

MANUELA STIEVANO COSTA

Responsabilidade Civil e a Teoria da Perda de uma Chance

Bacharel em Direito

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

MANUELA STIEVANO COSTA

Responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do prof. Gerson José Beneli, e Orientação Geral do Professor Dr. Rubens Galdino da Silva.

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS
ASSIS
2009**

Folha de Aprovação

Assis, _____ de _____ de 2009

Assinatura

Orientador: Gerson José Beneli

Examinador: Luiz Antônio Ramalho Zanoti

Dedicatória

Para aqueles que mais amo: meus pais, Hemerson e Leda e minha irmã Marília.

A todos os meus colegas do curso de Direito pelo incentivo nesta caminhada de cinco anos.

Dedico este trabalho a todos que acreditaram no meu potencial.

Agradecimentos

O presente trabalho não teria chegado ao fim sem o auxílio de vários amigos e familiares, aos quais expresso meus sinceros agradecimentos.

Ao professor Gerson José Beneli, orientador incansável e presente, sempre atento ao rigor científico indispensável ao presente trabalho.

Também aos demais professores do curso de direito.

Aos meus colegas do curso de Direito, em especial a querida amiga que levo para o resto de minha vida: Patrícia Esperancini.

Aos amigos pelo apoio essencial neste período, em especial Amanda Volpe.

Por fim, aos meus pais e irmã pelo constante apoio e incentivo que recebi, em todas as áreas, de valor inestimável.

“O universo pode ser imaginado como um gigantesco cassino, com dados sendo lançados ou roletas sendo giradas a todo momento. Você pode achar que ter um cassino é um negócio muito perigoso, pois existe o risco de perder dinheiro a cada lançamento de dados ou giro de roleta. Mas em um grande número de apostas a média dos ganhos e perdas atinge um resultado que pode ser previsto, embora o resultado de qualquer aposta individual não. O mesmo ocorre com o universo. Quando o universo é grande, como hoje, há um número enorme de lançamento de dados, e a média dos resultados pode ser prevista” (Stephen Hawking, Nobel de Física, considerado o mais brilhante físico teórico desde Albert Einstein, em *O Universo numa casca de Noz*, tradução de Ivo Korytowski, 7. Ed., São Paulo: ARX, 2002, p. 79-80).

Sumário

Resumo.....	08
Abstract.....	09
Introdução.....	10
I – Responsabilidade Civil.....	12
1.1. Evolução Histórica.....	12
1.2. Conceito.....	14
1.3. Espécies de Responsabilidade.....	15
1.3.1. Responsabilidade Moral e Jurídica.....	15
1.3.2. Responsabilidade Civil e Penal.....	16
1.4. Espécies de Responsabilidade Civil.....	17
1.4.1. Contratual e Extracontratual.....	18
1.4.2. Direta e Indireta.....	19
1.4.3. Objetiva e Subjetiva.....	21
1.5. Elementos da Responsabilidade Civil.....	23
1.5.1. Conduta Humana.....	24
1.5.1.1. Culpa e suas modalidades.....	25
1.5.2. Nexo de Causalidade.....	26
1.5.3. Dano ou Prejuízo.....	28
1.5.3.1. Requisitos do dano indenizável.....	29
1.5.3.2. Espécies de Dano.....	30
II – Teoria da Perda de uma Chance.....	33
2.1. Breves considerações sobre a teoria da perda da chance.....	33
2.2. Evolução Histórica.....	34
2.3. Natureza Jurídica.....	37
2.4. A perda da chance interpretada com dano reparável.....	40
2.5. O princípio da reparação total dos danos e a proteção da vítima pela teoria da perda da chance.....	41
2.6. Quantificação da chance perdida.....	43
III – Aceitação da Teoria da Perda de Uma chance pelo Direito Brasileiro.....	46
3.1. A manifestação da doutrina.....	46
3.2. Perspectiva da jurisprudência brasileira.....	48
3.2.1. O caso “show do milhão”.....	52
Conclusão.....	56

Referências.....

Resumo

A presente pesquisa aborda discussões relativas à responsabilidade civil, especialmente sobre a teoria da perda de uma chance, através de um estudo sistemático de dispositivos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Traz, para isso, informações sobre as origens da responsabilidade civil e da referida teoria da perda de uma chance, bem como, discorrer sobre seus elemento e espécies.

Palavras-chave

Responsabilidade Civil; Perda de uma Chance; Dano.

Abstract

This research has the purpose to discuss the civil responsibility, especially about the theory of the loss of a chance, through a systematic study of legal devices, including doctrines and law. Bringing for that some information about how the civil responsibility and the theory of the loss of a chance used to be, as well as, their specific elements and species.

Keywords

Civil Responsibility; Lost of a Chance; Damage.

Introdução

Para se obter a convivência pacífica entre as pessoas o Estado deve, como forma suprema de organização da sociedade, amparar condutas lícitas dos indivíduos e coibir as ilícitas, garantindo a ordem social e política.

Pode-se dizer que o Estado deve estar apto a dirimir as constantes necessidades da vida moderna, podendo-se afirmar que o instrumento utilizado para tanto é o direito.

No que tange o âmbito jurídico, o tema responsabilidade civil é um dos que mais sofreram mutações e evoluiu ao longo dos anos, devido o constante aperfeiçoamento das relações sociais. Logo, o direito deve acompanhar a evolução do mundo contemporâneo, objetivando a construção de uma ordem jurídica equânime e justa.

Assim, pode-se dizer que a responsabilidade civil é uma ciência que estuda a reparação dos danos. Logo, quando o indivíduo de uma sociedade pratica um ato ilícito, e se deste ato sobrevier um dano, estando ambos interligados por uma relação de causa e efeito, vai surgir para o infrator a obrigação de reparar os prejuízos advindos de seu ato.

É preciso ter em conta, todavia, que devido a constante mutação dos povos, fez-se necessário o surgimento da teoria da perda de uma chance, dentro da ciência da responsabilidade civil.

Muitas vezes a análise dos elementos da responsabilidade civil encontrava certa dificuldade, mitigando o dever de reparação. Neste caso, conseguia-se vislumbrar o prejuízo da vítima, porém, não o dano certo e determinado, assim, inviabilizando qualquer tipo de ressarcimento advindo dessa violação do interesse juridicamente protegido.

Nesse sentido, denota-se que mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista possibilidade de reparação, devemos enquadrar a chance perdida como se dano fosse.

Cabe salientar, que por não haver norma específica no ordenamento jurídico pátrio e devido a escassa doutrina sobre o tema, os tribunais atuam com certa relutância acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance. Ainda assim, não raramente, quando há o reconhecimento da presente teoria pelos magistrados, devido a sua má definição, esta é aplicada erroneamente, misturando-se ao conceito de dano emergente, moral ou lucro cessante.

Assim sendo, conclui-se que, embora os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios venham se solidificando acerca da teoria da perda de uma chance como uma modalidade do dano moral, bem como, em outras oportunidades é inserida no conceito de lucro cessante, buscou-se através da elaboração do presente trabalho de conclusão de curso a caracterização da perda de uma chance como modalidade de dano emergente.

Cumprе demonstrar, todavia, que devido à impossibilidade de determinar fatos futuros, deve-se almejar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, e nunca buscar a indenização em razão da perda da própria vantagem, fazendo com que não seja exigido da vítima o requisito da certeza dos danos, pois, a realização da vantagem esperada será sempre considerada uma possibilidade hipotética. Logo, a reparação não deve ser do dano, mas sim, da chance propriamente dita.

Tenha-se, ainda, que para desenvolver o referido tema, partiu-se do princípio de que determinada oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, quando considerada séria e real, ou seja, quando for possível ter uma probabilidade concreta da possível obtenção do resultado positivo esperado, deve-se ter respaldo e proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, ressalta-se que, para desenvolver o presente trabalho de pesquisa, foram feitas pesquisas bibliográficas, eletrônicas e jurisprudenciais.

I – Responsabilidade Civil

1.1. Evolução Histórica

Em tempos remotos da civilização havia o sistema da vingança coletiva, que consistia na ação conjunta de um grupo contra o agressor de um de seus membros.

Posteriormente, o instituto da responsabilidade civil estava calcado na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano. Tal vingança ocorria sob a égide da Lei de Talião (escrita na Lei das XII Tábuas), ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada na fórmula “olho por olho, dente por dente”.

Salienta-se, entretanto, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de organização de institutos, pois sua produção se deu muito mais como resultado pelo trabalho louvável dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.

Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional. A vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens.

Ainda, no mesmo sentido observa Alvino Lima (1999, p. 21):

este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social.

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia de damno*, que veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa com fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.

Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou seja, prejuízo causado a bem alheio, empobrece o lesado, sem enriquecer o lesante, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

Na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e de culpa, *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena.

Observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da Idade Moderna, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

O desenvolvimento tecnológico, econômico e industrial enfrentado pela cultura ocidental, mormente, após a Segunda Guerra, denominado por muitos como o processo de aceleração histórica, trouxe importantes reflexos não só no universo dos contratos, mas principalmente nos princípios acerca do dever de indenizar. Nesse diapasão, há uma constante luta pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de molde a não deixar o Direito alheio à realidade social. As soluções indenizatórias, dentro ou fora do processo judicial, devem ser constantemente renovadas para estarem adequadas às necessidades práticas do homem contemporâneo.

