perda de uma chance, diante da restrição de sua competência. Poderia, entretanto, ter rejeitado um recurso contra uma decisão que concedera indenização em tais moldes, por entendê-lo carecedor de fundamento, como deveras o fez em diversas oportunidades. Mas não foi esse o caso (HIGA, 2012, p. 17-21).

Flávio Higa (2012, p. 17-21), ao comentar o caso do oficial ministerial, diz que a Corte de Cassação julgou improcedente o pedido indenizatório, pois a parte autora não objetivava as chances perdidas, mas, sim, o próprio resultado final pretendido com o recurso, que deixou de ser apreciado pela corte por causa da intervenção culposa do oficial ministerial.

O primeiro caso julgado pela Corte de Cassação francesa, no qual se reconheceu a teoria da perda de uma chance, data de 1932. Trata-se do caso em que um notário, Sr. Grimald, em virtude de suas falhas e conduta dolosa, fez com que o casal Marnier perdesse a oportunidade de adquirir um imóvel. A Corte de Cassação manteve a decisão proferida pela Corte de Apelação, negando provimento ao apelo (HIGA, 2012, p. 22).

Na doutrina italiana, o primeiro caso julgado pela Corte di Cassazione, datado de 19 de novembro de 1983, reconhece a indenização pela perda de chance a candidatos ao cargo de motorista da empresa Stefer, que os teria impedido, injustamente, de participar das etapas subsequentes da seleção (SAVI, 2012, p. 25).

Já no sistema da *common law*, a primeira aparição da teoria remonta a 1911 com o caso *Chaplin v. Hicks*, em que uma das candidatas finalistas, em um concurso de beleza, foi impedida de prosseguir na fase final do concurso (SILVA, 2013, p. 11).

Por fim, no Brasil, o enfrentamento da teoria da perda de uma chance por parte da jurisprudência é algo recente. O primeiro acórdão a mencionar, expressamente, a teoria é de 1990, advindo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, sob o nº 598.069.966. Contudo, malgrado mencionasse o nome da teoria, não reconheceu a sua aplicação ao caso concreto. A efetiva aplicação da teoria da

perda de uma chance ocorreu, no ano seguinte, em acórdão também da relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, na Apelação Cível nº 591.064.837, ao reconhecer a desídia do advogado que causou prejuízos à sua cliente (SAVI, 2012, p. 47-48).

Em uma corte superior, o *leading case* da teoria das chances perdidas, no Brasil, é o caso conhecido como o "Show do Milhão", julgado em 2006, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o direito de uma participante de um programa de auditório receber uma indenização em virtude da ausência de resposta correta a uma pergunta que a levaria a receber o prêmio máximo prometido pelo programa televisivo².

3.2 Uma proposta de natureza jurídica híbrida à teoria da perda de uma chance

Segundo o processualista Alexandre Freitas Câmara, "quando se perquire a natureza jurídica de um instituto, o que se pretende é fixar em que categoria jurídica o mesmo se integra, ou seja, de que gênero aquele instituto é espécie" (CÂMARA, 2003, p. 142). Apontar a categoria ou as categorias das chances perdidas constitui o foco do presente tópico.

Chega-se a um dos pontos centrais do estudo da teoria da perda de uma chance: a sua natureza jurídica. Seria uma espécie de lucros cessantes, danos emergentes, danos morais ou, quiçá, admitir-se-ia uma natureza híbrida?

Inicialmente, sustentou-se que as chances perdidas possuíam natureza jurídica de lucros cessantes. Por lucros cessantes, entende-se aquilo que consiste "na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 72). Ou, conforme artigo 402 do Código Civil, que, assumindo o compromisso com o princípio da operabilidade, conceitua-o como "o que razoavelmente deixou de lucrar".

