

Argentina desperdiça chance de avançar na responsabilidade civil

A Argentina passa por oportunidade histórica única: o *Proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, presidido pelo presidente da Corte Suprema de Justiça, Ricardo Luis Lorenzetti, é objeto de pleno debate no *Congreso*. Em seu bojo, busca-se a consolidação dos novos paradigmas estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, afetos à constitucionalização do direito privado e tutela da pessoa humana.

Em recorte específico, limitado à responsabilidade civil, possível concluir pelo parcial progresso na atualização conceitual do tema, se considerada a teoria contemporânea já difundida no Direito Comparado. Em que pese incorporadas noções basilares nesse sentido, outras tantas se mostraram tímidas ou até mesmo retrógradas em relação ao anteprojeto disponibilizado em 1998.

Adveio do Direito Italiano a mudança de perspectiva da responsabilidade civil (*Sentenza 500/99*, da *Corte di Cassazione*). Ali, ampliou-se o conceito de dano indenizável, que passa a ter como objeto não só o interesse que tenha expressa previsão legal, mas sim consagrado como a lesão de qualquer interesse tido como legítimo, ou seja, merecedor de tutela jurisdicional.

Abandona-se a ótica clássica de dano em sentido natural, que observa o critério matemático de reparação — típico das lesões de natureza patrimonial. Segundo ele, calcula-se a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso (BODIN, 2003, p. 143). Importando-se essa metodologia ao âmbito extrapatrimonial, entendeu-se tradicionalmente o dano moral como o sofrimento psicológico, dor e frustração, porque tido como produto dessa diferença no ânimo do lesionado (quando do ato ilícito e caso inexistente a conduta lesiva).

A adoção desse fundamento reparatório desvirtua o próprio instituto da responsabilidade civil, porque determina a compensação do dano extrapatrimonial segundo os efeitos da lesão, condicionando-a a um critério notoriamente subjetivo. Ao se valer de critério diverso — o dano como lesão a interesse legítimo — não mais se considera o dever de indenizar como a repercussão dos efeitos da lesão na vítima, obstando-se assim a compensação daquele dano a interesse jurídico que, no caso concreto, não se mostra digno de tutela, mas que, ainda assim, trouxe transtornos de cunho não patrimonial.

Daí surge a possibilidade de se falar na sistemática dos novos danos, uma vez promovida expansão qualitativa dos interesses merecedores de tutela. É o que permitiu, por exemplo, a recomposição pecuniária do dano ao projeto de vida, perda de uma chance, dano moral coletivo, dentre tantos outros aceitos pacificamente na doutrina e jurisprudência.

Embora as razões do *proyecto* jamais mencionarem expressamente a noção de interesse legítimo, verifica-se de pronto sua incorporação no texto do artigo 1.737, ao conceituar dano ressarcível como a “lesão a um direito ou interesse não reprovado pelo ordenamento jurídico”. Também avança ao não confundir o gênero dano extrapatrimonial com sua espécie, o dano moral — diferentemente de nosso texto civil (artigo 186, Código Civil Brasileiro).

Ainda nessa toada, o artigo 1.738 inclui expressamente a perda de uma chance como modalidade autônoma de indenização. No mesmo dispositivo, apresenta rol meramente exemplificativo de interesses

passíveis de violação (interesses tidos como legítimos), dentre os quais se encontra inclusive o projeto de vida.

Vale mencionar a implantação da *sanción pecuniaria disuasiva*, importada da ideia dos *punitive damages* do sistema norte americano, segundo a qual o juiz pode condenar a pagamento de quantia à determinada parte que atua com grave menosprezo aos direitos de incidência coletiva (artigo 1.714).

Param por aí os avanços do *proyecto* no que tange ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Em diversos dispositivos, o relator trata com atecnicidade o conceito de dano segundo a nova perspectiva, por vezes mesclando-o indevidamente com a teoria clássica.

Em seu artigo 1.740, por exemplo, dispõe que no “caso de danos derivados da lesão da honra, intimidade ou identidade pessoal, o juiz pode, a pedido de parte, ordenar a publicação da sentença, ou de suas partes pertinentes, à custa do responsável”. Veja-se que distinto o dano como derivação da lesão, e não a lesão em si, o que representa o antigo conceito da teoria da diferença, isto é, dano como efeito.