1.2. Conceito

O Mestre José de Aguiar Dias (1994, p.1) abre o seu *Tratado de Responsabilidade Civil*, obra clássica do Direito brasileiro, ponderando que: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.

Não é apenas o jurista supracitado que sente quão complexo e intricado é estabelecer tal concepção. No mesmo sentido, afirma Maria Helena Diniz (2007, p. 33) que “grandes são as dificuldades que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade civil [...]”.

Registre-se que a palavra “responsabilidade”, oriunda do latim, do verbo *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade.

Oportuno se torna complementar com a acepção do seguinte verbete dada pelo Dicionário Houaiss “responsabilidade: dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico”.

Já o uso da expressão “civil” refere-se ao cidadão, assim considerado em sua relação com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir, bem como, obrigações que devem ser cumpridas.

Diante da etimologia das duas palavras acima, vale trazer a conceituação do que é responsabilidade civil para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 462):

[...] na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização ou de uma compensação, enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou mesmo pecuniária.

Frisa-se mais, que a ordem jurídica tem por objetivo proteger o lícito e reprimir o ilícito, e para isso, estabelece deveres e obrigações aos cidadãos. É o dever jurídico, e a violação deste dever caracteriza o ilícito, o que gera o dever jurídico de indenizar e reparar o dano.

Grande destaque merece o entendimento de Maria Helena Diniz (2007, p. 7), baseada em Léon Husson, sobre o tema:

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa, que por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida possível o *statu quo ante*.

Mostra-se, desta forma, que o Direito pátrio busca o ressarcimento daquele que foi lesado, restabelecendo o seu estado anterior.

1.3. Espécies de Responsabilidade

A concepção do termo “responsabilidade” pode ser dividida em várias espécies. Podemos destacar que esta pode ser civil, penal, moral ou jurídica, entre outras a seguir apontadas.

1.3.1. Responsabilidade Moral e Jurídica

A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais, como jurídicas separadas ou concomitantes. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser proibida pela lei moral, religiosa ou pelo direito.

A responsabilidade moral é advinda da violação à norma moral, que atua no campo da consciência individual. Como a responsabilidade moral é confinada à consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica.

A respeito desse tema, Aguiar Dias (1994, p. 4), citando doutrina francesa, adverte que:

Ocorre, aqui, a primeira distinção entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. Esta se confina – explicam Henri ET Leon Mazeaud – no problema do pecado. O homem se sente moralmente responsável perante Deus ou perante sua consciência, conforme seja, ou não, um crente. E arremata: Não se cogita, pois, de saber se houve, ou não prejuízo, porque um simples pensamento induz essa espécie de responsabilidade, terreno que escapa ao campo do Direito, destinado a assegurar a harmonia das relações entre os indivíduos, objetivo que, logicamente, não parece atingido por esse lado.

Já a responsabilidade jurídica só é cogitada quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarreta dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado. Neste sentido, assevera Maria Helena Diniz (2007, p. 22):

A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *statu quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 4) advertem que:

[...] a diferença mais relevante, todavia, reside realmente na ausência de coercitividade institucionalizada da norma moral, não havendo a utilização da força organizada para exigir o cumprimento, uma vez que esta é monopólio do Estado.

Pode-se concluir que enquanto a responsabilidade moral tem seus preceitos armazenados na consciência do indivíduo, a responsabilidade jurídica os tem na lei. Por isso, os deveres puramente morais encontram sanção no foro íntimo do indivíduo ou nos regramentos religiosos, e os deveres jurídicos encontram sanção na lei.

1.3.2. Responsabilidade Civil e Penal

A responsabilidade pode se manifestar de várias formas e conforme a lesão que causar. A prática de um ato lesivo, por exemplo, pode gerar o dever de responder por ele com uma indenização, uma recomposição do bem lesado ou até mesmo com a imposição de uma pena.

Responsabilizar alguém pelo ato danoso é uma maneira de evitar que esse volte a praticá-lo.

Assim, a responsabilidade pode ser desmembrada e diferenciada em diversos ramos jurídicos, podendo ser penal, civil, administrativa, fiscal, entre outros.

A responsabilidade criminal incide face à transgressão de um tipo penal, que caracteriza um crime ou contravenção. O Direito Penal cuida dos ilícitos considerados mais graves e lesivos à sociedade como um todo. Neste caso as normas penais são consideradas de direito público onde não haverá reparação, e sim a aplicação de uma pena pessoal e intransferível ao transgressor, em virtude da gravidade de sua infração, pois a finalidade neste caso é dupla: a reparação da ordem social e a punição.

A responsabilidade civil é marcada pelo dano que ocorre face à transgressão de um direito juridicamente tutelado, sem a prática do crime. Neste caso, haverá reparação do dano (moral ou patrimonial) por meio de indenização ou recomposição do *statu quo ante*.

Maria Helena Diniz (2007, p. 35) nos traz o conceito:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil pode ser transferível, pois “o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-los transmitem-se com a herança (art. 943, do Código Civil) e pode também incidir sobre pessoas que não são as praticantes do ato ilícito, quando a lei assim determinar.

Aguiar Dias (1997, p. 8-9) afirma que “é quase o mesmo o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar”.

Assim, a diferença fundamental entre essas formas de responsabilidade não está na natureza do comportamento ilícito, pois um mesmo comportamento pode deflagrar mais de um tipo de responsabilidade, sendo que a resposta à responsabilidade penal poderá ser mais severa.

1.4. Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode ser analisada sob diferentes espécies, conforme classificações abaixo.

1.4.1. Contratual e Extracontratual

A responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual. Pode ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, que decorre de relação obrigacional preexistente, e pressupõe capacidade para contratar. Assim, a responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior. Logo, para que exista é imprescindível a preexistência de uma obrigação.

Na responsabilidade contratual não é necessário que o contratante prove a culpa do inadimplente. Para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, caberá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar. Para que o devedor não seja obrigado a indenizar, o mesmo deverá provar que o fato ocorreu fortuitamente ou por força maior.

Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 198) observa que

essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada.

Já a responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela que deriva de um ato ilícito extracontratual, isto é, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, consoante o artigo 156, do Código Civil, não havendo vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual.

Essa responsabilidade tem por fonte a inobservância da lei, traduzindo-se numa lesão a um direito, sem que preexista qualquer relação jurídica entre o agente e a vítima. Desta forma, o lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprir o preceito legal ou violar o dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade.

Para tanto, caberá à vítima o ônus da prova, ou seja, deverá provar a culpa do agente. Se esta culpa não for comprovada, a vítima ficará sem ressarcimento. Além desta responsabilidade calcada na culpa, a responsabilidade aquiliana abrange também a responsabilidade sem culpa fundada no risco.

1.4.2. Direta e Indireta

Trata-se de mais uma das especialidades que envolvem o complexo mundo da responsabilidade civil e que a doutrina tenta elucidar a partir da interpretação do próprio conceito do instituto da responsabilidade civil.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 1), “dentre as sanções com que o direito pune o infrator de seus preceitos destaca-se a responsabilidade civil, que vem a ser a obrigação, atribuída a todo aquele que, por ação ou omissão, causa dano a outrem, de indenizar a vítima de seu ato ilícito”.

Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 24) define o instituto do seguinte modo:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge desta idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Conforme exposto, a responsabilidade civil obriga o autor do dano a reparar a vítima por todas as consequências originárias do seu ato ilícito. Portanto, o sujeito que sofre o dano pode exigir a reparação total de todas as lesões ocasionadas pelo agente.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 2), a responsabilidade civil corresponde a uma obrigação que deve, em linhas gerais, ser conceituada como:

o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

Assim, para ser responsável pelo dano o agente deve ter praticado ato ilícito, que é definido pelo art. 186, do Código Civil de 2002, como: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Além do dano, impõe-se que seja observado o dolo ou culpa do agente, como bem esclarece Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 2):

Dessa maneira, a responsabilidade, cuja matriz se localiza no art. 159 do Código Civil, nasce, em princípio da conduta preexistente, imputável ao agressor do patrimônio alheio. Dentre os elementos mínimos necessários à gênese da obrigação de indenizar encontra-se, portanto, a culpa, como requisito ético da imputabilidade.

Esse elemento subjetivo se manifesta de duas maneiras: pelo dolo, quando o agente dirige intencionalmente sua conduta para provocar o dano, e pela culpa em sentido estrito, quando sem desejar propriamente o dano, o agente não cuida de evitá-lo. Esse tipo de culpa, portanto, pressupõe também conduta voluntária diversa da que seria necessária. Equivale à omissão das diligências devidas para constituir a conduta incensurável. Diz-se que a pessoa era culpada ou porque fez menos do que o devido (negligência) ou porque se atreveu a fazer mais do que o devido (imprudência).

No entanto, não se trata de um conceito simples e fechado. A responsabilidade civil é amplamente estudada pela doutrina e pela jurisprudência que trataram de desmembrar os seus alcances, principalmente, com o objetivo de reparar o dano causado.

Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 69) delimita:

[...] se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização, muitas situações de prejuízo ficariam irressarcidas. Por isso, de há muito, os ordenamentos admitem que, em situações descritas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento do prejuízo, embora não tenham concorrido diretamente pelo evento.

Nesta linha, existe responsabilidade civil direta, ou responsabilidade civil por ato próprio, quando o agente do dano é responsável por sua reparação, e indireta quando o responsável pela reparação é pessoa distinta da causadora direta da lesão.

Para Sérgio Cavalieri (2004, p. 185), a responsabilidade indireta:

[...] não ocorre arbitrária e indiscriminadamente. Para que a responsabilidade desborde do autor material do dano, alcançando alguém que não concorreu diretamente para ele, é preciso que esse alguém esteja ligado por algum vínculo jurídico ao autor do ato ilícito, de sorte a resultar-lhe, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia.

Deste entendimento, conclui-se que a responsabilidade civil indireta é mais uma garantia conferida à vítima, pois, caso o agente do dano não possa adimplir suas obrigações, deve-se buscar outros responsáveis que têm, por lei, obrigação de vigiar a conduta do agente, como, por exemplo, as pessoas indicadas nos incisos do art. 932, do Código Civil brasileiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

De certa forma, pode-se considerar que o responsável indireto também concorreu para a ocorrência do dano, principalmente quando foi omissivo. Este é o entendimento de Sérgio Cavalieri (2004, p. 186):

Na realidade, a chamada *responsabilidade por fato de outrem* – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente.

Assim, podemos verificar que o ordenamento jurídico tenta proteger todo aquele que sofre um dano, cada vez de forma mais abrangente.

1.4.3. Objetiva e subjetiva

A princípio, a responsabilidade civil fundou-se na doutrina da culpa, adotada pelo nosso Código Civil de 1916. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

A doutrina objetiva nasceu devido às técnicas de juristas que sentiram a necessidade desse novo elemento para desempenhar mais ampla cobertura para a reparação do dano.

A corrente da responsabilidade objetiva é aquela que defende a responsabilidade civil como fundamento não apenas da culpa, mas também do risco. Ou seja, quem desenvolve determinada atividade deve arcar com os riscos da atividade que pode, inclusive, criar riscos para terceiros. Temos, então, que a responsabilidade objetiva visa à estimulação do cuidado que as pessoas devem possuir com estados e condições adquiridas. Essa corrente tem caráter predominantemente social, como diz Rui Stoco (1997, p. 64):

A teoria da "culpa presumida" é um dos meios técnicos que se identifica com essa doutrina. Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que

se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação (...) e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado.

E, ainda, Rui Stoco (1997, p. 64) acrescenta que "[...] a responsabilidade objetiva difere da culpa presumida. Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao 'ônus da prova'".

Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo ao comportamento culposo do demandado. Na culpa presumida ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.

Caio Mário Pereira (2001, p. 266), afirma que:

Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma idéia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.

Pode-se afirmar, ainda, que a impossibilidade de ciência sobre o infrator, não prejudica a ação a ser proposta, posto que responderá aquele que assumiu o risco da atividade.

A corrente tradicional é a subjetiva, e exige que o prejudicado prove, além do dano, a infração ao dever legal, o vínculo de causalidade, a existência da culpa do sujeito passivo da relação jurídica. Ou seja, aquele que prejudica é o único responsável pelo dano, não havendo possibilidade de se saber o culpado pelo prejuízo. Não há também porque se falar em responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade subjetiva, dentro da doutrina de culpa, depende da comprovação pelo lesado, da vulneração de norma preexistente e nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificamos que nem sempre o lesado consegue provar esses elementos e, em consequência, a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada. A responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfaz e não dá resposta segura à solução de numerosos casos. A exigência da vítima de provar o erro de conduta do

agente deixa o lesado sem reparação, em grande número de casos. Com esta conotação, a responsabilidade, segundo a corrente objetivista, deve surgir exclusivamente do fato. É esta, atualmente, a conotação adotada.

Como bem preceitua Stoco (1997, p. 65):

A doutrina objetiva encontra maior supedâneo na ‘doutrina do risco’. De um lado, uns mantêm fidelidade à teoria da responsabilidade subjetiva, repelindo a doutrina do risco, de outro lado, há os que abraçam a doutrina do risco, considerando-a substitutivo da teoria da culpa, que seria insatisfatória e estaria superada. Outros admitem a convivência de duas teorias: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.

A doutrina objetiva assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante de elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro).

O importante é verificar, para o ressarcimento, se o prejuízo ocorreu do evento emanado dele. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

No plano prático, e tendo em consideração a pessoa do lesado, a teoria do risco é defendida com o argumento de que permite sempre reparar o dano sofrido, mesmo naqueles casos em que, por um motivo qualquer, o lesado não logra estabelecer a relação causal entre o seu prejuízo e a culpa do causador deste.

1.5. Elementos da Responsabilidade Civil

Relembrando o já mencionado artigo 186, do Código Civil, base fundamental do princípio do *neminem laedere*, temos que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Neste ensejo, podemos concluir que a responsabilidade civil decompõe-se nos seguintes elementos ou pressupostos gerais:

- a) Conduta humana
- b) Nexo de causalidade
- c) Dano ou prejuízo

1.5.1. Conduta Humana

Apenas o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado.

Assim, fica mais fácil entender que a ação humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Em outras palavras, a ação humana pressupõe voluntariedade na sua atuação omissiva ou comissiva.

Maria Helena Diniz estabelece como conceito de ação “[...] o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.” (2007, p. 38-39)

Deste modo, não há conduta responsabilizante apenas no fazer algo, podendo se reconhecer a conduta de abstenção, isto é, o deixar de agir.

Nesse sentido Diniz (2007, p. 39) traz que:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a pratica de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da pratica de certo ato que deveria realizar-se.

Nota-se que é óbvia a conclusão de que a ilicitude não acompanha sempre a ação humana danosa, razão por que não acrescentamos esse qualificativo no elemento sob análise.

Para que sejam componentes da responsabilidade, o ato humano, comissivo ou omissivo, deve ser voluntário, destinado à produção de um resultado, ou decorrente da inobservância de um dever de cuidado. Isto é, poderá ser respectivamente, uma conduta dolosa ou culposa.

Considera-se conduta dolosa aquela praticada pelo agente com consciência e vontade de atingir o fim planejado, que é o resultado danoso. É, a conduta culposa, o ato voluntário do agente que produz um resultado por ele não pretendido, mas que era previsível.

1.5.1.1. Culpa e suas modalidades

Em sentido amplo, a culpa abrange o dolo e a culpa *strictu sensu*. E segundo Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 24), “A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo, mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (quase delito)”.

Deste modo, a culpa se apresenta sob três modalidades:

a) Imprudência

A imprudência é a ausência de prudência, de cautela; é a realização de uma conduta comissiva descuidada. Conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 11), “A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açonamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios”.

Imprudente é aquele que age, e ao agir sua ação não está revestida do cuidado necessário, o que faz gerar um dano a outrem.

b) Negligência

O conceito de negligência está assentado no descuido do cumprimento de encargo ou obrigação. É, pois, a falta de diligência ou cuidado ante às exigências da circunstância.

Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 11), “O termo negligência, usado no artigo 186, é amplo e abrange a ideia de imperícia, pois possui um sentido lato de omissão ao cumprimento de um dever”.

A negligência nada mais é que a falta de atenção necessária, em razão da qual o agente deixa de prever o resultado que era previsível.

c) Imperícia

Com relação à imperícia, requer-se do agente a falta de técnica ou de conhecimento (erro ou engano na execução, ou mesmo consecução do ato). De outra forma, tem-se uma omissão daquilo que o agente não deveria desprezar, pois consiste em sua função, seu ofício exigindo dele perícia – uso de técnica que lhe é própria ou exigível até mesmo pelo seu mister. Refere-se, por fim, a uma falta involuntária, mas também evitada de certa dose de má-fé, com pleno conhecimento de que seus atos poderão resultar em dano para outrem.

Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 11) diz que “a imperícia consiste, sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimento para a prática de um ato, ou omissão de providência que se faz necessária; é em suma, a culpa profissional”.

Em suma:

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. Na negligência o agente não age com atenção devida em determinada conduta; há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso.” (STOCO, 2007, p. 136)

1.5.2. Nexo de Causalidade

A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

O conceito de nexo causal deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao resultado danoso. É por meio da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano.

Fundamentalmente são três as teorias que explicam a relação de causalidade:

1. Teoria da equivalência de condições

Também denominada de *conditio sine qua non*, destaca que todo antecedente fático que concorra para o resultado é considerado causa.

Caio Mário (2001, p. 78), citando o civilista belga De Page, observa que esta teoria:

Em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as ‘condições’ de um dano são ‘equivalentes’, isto é, todos os elementos que, de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como ‘causas’, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

Esta é a teoria admitida pelo nosso Código Penal, pela qual não se distingue causa, condição ou ocasião, de molde que tudo que concorrer para o evento deve ser apontado como nexos causal.

O inconveniente que se aponta a esta teoria é a possibilidade de uma regressão quase que infinita.

Nas palavras de Gustavo Tepedino (2001, p. 3) “[...] a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes”.