Entender a perda de uma chance como lucros cessantes implicaria na certeza da ocorrência do resultado. Ocorre que não existe essa certeza. Diante da incerteza da ocorrência do dano, a admissão da perda de uma chance, enquadrada como lucros cessantes, poderia conduzir a uma situação de não indenização. Nesse sentido, vale citar as palavras de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2011, p. 82):

A qualificação da chance como lucro cessante acarretaria maior incerteza da ocorrência do prejuízo pela chance perdida, o que como consequência

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial 788.459-BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça da União, 13 mar. 2006.

levaria a uma não reparação, pela impossibilidade de demonstração que o resultado final seria alcançado ou da certeza da presença das condições para consegui-lo. A concepção da perda da chance como uma hipótese de lucro cessante é tese atraente, mas hoje praticamente abandonada.

Quem rechaçou a ideia de lucros cessantes como natureza jurídica às chances perdidas, na doutrina italiana, foi Adriano De Cupis, em 1966, passando a visualizar a existência de um dano independentemente do resultado final e o seu enquadramento como danos emergentes. Nessa linha,

Adriano De Cupis foi, em nosso sentir, o responsável pelo início da compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano. Esse autor conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam (SAVI, 2012, p. 10).

Já o dano emergente, "também chamado positivo, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito (...) Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 72). O próprio Código Civil, em seu artigo 402, conceitua dano emergente como aquilo que efetivamente se perdeu.

A diferença entre danos emergentes e lucros cessantes é sintetizada por Cavalieri Filho, nos seguintes termos: "se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante" (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 72).

Tomada a perda de uma chance como dano emergente, o foco migra do resultado final para a própria chance perdida, ou seja, indenizar-se-á não aquilo que deixou de ganhar, mas a própria chance que se perdeu por uma atuação de terceiro. Desse modo, a chance passa a ter um valor indenizável, já que

a chance é considerada, nessa proposta, como parte integrante do patrimônio do indivíduo. Logo, sua subtração provoca uma lesão que afeta diretamente o patrimônio, causando-lhe uma diminuição, a qual será posteriormente avaliada separadamente, de forma independente do resultado final (AMARAL, 2011, p. 86).

Classificar as chances perdidas como dano emergente, distanciando-se dos lucros cessantes, parece ser o posicionamento da doutrina majoritária, sobretudo estrangeira. De forma elucidativa, transcrevem-se as lições de Jorge Bustamante Alsina:

Si bien lo que daría al daño el carácter de eventual sería la probabilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio, hay, por otra parte, una circunstancia cierta: la "oportunidad" de obtener la ganancia o de evitarse el perjuicio, y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero, o a causa de la inejecución de la obligación por el deudor. Si la posibilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse (ALSINA, 1997, p. 176)³.

Para aqueles que admitem as chances perdidas como dano emergente, a valoração caberá ao juiz, que, no caso concreto, perquirirá qual a possibilidade o sujeito tinha de obter o resultado, podendo, para tanto, valer-se da estatística e da probabilidade (SAVI, 2012, p. 123).

A jurisprudência brasileira, contudo, possui inúmeros casos de reconhecimento das chances perdidas como dano moral, mesmo em casos nos quais as chances possuem natureza nitidamente patrimonial. Para elucidar, cita-se julgado do Rio Grande do Sul, no qual, em uma ação originária de natureza patrimonial, reconheceram-se as chances perdidas como dano moral:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADOS. PERDA DE PRAZO RECURSAL. DANO MORAL. A prática de atos por advogado temporariamente suspenso da OAB constitui nulidade sanável. Necessidade da abertura de prazo para regularização processual. A responsabilidade do advogado, enquanto obrigação de meio, é subjetiva. Art. 14, § 4º, do CDC e art. 32 da Lei nº 8.906/94. Necessidade de demonstração da culpa, consubstanciada na prática de erro inescusável, no qual se inclui a perda de prazo que conduza ao insucesso da ação. Dano moral consubstanciado na perda de uma chance. Valor da reparação mantido. Agravo retido e apelos desprovidos⁴.