Já no artigo 1.739, por mais que se mencione novamente a perda de uma chance como indenizável, se trata apenas de ilusório avanço conceitual. Isso porque não é ela ressarcível como bem jurídico autônomo, mas condicionada a efeito posterior relacionada por nexos de causalidade. No teor do dispositivo, “a perda da chance é indenizável na medida em que sua contingência seja razoável e guarde uma adequada relação de causalidade com o ato gerador”.

Até mesmo a jurisprudência brasileira já compreendeu que a chance é, por si, interesse jurídico passível de tutela, nada importando o nexo causal entre a conduta e o resultado futuro possível. É o que se definiu no julgamento do REsp nº 1254141/PR, no qual o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre a questão da perda de uma chance por erro médico.

Eis o conflito: na teoria da perda da chance clássica, como no caso *Show do Milhão* (REsp 788.459/BA), há sempre uma certeza quanto à autoria do fato e uma incerteza sobre a extensão ou a própria existência dos danos respectivos, isto é, se a pessoa aproveitaria aquela chance retirada. No âmbito da responsabilidade médica, ao contrário, já temos de prontidão a certeza quanto ao resultado (morte do paciente), sendo que a grande controvérsia reside justamente na relação de causalidade entre o óbito e a conduta praticada pelo agente. Caso o médico adotasse postura diversa, efetivamente se interromperia o processo danoso em curso? Reside nesse ponto a suposta incerteza quanto à causalidade.

Nada obstante, a questão da ressarcibilidade encontra fácil e natural resposta na teoria contemporânea da responsabilidade civil. E não fosse outra a vertente adotada pelo STJ à ocasião, jamais se poderia dizer, como assim o fez, que a chance em si se trata de interesse legítimo autônomo e apto ao ressarcimento, independentemente do resultado final atingido. Nas palavras da própria relatora, “*a perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização [...]. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou ao paciente*”. Acaba-se com a problemática virtualmente gerada pelo nexos causal, se bem sopesado qual o interesse jurídico violado no caso. Evidencia-se no projeto argentino, pois, a confusão conceitual sobre a perda da chance.

Ainda, o artigo 1.741 exclui aqueles que sofreram danos indiretos do ato ilícito de pleitear a respectiva indenização, uma vez que só legitimado a tanto, segundo o artigo, o lesado direto. Impossibilitado, por essa razão, o ressarcimento do dano em ricochete, que seria elencável dentro dos *novos danos*, como inferência lógica do interesse legítimo.

Com todas essas imprecisões, acaba-se pela conclusão de que o projeto anterior, de 1998, dispunha de melhor técnica ao ressarcimento civil, notadamente do dano extrapatrimonial. Explica-se: adotava-se igualmente o conceito preciso de dano ressarcível como lesão ao interesse não contrário à lei, desde que não justificado (artigo 1.588), sendo o dano extrapatrimonial compreendido como aquele “que interfere no projeto de vida, prejudicando a saúde física ou psíquica ou impedindo o pleno desfrute da vida, assim como o que causa moléstias à liberdade, à segurança pessoal, à dignidade pessoal ou em quaisquer outras afeições legítimas” (artigo 1.600, *b*).

Contudo, e ao contrário do novo projeto, não havia a exclusão do ressarcimento ao dano indireto, pois dispunha o artigo 1.601 que “são reparáveis o dano patrimonial e extrapatrimonial, *seja direto ou indireto [...]*”.

No mesmo dispositivo, tomava-se como indenizável “a perda de probabilidade na medida em que sua contingência seja razoável”. Veja-se que não há a vinculação direta à causalidade adequada entre a lesão e o possível consequência natural futura, como inapropriadamente adota o *Proyecto Lorenzetti*.

Apesar das boas intenções demonstradas nos fundamentos do Projeto de Código Civil e Comercial Argentino, e de apresentadas evoluções conceituais quando se toma por referência o modelo vigente, caberia ao texto projetado integrar efetivamente o sistema de ressarcibilidade baseado no interesse legítimo, afastando-se de vez a reparabilidade decorrente dos efeitos do dano. Perde o legislativo argentino oportunidade de adotar técnica mais apurada nos temas afetos à responsabilidade civil, pois se o que se busca é conferir maior cientificidade aos institutos que oneram determinada pessoa, deve ser repensado o modelo que hoje ainda se utiliza, evitando-se assim a indesejada responsabilização arbitrária.

Date Created

06/11/2013