2. Teoria da causalidade adequada

Diferentemente da teoria anterior, considera que causa é apenas o antecedente fático abstratamente adequado à consumação do resultado. Assim, nem todos os antecedentes podem ser levados à conta do nexos causal, o que nem sempre satisfaz no caso concreto.

Como dispõe Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 51), “causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”.

Nota-se, então, que tal teoria parte de um juízo de probabilidade, pois a causa ‘adequada’ é abstrata, cabendo ao juiz fazer tal juízo, o que nem sempre dará um resultado satisfatório.

Autores como Sérgio Cavalieri Filho entendem ser esta a teoria adotada pela lei pátria.

A adoção da primeira (equivalência de condições) ou a segunda (causalidade adequada) teoria não é mera opção intelectual, uma vez que produz efeitos práticos, consoante bem como demonstrou Cardoso Gouveia, citado por Carlos Gonçalves (2005, p. 522-523):

A deu uma pancada ligeira no crânio de B, a qual seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas que causou a B, que tinha uma fraqueza particular dos ossos do crânio, uma fratura que resultou a morte. O prejuízo deuse, apesar de o fato ilícito praticado por A não ser a causa adequada a produzir aquele

dano em um homem adulto. Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada é uma condição *sine qua non* do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade, em face da teoria da causalidade adequada.

3. Teoria da causalidade direta e imediata

Foi desenvolvida pela doutrina de Agostinho Alvim, e para ela, causa é apenas o antecedente que determina o resultado com consequência direta e imediata.

Esta corrente sustenta o vínculo direto e necessário entre o comportamento causado e o resultado, para efeito de responsabilidade civil.

Discorrendo sobre esta corrente, Agostinho Alvim (1972, p. 356) ensina:

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano.

Suposto certo dano, considera-se causa dela a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

Desta forma, concluímos, com Gustavo Tepedino (2001, p. 10), que:

[...] a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distancia temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessidade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade.

A doutrina pátria majoritária acredita que esta é a teoria adotada pelo Código Civil, mas devemos admitir que por vezes a jurisprudência adota a causalidade adequada.

1.5.3. Dano ou Prejuízo

O dano é também um dos elementos que configuram a responsabilidade civil, pois não será possível a indenização ou reparação sem a ocorrência de um prejuízo, sem um dano a reparar.

Conforme salienta Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 34), “dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico”.

Portanto, dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil; não há responsabilidade civil por ‘tentativa’, ainda que a conduta tenha sido dolosa.

Enfatiza, Rui Stoco, que “o dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilidade do agente (2004, p. 129)”.

Com absoluta propriedade, Sergio Cavalieri Filho (2004, p. 70) salienta que:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

1.5.3.1. Requisitos do dano indenizável

Em regra, todos os danos são ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, sempre se pode fixar uma importância pecuniária a título de compensação.

Todavia, para que o dano seja reparável deve atender a alguns critérios mínimos estabelecidos na doutrina. São eles:

a) A violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa (física ou jurídica)

Para haver um dano, deve haver lesão a um bem tutelado, seja ele patrimonial ou moral. E havendo tal lesão, o *status quo ante* deve ser sempre buscado.

b) Certeza do dano

Somente o dano certo e efetivo é indenizável. Assim, ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético.

Mesmo em se tratando de bens ou direitos personalíssimos, vale lembrar que não se apresenta, na doutrina ou jurisprudência, um critério preciso para sua mensuração econômica, porém isso não quer dizer que o dano não seja certo.

Conforme nos ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 64), “a certeza do dano refere-se à sua existência, e não a sua atualidade ou ao seu montante”.

A respeito da teoria da perda de uma chance a doutrina brasileira ainda é controvertida. Nesta hipótese devemos observar se há certeza do dano. Sobre o tema, exemplifica Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 36):

Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transporte não funcionou a contento e o sujeito chegou atrasado, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado deixa de recorrer ou ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual do cliente?.

Para Sérgio Savi (2006, p. 61), a indenização, conforme a teoria da perda de uma chance, deve ocorrer quando “for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) da obtenção do resultado esperado”.

c) Subsistência do dano

O dano deve subsistir no momento da sua exigibilidade em juízo, ou seja, o dano não pode já ter sido reparado.

1.5.3.2. Espécie de dano

Os danos estão divididos em duas espécies. Eles serão patrimoniais, quando houver danos a interesses avaliáveis em dinheiro, e não patrimoniais ou morais, quando se verificarem em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária.

O dano patrimonial é aquele que pode ser avaliado pecuniariamente por critérios objetivos, podendo ser reparado, senão diretamente, mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, pelo menos indiretamente, por meio de equivalente ou indenização pecuniária.

Patrimônio pode ser entendido como "o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro" (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 96). Lembre-se, porém, que o dano patrimonial não será necessariamente aquele que atinge bem patrimonial, sendo perfeitamente possível que surja de dano a bem imaterial, bem como é possível, e frequente, que lesões causadas a bens patrimoniais gerem danos extrapatrimoniais.

O dano patrimonial pode ser classificado como lucro cessante ou dano emergente, conforme artigo 402, do Código Civil. Este reflete a diminuição efetiva do patrimônio, enquanto aquele representa a frustração de um ganho, pouco importando o momento da verificação do prejuízo.

Vejamos um pouco mais a fundo tal diferenciação.

a) Dano emergente

Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, importando "efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima", devendo a indenização "ser suficiente para a *restitutio in integrum*" (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 97).

Ele não será composto necessariamente somente pelos prejuízos sofridos diretamente com a ação danosa, mas incluirá, também, tudo aquilo que a vítima despendeu com vistas a evitar a lesão ou o seu agravamento, bem como outras eventuais despesas relacionadas ao dano sofrido.

Há autores que defendem ser indenizável também o dano indireto (reflexo, ou em ricochete).

O dano emergente poderá ainda ser classificado como dano presente ou dano futuro. Tal distinção não encontra guarida expressa em nossa legislação civil, que fala tão somente em "prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito direto e imediato" do ato (art. 403, do Código Civil).

A ausência de previsão em nossa legislação não é óbice para a indenizabilidade do dano futuro, pois não se exige que o resultado se produza ato contínuo ao ato antijurídico, mas tão

somente que lhe seja "efeito direto e imediato", pouco importando o momento em que se produz.

Os danos futuros podem ainda ser classificados em certos e eventuais, em função da certeza ou incerteza da sua verificação. Os danos presentes são sempre certos, pois já se verificaram. Como é intuitivo, certo é o dano cuja realização é consequência lógica, natural e esperada. Já o dano eventual é aquele cuja concretização, através de um juízo de probabilidade, não se pode afirmar, não sendo, portanto, indenizável.

b) Lucro cessante

Por sua vez, o lucro cessante reflete a "perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro", e decorre "não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima [...], como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado", desde que se configure como consequência necessária da conduta do agente (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 97-100).

Na breve definição de nossa lei, lucro cessante é aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar (art. 402, do Código Civil). Razoável, na definição de CAVALIERI FILHO (2004, p. 98), "é aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos". Daí dizer Agostinho Alvim (1972, p. 189) que "até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria", presumindo-se que os fatos se desenrolariam segundo o seu curso normal, não tivesse ocorrido a intervenção do agente.

Alguns doutrinadores incluem nesta categoria à chamada perda de chance, que envolve a interrupção por ato antijurídico de um processo em curso, que propiciaria a uma pessoa a oportunidade de obter, no futuro, algo benéfico, que pode ser a obtenção de uma vantagem, ou a prevenção de um prejuízo que vem efetivamente a ocorrer, de modo que aquela oportunidade se perdeu de modo definitivo. O fato de posteriormente outra oportunidade semelhante surgir não elimina o caráter antijurídico da conduta.

Vale lembrar que o dano também poderá ser não-patrimonial, ou seja, aquele dano que atinge a dignidade da pessoa, a honra, a imagem, entre outros.

Aqui ficam incluídos os danos morais, estéticos, à imagem e à honra, que não nos caberá esgotá-los.

II – Teoria da Perda de uma Chance

2.1. Breves considerações sobre a teoria da perda da chance

Não podemos esquecer que em algumas situações, a identificação dos elementos que compõem a responsabilidade civil encontra determinada dificuldade, restringindo o dever de reparação do dano. Neste caso, consegue-se obter uma visualização do prejuízo da vítima, porém, não se vislumbra o dano certo e determinado, assim, causando a inviabilidade de qualquer tipo de reparação dessa violação do interesse juridicamente protegido.

Vale trazer, a título de exemplo, a inegável perda do direito do cliente pela inércia desidiosa do advogado que impediu que a causa fosse examinada pelo órgão jurisdicional competente; o médico que não diagnostica corretamente o paciente com câncer, etc.

Evidente é que de todas as hipóteses trazidas, dentre outras da mesma natureza, não há como vislumbrar um dano certo e determinado, suficiente para ensejar eventual reparação. Porém, se a princípio não há um dano certo e determinado, é fácil a visualização de que houve um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas, deve-se enquadrá-las, como se danos fossem.

Não será demais acentuar que o sentido jurídico, sob o aspecto do dano material, a chance ou oportunidade vai trazer como requisito a probabilidade séria e real de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Nesse sentido, pontifica Sérgio Savi (2006, p. 60-61) que, “apenas naqueles casos em que a chance perdida for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma

probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado, é que se poderá falar em reparação da perda de uma chance”. Portanto, não é qualquer chance perdida que vai ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização.