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral defende que é a análise do bem, direito ou interesse jurídico violado que permitirá classificar a chance perdida como dano patrimonial ou extrapatrimonial:

Desse modo e sob essa ótica, a determinação da natureza jurídica do dano pela perda da chance está vinculada ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado. Quando a vítima se encontra em um processo aleatório na defesa ou na busca e de um objetivo que se aponta como um interesse de caráter extrapatrimonial, o dano perda da chance será de natureza extrapatrimonial. Ao contrário, quando o lesado se insere em um processo aleatório e visa, ao final dele, a obter uma vantagem que lhe trará acréscimo evidentemente patrimonial ou, então, que evitará sofrer uma diminuição significativa em seu patrimônio, o dano causado pela interrupção da

³ Embora o que desse ao dano o caráter de eventual fosse a probabilidade de obter uma vantagem ou de evitar o prejuízo, há, de outro lado, uma circunstância certa: a "oportunidade" de obter uma vantagem ou de evitar o prejuízo, e essa oportunidade certa se perdeu pelo fato de um terceiro, ou por causa de uma inexecução da obrigação pelo devedor. Se a possibilidade tivesse tido bastante fundamento, a perda dela deve indenizar-se.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70018800425, Quinta Câmara Cível, Relator: Leo Lima, julgado em 08/08/2007.

seqüência de acontecimentos, que prive o indivíduo da chance da qual ele já desfrutava, terá natureza de dano patrimonial e como tal deverá ser ressarcido. Os diferentes interesses envolvidos, portanto, determinam a diferente natureza jurídica do dano (AMARAL, 2011, p. 101).

Sérgio Savi é enfático ao afirmar que as chances perdidas terão natureza de dano patrimonial (danos emergentes), sendo que “não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral” (SAVI, 2012, p. 57).

É importante observar que, malgrado Sérgio Savi não admita a perda de uma chance com natureza exclusivamente moral, ele argumenta ser possível que uma conduta possa causar dano patrimonial cumulativamente aos danos morais. Transcreve-se o exemplo apresentado:

Imagine-se, por exemplo, o caso de um "concursando" aprovado no provão e em todas as provas específicas, mas que se vê ilegitimamente excluída da prova oral pela comissão organizadora do concurso. A vítima, alegando que a atitude ilícita daquela comissão fez com que ela perdesse a chance de fazer a prova oral e, conseqüentemente, de ser aprovada no concurso do qual participava, poderá requerer a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais emergentes (perda da chance) e por danos morais (a frustração decorrente do ato ilícito) (SAVI, 2012, p. 56).

Para Sérgio Savi, no exemplo supracitado do concursando que perde a prova por atitude ilícita da comissão de concurso, haverá o reconhecimento de um dano patrimonial (perda de uma chance com natureza jurídica de danos emergentes) e um dano extrapatrimonial (dano moral). Entretanto, destaca o autor, a perda de uma chance segue mantendo a natureza própria de dano patrimonial. As chances perdidas, portanto, não assumem uma natureza de dano extrapatrimonial.

Flávio da Costa Higa tece acirradas críticas àqueles que negam a possibilidade de as chances perdidas possuírem natureza exclusivamente moral:

Ocorre, entretanto, que é impactante a quantidade de obras e julgados que sustentam, sem, contudo, maior aprofundamento teórico acerca da conclusão, a impossibilidade de o dano da chance perdida ser exclusivamente moral (HIGA, 2012, p. 120).

Em seguida, Flávio Higa traz um exemplo para comprovar a possibilidade da perda de uma chance com natureza exclusiva de dano moral:

Imagine-se, e.g., o caso de um trabalhador que deseja anular juridicamente uma advertência escrita aplicada pelo seu empregador, sob alegação de desídia, e recebe uma sentença desfavorável, porém baseada em fundamentos frágeis, cuja probabilidade de reforma seja grande, mas fique totalmente obstada pela interposição de recurso ordinário intempestivo. Ora,

não há conteúdo econômico imediato na pretensão do trabalhador, mas a frustração da expectativa de ver reexaminada a sua causa e, por conseguinte, possibilitado o cancelamento da advertência que lhe fora aplicada gera uma lesão exclusivamente moral (HIGA, 2012, p. 123).

A conclusão de que a natureza jurídica será determinada pelo bem jurídico violado, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, parece guardar harmonia com a tendência doutrinária, pois, realmente, não é difícil vislumbrar situações em que ocorra a perda de uma chance e o interesse jurídico lesado seja apenas de natureza extrapatrimonial, sem qualquer valor econômico imediato. Nesse sentido, vale transcrever, inclusive, a conclusão do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, consubstanciada no Enunciado 444 com a seguinte redação:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos⁵.