Assim, vale dizer que em nosso ordenamento jurídico não se admite expectativas incertas ou pouco prováveis. Desta maneira, a chance a ser indenizada deve ser algo cuja probabilidade fornece elementos que poderiam ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do fato danoso.

Vale salientar que não se deve buscar o ressarcimento pela vantagem perdida, mas sim, pela perda da oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo, totalmente desvinculada do resultado final. Deve-se, assim, a vítima proceder, para não esbarrar no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

2.2. Evolução Histórica

Durante muito tempo, o dano decorrente da perda de uma oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível afirmar, com certeza, que sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja o dano da perda de oportunidade de obter aquela vantagem.

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Diante desta evolução, hoje, é possível visualizar um dano independente do resultado final. Se por um lado, a indenização do dano consistente na vitória perdida é inadmissível, ante a incerteza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma

possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em relação à exclusão da possibilidade de vitória poderá, frise-se, dependendo do caso concreto, existir um dano jurídico certo e passível de indenização.

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da chance de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem.

Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

Tal teoria surgiu na França, na década de 60, com vistas à atividade médica, chamada de “teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”, em que o cliente não perde uma causa certa, mas perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso.

Alguns autores entendem que o juiz deverá criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória para calcular a indenização do “dano hipotético”.

O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu ou efetivamente deixou de ganhar.

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem, e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Ainda na França, o tema despertou acirradas discussões doutrinárias, influenciando a Corte de Cassação, que passou a conceder indenizações a este título (perde da uma chance).

Os julgados franceses e as discussões doutrinárias nesse país fomentaram questionamentos acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em outros países da Europa.

Na Itália, a inicial resistência ao acolhimento da teoria sucumbiu às consistentes manifestações favoráveis de importantes juristas, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola.

Assim como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Passou-se, então, a admitir o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que séria, e atracar os requisitos para o acolhimento da teoria. Em vez de enquadrar a perda de chance com espécie de lucros cessantes, passou-se a considerá-la como dano emergente e, assim, a superar o problema da certeza do dano para a concessão de indenização.

Quanto aos limites para aplicação da teoria, o ordenamento jurídico italiano exige que a chance perdida seja séria e real. Na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento).

Para o cálculo da indenização, ficou estabelecido que o juiz calcularia, de forma equitativa, partindo do dano final, e fazendo incidir sobre este um coeficiente de redução proporcional à efetiva probabilidade de obtenção da oportunidade.

No Brasil, apesar de haver pouco trabalho especificamente dedicado ao tema, percebe-se, facilmente, que a maioria dos Tribunais, quando diante de um caso concreto de perda de uma chance, se vê obrigado a reconhecer o valor patrimonial da chance por si só considerada e, assim, ao reconhecer a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, exatamente como preconizado pela teoria desenvolvida na França e acolhida pelo ordenamento jurídico italiano.

2.3. Natureza Jurídica

De plano, *mister* se faz frisar que não é mansa e pacífica, na jurisprudência e doutrina pátrias, o entendimento da perda de uma chance como dano certo e determinado, pois insistem ainda alguns magistrados e autores em não admitir a cisão entre a possibilidade de ganho ou de se evitar um prejuízo com o resultado final.

Poder-se-á, ainda, dizer que a maioria dos doutrinadores adeptos da teoria da responsabilidade pela perda da chance, a despeito de mencionarem o tema em destaque, pouco o enfrenta no mérito. Assim, ainda tratam a questão de forma não unânime. Para alguns magistrados e doutrinadores, a perda de uma chance estaria centrada na ideia de lucro cessante, ou seja, aquele benefício legitimamente esperado pela vítima.

Deve-se ressaltar que quando se fala em lucros cessantes, deve o lesado demonstrar a ocorrência indene de dúvidas de prejuízos efetivos. Assim, não basta a mera alegação de sua ocorrência. Os lucros cessantes, para serem indenizados, devem ser fundados em bases seguras, de modo a não compreender lucros imaginários ou fantásticos.

Para Maria Helena Diniz (2007, p. 68), “lucro cessante ou frustrado, alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado”. Ainda, a autora elucida sua opinião quanto a teoria da perda de uma chance:

Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também a perda da chance, de oportunidade ou da expectativa, que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão judicante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não á situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar seu *quantum*. Conseqüentemente, nesta última hipótese, a indenização não seria do ganho que deixou de ter, mas, na verdade, da chance. A chance é um dano real indenizável se se puder calcular grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo.

Conforme a lição de Rui Stoco (2007, p. 439), “o prejuízo deve ser aferível em termos reais e valorado objetivamente, ou seja, deve ser certo quanto a sua existência, não podendo ser meramente hipotético como fruto da imaginação do lesado, sem fundamento em fatos concretos”. Logo, em sede de lucro cessante, repetindo, em que pese o princípio da razoabilidade na sua avaliação, o mesmo tem de ser certo, determinado, e está intimamente vinculado ao resultado final, o que não ocorre com a perda da chance, pois é dano independente daquele, caracterizada como a oportunidade séria, real de evitar um prejuízo ou angariar um benefício.

Cumprir destacar, ainda, que alguns doutrinadores, bem como a jurisprudência, fazem uma vinculação da teoria da perda de uma chance como uma espécie agregada do dano moral.

Vale consignar que ocorrerá dano moral quando forem ofendidos aspectos intrínsecos da personalidade humana, rompendo o equilíbrio da normalidade psíquica. Esse rompimento se transforma em um dano psíquico, insurgindo, assim, uma intromissão mais profunda no psiquismo do ser humano que tem sua esfera afetiva ou volitiva ou intelectual atingida, vindo reduzida, ainda que por fases transitórias, sua capacidade de gozo individual, familiar, social ou recreativa.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2007, p. 55), “dano moral consiste na lesão de direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa”.

Nessa esfera, Yussef Said Cahali (1998, p. 20) pondera, com acuidade, que:

dano moral é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Logo, conclui-se que o dano moral deve ser aferido a partir de uma anormalidade, a ponto de romper o equilíbrio do sujeito lesado.

Entretanto, não se poder admitir que o dano moral seja um dano exclusivo advindo da perda de uma chance. De toda sorte, entendemos que na grande maioria dos casos, a perda de uma chance, além de representar um dano patrimonial, poderá representar também um dano de aspecto moral, em virtude da perda de auferir uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Assim, ocorrerá também algumas hipóteses em que apesar de não ser possível indenizar o dano emergente em virtude da chance perdida, em razão da falta dos requisitos necessários, qual sejam, a chance perdida deve ser séria e real, quando for possível ter uma probabilidade segura, será possível conceder uma indenização por danos morais em virtude da frustrada expectativa que o lesado obtinha.

Esse é o entendimento de Sergio Novais Dias (1999, p. 67), ao observar, por exemplo, que:

toda vez em que o advogado deixa de recorrer o cliente perda a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não havia probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior.

Contudo, ressalta-se que parte da doutrina reconhece expressamente a perda de uma chance como dano emergente. Isto é, tratando desta espécie de violação de interesse jurídico, a chance pode ser efetivamente avaliada como dano emergente.

Conforme se denota do artigo 402, do Código Civil, o dano emergente, como entendido pacificamente na doutrina, importa numa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu.

Em suma, pode-se dizer que há uma diferença entre a oportunidade de evitar um prejuízo ou galgar um benefício, e o ganho em si. A oportunidade de ganho é havida como interesse jurídico tutelado pela norma, fazendo parte do patrimônio jurídico do indivíduo, desde que séria e real. Assim, sua violação acarretará na reparação desta oportunidade.

Ao inserirmos a perda de uma chance no conceito de dano emergente, não será necessária a comprovação da certeza do dano, uma vez que, ao invés de objetivar a indenização do prejuízo que decorreu da perda do resultado final esperado, deve-se indenizar exclusivamente a perda da chance de obter o resultado que se esperava. Portanto, não estamos perante a hipótese de lucros cessante, pois, deve-se almejar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem e nunca buscar a indenização em razão da perda da própria vantagem que restou frustrada.

Esse procedimento faz com que a indenização da perda de uma chance nunca se afaste da certeza que gira em torno do dano. Portanto, perdida a chance, o dano deve ser considerado como certo. Nesse aspecto, deverá o magistrado fazer um juízo de valor sobre as concretas possibilidades que o sujeito obtinha de conseguir o resultado almejado.

Deve-se considerar, ainda, que não será qualquer mera possibilidade perdida que fará o ofensor a repor o dano. A teoria da perda de uma chance tem como requisito imprescindível que a mesma seja séria e real. Ou seja, quando o lesado conseguir demonstrar que obtinha grande probabilidade de obter a vantagem esperada. Portanto, simples expectativas aleatórias não serão passíveis de indenização no nosso ordenamento jurídico.

2.4. A perda da chance interpretada com dano reparável

Ao falarmos em indenização, remetemos a existência de prejuízo, o qual deve ser certo e determinado para que ocorra a reparação. Assim, o ponto nodal da dificuldade de conceituação dos adeptos da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance é exatamente no requisito da certeza do dano.