Concorda-se com Higa, conforme demonstrado, que diz ser o bem, direito ou interesse jurídico lesado que determinará a natureza jurídica da chance perdida, podendo assumir a natureza de dano material ou dano moral. Concorda-se, ainda, com Savi, ao admitir que uma mesma conduta possa causar, simultaneamente, danos de natureza material e moral, malgrado a discordância no ponto em que não admite a natureza exclusivamente moral às chances perdidas.

A questão que se acrescenta ao debate é se a própria chance perdida, no caso concreto, poderia ter uma natureza jurídica híbrida, ou seja, patrimonial (danos emergentes) e extrapatrimonial (dano moral), simultaneamente?

Imagine-se um exemplo de um estudante que pretenda concorrer a um prêmio de melhor aluno de uma escola cuja premiação é uma medalha de honra ao mérito e uma quantia em dinheiro. Caso esse aluno tenha uma chance frustrada, decorrente de um ato ilícito praticado pela escola, que o impeça de concorrer ao prêmio, com chances sérias e reais de alcançar o resultado pretendido, pergunta-se: qual a natureza jurídica das chances perdidas? Danos emergentes, já que teve frustrada uma chance de obter um prêmio em espécie? Danos morais, já que teve frustrada a chance de obter o reconhecimento como melhor aluno? Danos emergentes e danos morais, simultaneamente?

⁵Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

Daniel Amaral Carnaúba, em rápida passagem, admitiu que uma chance perdida pode ter, ao mesmo tempo, um prejuízo material e um prejuízo moral, porém não apresentou uma forma de quantificá-los:

É possível igualmente que uma chance perdida represente, ao mesmo tempo, um prejuízo material e um prejuízo moral. É o que ocorre nos casos em que a oportunidade visava à obtenção de interesses das duas espécies. Privado de um tratamento médico adequado, o paciente que perdeu chances de cura sofre lesões tanto aos seus interesses patrimoniais - tal como o interesse em evitar a incapacidade laboral temporária, decorrente do período de recuperação - quanto aos seus interesses puramente extrapatrimoniais - o interesse de resguardar sua integridade física, diante dos sintomas nefastos da doença. Ambas as lesões deverão ser avaliadas a partir da perspectiva de cura oferecidas pelo tratamento negligenciado (CARNAÚBA, 2013, p. 171).

A questão exposta possui grande relevância prática, pois a resposta irá delimitar a etapa seguinte - a quantificação do dano. Caso se entenda que um dos interesses lesados, patrimonial ou extrapatrimonial, deva preponderar, a questão já está resolvida, pois será fixado um *quantum* indenizatório, tomando por base o cálculo do valor econômico da chance perdida, em caso de dano patrimonial, ou o arbitramento pelo magistrado, em se tratando de dano extrapatrimonial. A crítica que se pode tecer a tal conclusão, ao deixar de lado um dos danos que compõe a chance perdida, é a de que não estaria a contemplar uma ampla indenização de danos, encontrando-se, destarte, na contramão da moderna teoria da responsabilidade civil, que objetiva abranger um maior espectro possível de reparações.

Por outro lado, caso se entenda que a natureza jurídica da chance perdida seja híbrida, como fixar o *quantum* indenizatório sem excluir quaisquer dos danos? Uma resposta possível seria o magistrado, após reconhecer a natureza híbrida das chances, atribuir um valor econômico em razão dos danos emergentes e, em seguida, ao seu prudente arbítrio, fixar o dano moral. Essa última opção parece estar em consonância com a tendência de garantir uma ampla indenização à vítima. Uma das críticas que se poderia fazer ao reconhecimento dessa dupla natureza jurídica e, por conseguinte, da dupla quantificação do dano, é a de que estaria ocorrendo um indesejável *bis in idem*. Contudo, essa crítica pode ser rebatida diante da admissibilidade, em nosso sistema jurídico, de que uma única conduta cause mais de uma espécie de dano indenizável, conforme expressa previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal⁶, além das Súmulas 37⁷ e 387⁸ do Superior Tribunal de Justiça.