De tal sorte, a perda da chance não objetiva a indenização da vantagem não obtida ou do prejuízo evitado, isto porque, tratam-se de objetos futuros. Se assim fosse interpretado, estaríamos sob a ótica do conceito de dano eventual, ou seja, meramente hipotéticas.

Em outro giro, quando passamos a analisar não a vantagem perdida, mas sim, a verdadeira oportunidade de sua obtenção, perfaz interesse atual, certo e determinado, fugindo, assim, da interpretação de dano eventual. Portanto, depois de diferenciarmos a vantagem perdida da oportunidade de obtenção da vantagem sendo incorporada ao bem jurídico do indivíduo, deve-se ponderar e conceituar essa oportunidade.

Como já dito anteriormente, deve a oportunidade ser séria e real, não bastando qualquer mera expectativa ou possibilidade, devendo sempre a prova do dano certo, constituir de elementos de estatísticas e probabilidades concretas vinculados ao senso de razoabilidade. Nesse ponto, vale lembrar que devido ao grande desenvolvimento de estudo, é possível hoje determinar, com uma aproximação bem tolerável, o valor de um dano que antes parecia inefectivo e entregue à própria sorte.

No entanto, deve-se rememorar que meras possibilidades não são admitidas. Para melhor visualizarmos, basta o exemplo do advogado que de forma negligente perde o prazo de interposição de um recurso. Se já for sedimentado nos tribunais superiores, bem como, no tribunal em que a demanda tramita, que a matéria almejada pelo autor não assiste razão, estaríamos sob a ótica de uma chance meramente hipotética, balizada em simples possibilidades.

Outro ponto a ser destacado é a confusão constante em que a doutrina e a jurisprudência dos tribunais pátrios vêm fazendo quanto a definição de lucro cessante e perda da chance propriamente dita.

Enquanto os lucros cessantes re integram aquilo que o sujeito razoavelmente deixou de lucrar, a perda de uma chance foca o ressarcimento na perda de uma oportunidade com grande potencial e probabilidade de vir a se realizar, causada pela intervenção ilícita de outrem, mas aferível independentemente do possível resultado.

Importa isso dizer que entendemos que os lucros cessantes se esmeram para um fato passado, independentemente a atividade exercida e que servirá de base elementar para definir aquilo que o lesado exatamente deixou de ganhar. No entanto, a perda de uma chance idealiza a lesão no momento fixo em que o lesado perde a oportunidade de obter certa vantagem (não eventual) ou, evitar um mal futuro, mas sempre repercutindo no presente.

Por derradeiro, em consonância dos princípios norteadores da responsabilidade civil, deve-se entender que a teoria da perda de uma chance se funda na hipótese de dano emergente, devendo se lastrear nos elementos de valoração baseados nas probabilidades sérias e reais e no princípio da razoabilidade. Logo, as chances perdidas podem e devem ser mensuradas economicamente, pois esses interesses integram o patrimônio do lesado.

2.5. O princípio da reparação total dos danos e a proteção da vítima pela teoria da perda da chance

A responsabilidade civil é fundada na premissa de transgressão do dever jurídico originário, para surgir à obrigação sucessiva de indenizar de acordo com os interesses lesados.

Atenta-se que os artigos 186 e 187, do Código Civil, trazem a conceituação de ato ilícito. No artigo 186 tem-se a ideia de culpa em sentido amplo (dolo e culpa em sentido estrito), e no artigo 187 tem-se a noção de atividade risco.

Esses artigos trazem a regra de uma cláusula geral de responsabilidade civil em que se estabelece a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pelo indivíduo lesado. Esse regramento faz com que o conceito de dano seja o mais amplo possível, sendo na verdade cláusulas abertas de responsabilidade, visando a abarcar, de maneira geral, todas as espécies de danos, dentre as quais o dano derivado da teoria da perda de uma chance.

Bem verdade é que não há no ordenamento jurídico brasileiro um rol taxativo de bens juridicamente protegidos, porém, encontra-se no artigo 948, do Código Civil brasileiro a proteção à vida e incolumidade das pessoas, bem como, no artigo 949 do mesmo diploma legal, a obrigação de indenizar caso o ofensor cause outro prejuízo que por ventura o ofendido prove haver sofrido.

Com base na cláusula geral, de responsabilidade civil em que se tem a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, jamais poderia ser excluída, o dano decorrente da teoria da perda de uma chance.

Além da cláusula geral de responsabilidade, vigora de maneira implícita no artigo 402, do Código Civil, o princípio da reparação integral dos danos.

A tônica desse princípio, é de garantir o equilíbrio jurídico entre o dano e a reparação objetivando o estado anterior em que o individuo se encontrava, ou seja, ao *status quo ante*. Logo, o ponto nodal desse princípio é de assegurar o direito de reparação da vítima dos danos sofridos, colocando-o na mesma posição que se encontrava se o fato danoso não houvesse ocorrido.

Ainda de maneira implícita, esse princípio deriva de mandamento constitucional destacando o preceito do artigo 1º, III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos princípios que norteiam a República Federativa do Brasil. Nesse contexto, pode-se dizer, que caso a vítima viesse a suportar os danos por ela não cometidos, não teria sentido e eficácia este principio abrangido pela carta Magna.

Analogicamente, se sabe que a Constituição Federal está no ponto máximo do ordenamento jurídico e, esta estabelece que a reparação deve ser justa e plena; logo, conclui-se automaticamente, que estarão as hipóteses de reparação pela perda de uma chance abraçadas pela norma constitucional em virtude da reparação integral dos danos.

E não seria arrojado o remate ao dizer que o dano da perda de uma chance se enquadra como dano emergente, não podendo admitir entendimento contrário a reparação integral do dano, nos casos em que as chances perdidas sejam sérias e reais. Como se busca a proteção da vítima contra os danos tidos como injustos pelo ordenamento jurídico pátrio, conclui-se que sendo a perda de uma chance um dano injusto, jamais poder-se-ia negar a sua reparação integral.

2.6. Quantificação da chance perdida

A responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada.

Assim, não são raros os julgados que apesar de corretamente aplicarem a responsabilidade civil por perda de uma chance, encontram grande dificuldade na hora de fixar a quantia oriunda da indenização.

Essa dificuldade deriva da errônea aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto, pois em muitas vezes, a chance perdida é classificada na espécie de lucro cessante. Desta forma, a título de exemplo, quando o causídico que de forma desidiosa abandona a causa que fora contratado e deixa de atender os atos processuais e vem a contribuir, de forma incisiva, pela improcedência da demanda, deverá arcar com o dano advindo do seu ato. Porém, convém notar, que se porventura o magistrado quantificar o dano, condenando o advogado ao pagamento do total que seu cliente faria jus, estará automaticamente aplicando a perda de uma chance no âmbito de lucros cessantes. Isto porque, não se pode afirmar, com precisão, que se tivesse atendido aos atos processuais este teria sucesso na procedência da ação. O máximo que poder-se-ia afirmar era que existiam grande chances de vitória, e são exatamente essas que deveriam ser indenizadas.

Portanto, nesses casos, é inviável conseguir visualizar um nexo de causalidade entre a conduta negligente do advogado com a perda da procedência na demanda interposta. Se não vislumbra a relação de causa e efeito entre a conduta ilícita do advogado e o dano, jamais poderá o advogado ser condenado na esfera de lucros cessantes.

É forçoso dizer, também, que somente em poucos casos poderá ser a perda de uma chance classificada na seara dos lucros cessantes.

Como pontifica Savi (2006, p. 62):

na vigência da súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado ao pagamento de lucros cessantes, ao invés de condená-lo ao pagamento de

indenização pela perda da chance. Isto porque, sabendo-se de antemão a posição do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria e estando os demais tribunais vinculados ao supremo, é razoável acreditar que o cliente do advogado negligente obterá uma decisão naquele sentido.

Logo, se a matéria da lide, na qual o advogado foi negligente, tiver sido abraçada por súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, deverá ele arcar com o dano advindo de sua desídia, na espécie de lucros cessantes.

Em suma, constatamos que para não ser configurada como lucro cessante, a chance perdida nunca poderá ser igual ao valor da vantagem não conquistada. Logo, frente a tais dados, tem-se, pois, que deverá o magistrado, no momento de quantificar o dano, incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem perdida, sempre de maneira equânime.

Vale ainda dizer que o *quantum debeatur* deverá ser feito através de arbitramento.

Não se pode perder de vista que deverá, o juiz sentenciante, na instrução da ação indenizatória, observar se existem probabilidades sérias e reais do lesado obter alguma vantagem e/ou de evitar um prejuízo e, assim, fazer um elo com o valor do resultado final, obtendo, uma monta a menor que a vantagem esperada.

A título de exemplo, vale trazer à baila o famoso caso que ocorreu com um participante do programa “Show do Milhão”. No caso, o autor da ação havia participado do referido programa e chegado à última pergunta, intitulada “pergunta do milhão”, pois ela valia um milhão de reais. No momento do jogo, o autor preferiu não responder a pergunta, por achar que a mesma não tinha resposta. Durante a demanda, e tendo sido concluído que a “pergunta do milhão” era irrespondível, julgou, a juíza daquela lide, procedente o pedido autoral de dano material arbitrado em quinhentos mil reais.

Inconformada com a decisão, a empresa-ré interpôs recurso de apelação, sendo negado provimento, mantendo-se a integralidade da sentença. Contra a decisão do colegiado, a ré interpôs recurso especial, alegando, em suma, que a chance perdida da autora era de exatamente vinte e cinco por cento, tendo em vista que para cada pergunta, há quatro alternativas de resposta.

Com base nesse sólido argumento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que no caso concreto aplicava-se a teoria da perda de uma chance, porém, reduziu o montante arbitrado pela juíza de primeira instância, para o valor de cento e vinte e cinco mil reais, tendo em vista que a quantia acima seria o equivalente a um quarto de quinhentos mil reais (valor da

pergunta), e por ser uma questão de probabilidade matemática de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete a probabilidade ser séria e real de êxito da autora.

Do exemplo acima, chega-se à conclusão que por não ser possível determinar com precisão que a pergunta seria respondida com êxito, entendeu-se não ser possível condenar a empresa-ré ao pagamento da integralidade do valor que ganharia o autor, caso obtivesse êxito na pergunta final, sob o aspecto de se configurar na seara de lucro cessante.

Enfatiza-se, ainda, que o magistrado ao julgar uma demanda, deverá fixar o *quantum* indenizatório atentando para o caso concreto. O pressuposto fático da perda da chance vai configurar, na ordem jurídica do indivíduo um dano ou prejuízo injusto, podendo ser de ordem material, de ordem moral ou de ambas.

Assim, na maioria dos casos, entendemos ser possível o arbitramento da perda de uma chance na seara do dano material sob o conceito de dano emergente atrelado a um dano de ordem moral, em virtude dos sérios transtornos psicológicos que a perda da chance poderá gerar na vítima.

Disciplinando dizer que há casos em que não poderá ocorrer indenização por dano material se a chance perdida for hipotética, ou seja, por não ser uma chance considerada séria e real. Poderá entender o juiz sentenciante da lide que a perda da mera expectativa, é capaz de gerar indenização de ordem moral.

Por isso, conclui-se que a quantificação dos danos ou prejuízos devem ser proporcionais à gravidade da falta jurídica e dos prejuízos causados pelo fato consumado da perda de uma chance.

III – Aceitação da teoria da perda de uma chance no Brasil

3.1. Manifestação doutrinária

A produção doutrinária brasileira sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance vinha se mostrando bastante tímida. Todavia, a doutrina atual parece passar por uma fase de ebulição na seara da teoria da perda de uma chance.

No passado, havia certa resistência em relação aos casos de responsabilidade pela perda de uma oportunidade, por parte de alguns doutrinadores. Carvalho Santos (1956, p. 321-322), analisando casos de falta de recurso cabível diante de uma sentença desfavorável, afirma que “parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada”.

Sobre a possibilidade da indenização, leciona José Aguiar Dias (1997, p. 297), diante de uma causa aonde o magistrado julgou não haver qualquer dano pela inércia do advogado diante de um recurso cabível, que:

Confundem o *na debeat* e o *quantum debeat*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida, que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas dano, na espécie, era perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior.

O trabalho do professor Agostinho Alvim, datado de 1955, trata sobre esta teoria de forma primorosa, comentando a hipótese de perda de uma chance de vencer uma corrida de cavalos e a hipótese clássica da perda do prazo para a interposição de um recurso de apelação por culpa do advogado. Apesar de dedicar poucas páginas ao tema da perda de uma chance, trata-o de forma esclarecedora.

Entre os escritores mais recentes destaca-se o trabalho de Miguel Kfoury Neto, não apenas por tratar detalhadamente a respeito da responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, mas também por produzir, com base em sólida doutrina francesa, preciosas lições sobre as condições de aplicação da teoria da perda da chance, tais como a seriedade da chance perdida e sua quantificação.

De acordo com este autor, “a chance perdida deve ser séria, ou real e séria. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria” (KFOURI, 2002, p. 191).

Maria Helena Diniz, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Junior, apenas citam, em suas doutrinas, a existência de teoria da perda de uma chance, sem um aprofundamento, mas com aceitação da mesma.

Respaldaado por doutrinadores franceses, Sérgio Severo, em sua obra destinada ao dano moral indenizável, igualmente se ocupa da teoria da perda de uma chance. Este autor também demonstra perfeita compreensão das condições de aplicação da teoria da perda de uma chance, particularmente importantes para o Brasil, haja vista as imprecisões encontradas nos julgados pátrios.

O civilista Silvio de Salvo Venosa discorre, em seu livro de responsabilidade civil, sobre a existência da teoria e aplicabilidade da mesma no Brasil, pontuando a dificuldade de classificá-la.

Sérgio Novaes Dias realizou trabalho sobre a responsabilidade civil do advogado, reservando extenso capítulo para a análise da perda de uma chance na esfera judicial.

Digna de nota é a publicação de Sérgio Savi, na qual o autor, apoiando-se sobretudo na doutrina italiana, estabelece, com competência, os principais critérios e requisitos de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Rafael Peteffi da Silva, em sua obra Responsabilidade Civil pela perda de uma chance, compara o direito brasileiro principalmente com o direito norte americano e francês

Rui Stoco também dedicou-se ao tema, mas, acreditando que a perda de uma chance não deve ser aplicada nos casos de responsabilidade civil do advogado.

Além dos autores citados, nos últimos anos foram escritos inúmeros artigos e capítulos de livros sobre o assunto, ajudando na recente solidificação em relação aos limites e à metodologia de aplicação da teoria da perda de uma chance.

3.2. Perspectiva da jurisprudência brasileira

O momento atual caracteriza-se pela ebulição da teoria. O tribunal gaúcho vem trilhando caminhos bem pavimentados por seus acórdãos. O Tribunal de Justiça do Paraná e do Rio de Janeiro também vêm solidificando entendimento quanto a teoria da perda de uma chance, passando a conferir caráter nacional ao movimento de aceitação da mesma.

Importante ressaltar que a maioria das decisões aqui utilizadas foram proferidas há pouco tempo, então são incipientes.

Os julgados a seguir analisados têm o mérito de ter aplicado corretamente a teoria, ainda que o tenham feito nos casos em que não foi concedida qualquer indenização a este título.

Em sede de responsabilidade civil do advogado que perde o prazo para a interposição de recurso de apelação, contra a sentença contrária aos interesses de seu constituinte, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apesar de reconhecer que teria ocorrido a perda da chance, pois, se interposta em tempo a apelação poderia ocorrer a mudança do resultado do julgamento em favor dos autores, chegou à conclusão de que as chances de êxito do eventual recurso eram ínfimas e, com isso, negou a indenização da chance perdida.

Eis a ementa do acórdão:

Ação de reparação de danos materiais e morais. Alegação de negligência e imperícia de advogado, que seria responsável pela revelia e interposição intempestiva de apelação. prova que só permite concluir pela culpa do profissional na última hipótese. perda de uma chance. possibilidade de indenização. Necessidade, porém, da seriedade e viabilidade da chance perdida. Circunstâncias não presentes na espécie. Acolhimento do pedido apenas para condenação do profissional ao ressarcimento dos honorários pagos pelos autores e preparo do recurso intempestivo. Apelo em parte provido. (Apelação Cível Nº 70005635750, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 17/09/2003)

A análise da seriedade da chance perdida é muito bem feita no voto do relator Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Verifica-se, portanto, a perda de uma chance, pois, uma vez interposta em tempo a apelação, poderia em tese ocorrer mudança no resultado do julgamento em prol dos ora autores.

Todavia, como bem acentua Sérgio Severo (*Os Danos Extrapatrimoniais*, São Paulo, Saraiva, 1996, p.11 a 13), “A questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano causado quanto 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”. Por isso, adverte, invocando o ensinamento de Le Tourneau, “no que tange à indenização pela perda de uma chance é essencial que a mesma seja plausível e não aponte uma simples quimera” (...) ”Trata-se da probabilidade de que o evento ocorresse; não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável”. Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual.

Ora, na espécie em julgamento, já havia, por um lado, a confissão quanto a matéria de fato, decorrente da revelia, e, por outro, no tocante à matéria de direito a cobrança de juros acima da Lei de Usura tem sido permitida nos negócios jurídicos bancários pela iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp. nº. 439828, REsp. nº. 430093 e REsp. 337957). Além disso, os documentos de f. 163 a 169 não permitem outras ilações favoráveis aos apelantes. De resto, não ficou comprovado que a cobrança decorresse de valores indevidos, lançados sem fundamento na conta dos autores, ônus que incumbia aos autores. De ressaltar que a presente causa foi julgada antecipadamente, tendo os autores se contentado apenas com produção de prova documental, como se verifica da petição de f. 132.

Em resumo, dada a imperícia e negligência do apelado pela não interposição do recurso, responde o advogado apenas pelos honorários que recebeu para o serviço que não desempenhou a contento e pelo preparo da apelação intempestiva.

Conforme se verifica do voto do relator, após fazer um reexame do litígio em que ocorreu a negligência do advogado, consubstanciada na perda do prazo para o recurso, o Tribunal chegou à conclusão de que as chances de reforma da sentença eram pequenas e, assim, negaram a indenização requerida a título de perda de chance.