⁶ X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁷ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

A proposta de uma natureza jurídica híbrida, patrimonial e extrapatrimonial, simultaneamente, para as chances perdidas, é uma ideia que se encontra alinhavada à moderna teoria da responsabilidade civil, focada na vítima, garantindo-lhe uma ampla indenização de danos, porém está também a exigir maiores críticas e reflexões para garantir a sua aplicação.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho, a livre circulação financeira entre os países, o desenvolvimento tecnológico, o avanço do transporte aéreo, a formação de blocos macrorregionais e a celeridade de circulação da informação caracterizam o processo de globalização.

Como consequência desse complexo processo, verifica-se que as relações sociais também ganham complexidade. Situações que, no passado, eram simples, passam agora a exigir maiores reflexões dos atores sociais, impondo a construção e a reconstrução, a todo instante, de novos paradigmas aptos a contemplar uma realidade social complexa e plural.

No Direito, sobretudo na seara cível, verificam-se os reflexos das complexas relações sociais, ganhando tintas coloridas, quando se trata da diversidade de questões postas à análise do estudioso da ciência jurídica, porém, ganhando tintas acinzentadas, quando se busca uma rápida resposta aos problemas apresentados.

Os danos e as suas consequências constituem um dos melhores exemplos para representar essa realidade social complexa, conforme demonstrado. De um lado, citam-se os danos patrimoniais e os danos morais, institutos jurídicos que tanto já foram enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência, porém seguem sendo sempre atuais diante das novas situações trazidas à análise. De outro lado, citam-se os chamados novos danos, podendo ser enumerados como dano de férias arruinadas, dano de processo lento, dano à vida sexual, dano coletivo e tantos outros, já que o rol é meramente exemplificativo. Ademais, deve-se destacar que se fala, ainda, em danos decorrentes do processo de evolução tecnológica, que sequer são conhecidos no tempo presente.

É no contexto apresentado que surge a teoria da perda de uma chance, segundo a qual um terceiro, por meio de sua conduta, torna frustrada a expectativa séria e provável da vítima de obter um ganho ou de evitar uma perda.

⁸ É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Após destacar aspectos relativos à origem da teoria das chances perdidas, na doutrina estrangeira, onde ela se apresenta consolidada, apontou-se a sua aplicação recente no Brasil e os desafios à sua sedimentação. Focou-se na natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, abordando as (im)possibilidades de reconhecê-la como lucros cessantes, danos emergentes, danos morais ou, até mesmo, uma natureza híbrida.

Demonstrou-se que é admissível reconhecer uma natureza jurídica híbrida para as chances perdidas, composta de danos patrimoniais (sob a forma de danos emergentes) e danos extrapatrimoniais (sob a forma de dano moral), propondo-se uma dupla quantificação do dano sem que tal ato constitua um indesejável *bis in idem*.

Por fim, destacou-se que, em decorrência do compromisso com a mais ampla indenização de todas as espécies de danos, torna-se admissível falar na natureza híbrida das chances perdidas, malgrado sua aplicação esteja a exigir maiores debates e reflexões, sobretudo pela novidade do assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. **Responsabilidade civil pela perda da chance: análise da teoria clássica e um discurso sobre a natureza jurídica e quantificação do dano**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, PUC, São Paulo.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de um chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COTRIM, Gilberto. **História global: Brasil e Geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Poucas certezas e muitas dúvidas: O Direito depois da crise financeira**. In: Revista Direito GV. São Paulo: FGV, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. In: **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. Ciudad de México: Universidad Autónoma Nacional de México, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. **La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito no século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. **Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PERIN JÚNIOR, Ecio. **A globalização e o direito do consumidor**. Barueri: Manole, 2003.

REALE, Miguel. A importância do novo código civil no Brasil e o futuro da legislação nacional perante a globalização. In: WALD, Arnaldo (coord.). **O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica: 2003.

SANTOS, Milton. **Por uma globalização mais humana.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u351805.shtml>>. Acesso em: 28.11.2013.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.