Outro bom exemplo da correta aplicação da teoria está na apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Tratava-se de um caso em que o réu da ação manteve o nome do autor indevidamente inscrito no cadastro de maus pagadores. Em razão deste fato, o autor requereu a condenação do banco ao pagamento de indenização pelos danos sofridos, dentre eles o da perda de uma chance de obter empréstimo de montante que seria utilizado para saldar as dívidas da sua empresa.

Esta é a ementa do acórdão:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL, DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. ARQUIVO PRIVADO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. A simples abertura de arquivo de consumo, com anotações pessoais sobre a pessoa do consumidor, constitui violação dos direitos fundamentais do cidadão (art. 5º, incisos X, XIV, XXXIII e

LXXII da Constituição Federal), A manutenção, sem qualquer dúvida, violou muito mais, dando margem, assim, a reparação civil. Por conseguinte, a manutenção do nome do autor no órgão particular protetivo pelo apelante, como é óbvio e notório, foi o causa direta e imediata da revolta, do aborrecimento, o vexame, e do constrangimento suportados pelo autor, situações estas configuradoras do dano moral. Evidente, portanto, que o dano injusto causado a reputação subjetiva do autor, além de ter afequidado a sua dignidade, gerou, também, a dor e o sofrimento, violentando, por fim, a sua própria honorabilidade moral, vinculando o responsável ao dever de indenizar. Se, por um lado, é preciso não deixar que a invocação do ato ilícito sirva de pretexto ao enriquecimento injusto da vítima, por outro, faz-se imperioso que não se avilte de tal modo o montante da indenização do ponto de não desestimular a conduta danosa, de não impingir alguma baixa nos contos do responsável pela lesão. Conseqüentemente, à falta de critério objetivo ou legal, a indenização do dano moral deve fazer-se por arbitramento, com ponderação e racionalidade, levando-se em conta a natureza da lesão, as condições da vítima e o atuar ilícito do agente. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, curando, quando o caso não exigir sanção pecuniária predominantemente punitiva, poro que não enriqueça a vítima à custa do injusto. **Na pert d'une chance, todavia, o fato ilícito é culposo deve contribuir, de forma direto, para que outem perca uma chance de conseguir um lucro ou obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Contudo, é necessário que a chance perdue seja real e séria, tendose em conto, também, na avaliação dos danos, a alea susceptível de comprometer tal chance. Deve-se ter em conto, assim, não apenas a existência do fator alea, mas também o grau dessa alea, ou seja, leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o autor alega ter sido privado.** Tratando-se de sucumbência parcial, impõe-se a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil. SENTENÇA CORRETA. IMPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS. (TJRJ, Apelação Cível nº 2003.001.16559, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. em 17/09/2003) (grifo meu)

O Tribunal negou provimento aos recursos interpostos, rejeitando a indenização da chance perdida por não considerá-la séria a ponto de preencher o requisito da certeza dos danos.

Nesse sentido, vale transcrever o trecho do voto do Desembargador Maldonado de Carvalho:

Com efeito, desejando o autor-apelante obter determinado empréstimo que “iria saldar as dívidas da empresa” (fls. 4), junto a Caixa Econômica Federal, a negativação do seu nome, por ato culposo do Banco réu, impediu que o mesmo fosse concretizado.

Na verdade, em países europeus, alguns Tribunais vêm admitindo o alargamento do nexo de causalidade, dando especial ênfase, assim, ao resultado lesivo. A jurisprudência francesa, em determinadas situações, tem adotado, desde 1985, a teoria da perda de uma chance (*pert d'une chance*).

Na *pert d'une chance*, todavia, o fato ilícito e culposos deve contribuir de forma direta, para que outrem perca uma chance de conseguir um lucro ou obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Contudo, é necessário que a chance *perdue* seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos a álea susceptível de comprometer tal chance: leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o autor alega ter sido privado.

No caso em exame, o primeiro apelante não trouxe aos autos qualquer documento, qualquer outra prova indicativa de que, de fato, as tratativas com CEF se encontravam em estágio avançado, a tal ponto de poder ser afirmado que a concessão do empréstimo era, sem qualquer dúvida, uma chance real e séria.

A mera expectativa, a simples eventualidade, o decadente esperado não tipificam, por certo, a chance perdida, a perda irreparável.

Assim, como bem posiciona o douto julgador de primeiro grau, em face da não comprovação de tal condição, fundamental, repita-se, para tal enquadramento, ratifica-se também a não concessão de verba específica em relação a este tópico.

Mais uma vez, o Tribunal examinou atentamente os elementos de prova para concluir pela falta de seriedade da chance perdida e, assim, negar a indenização a este título.

Cumprir citar outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se aplicou corretamente a teoria da responsabilidade civil para afastar a indenização de uma mera possibilidade de participar de um sorteio.

Responsabilidade civil. Perda de chance de participar de sorteio. Pretensão indenizatória afastada. A certeza quanto a existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua responsabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominável "perda de chances", mas a pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese da conduta diversa do terceiro, não bastando a mera possibilidade. Sentença mantida. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 598310571, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 07/04/1999)

O voto da Desembargadora Mara Larsen Chechi é bastante didático a respeito da correta interpretação da teoria:

Ora, não se desconhece as possibilidades, remotas, de ganho em programas de sorteio, como aquele promovido pela ré, que gerou a frustração da expectativa do autor. Mas não se trata aqui de expectativa séria e provável de obtenção de qualquer dos prêmios das diversas fases do sorteio, porque sujeitas à álea que lhes é peculiar, e que não se confunde com chance viável. Como visto, não basta à possibilidade. A pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa do terceiro. Assim, independentemente de juízo acerca da ilicitude da conduta da ré, não há como reconhecer, em favor do autor, a perda de uma chance nos moldes exigidos para merecer a proteção do direito, nem se cogita, aqui, por óbvio, de um dano direto e certo, atual ou futuro.

Em recentes decisões relatadas pela Ministra Nancy Andrighi, a teoria da perda de uma chance obteve expressa aceitação. Na primeira hipótese, no Recurso Especial nº. 965.758, do Superior Tribunal de Justiça, a empresa de participações recorrida havia demandado indenização pelo dano causado pela empresa de energia elétrica recorrente porque esta havia resgatado as debêntures que estavam em poder da primeira, sonhando a possibilidade de a recorrida converter-las em ações e, portanto, perdendo a possível valorização trazida pelo mercado acionário nacional.

Vejamos a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONDENAÇÃO A RESSARCIR DANO INCERTO. PROCEDÊNCIA.

- Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano “efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível.
- A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero.
- Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC. Recurso Especial provido. (Recurso Especial n. 965.758, Superior Tribunal de Justiça, Rel: Min. Nancy Andrichi, julgado em 19/08/2008).

Constatou-se, em fase de liquidação de sentença, que as ações, no período de tempo verificado, haviam decaído de valor, o que comprovou que a recorrida não sofreu qualquer tipo de dano. Entretanto, apesar de corretamente considerar que, na espécie, nenhuma indenização era devida, o voto da relatora expressamente reconheceu a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento.

A segunda decisão julga outro caso clássico de chance perdida pela falha do advogado ao não apresentar recurso tempestivo. A importância deste julgado (Recurso Especial n. 1.079.185) é inegável, pois bem coloca que o autor da demanda não merecia a indenização por danos patrimoniais, tendo em vista que o bem da vida (vantagem esperada), almejado na demanda judicial patrocinada pelo réu, acabou sendo alcançado em demanda posterior, não ocorrendo, portanto, a perda definitiva da vantagem esperada. Ademais, o acórdão ainda deixa absolutamente claro que a teoria da perda de uma chance não se circunscreve à seara dos danos morais, podendo, em tese, ser considerada como dano patrimonial.

Recente, também foi o interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que premissas da teoria da perda de uma chance foram anotadas, e que mostra ser de grande importância, por isso fora abordado no tema abaixo.

3.2.1. O caso “Show do Milhão”

O caso “Show do Milhão” se tornou o caso referência em nosso ordenamento jurídico, e por isso merece destaque.

O caminho trilhado por esta demanda, hipótese clássica de responsabilidade por perda de uma chance, serve para mostrar que a teoria ainda está em vias de solidificação. Ele foi julgado em

8 de novembro de 2005, pela quarta Turma, e relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, onde, o Tribunal de Justiça reafirmou o seu posicionamento favorável ao acolhimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

A ementa do acórdão é a seguinte:

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 culpado 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.

Conforme se verifica do relatório deste caso, a autora da ação havia participado do programa televisivo “Show do Milhão”, comandado por Silvio Santos e veiculado no SBT. Trata-se de um concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo era de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido ao participante que respondesse corretamente uma série de questões versando sobre conhecimentos gerais.

De acordo com o regulamento do programa, a cada pergunta respondida corretamente o participante iria acumulando o montante do prêmio em barras de ouro a receber, de forma que, caso acertasse a penúltima pergunta, o participante acumularia R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Nesse caso, o apresentador do programa projetava na tela a última pergunta, a chamada “pergunta do milhão”. Após ler a pergunta, o participante tinha alguns segundos para optar por responder a pergunta ou parar. Optando por responder, caso o fizesse de maneira correta, o participante receberia um milhão de reais. Por outro lado, se errasse, perderia os R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) acumulados ao longo de sua participação, recebendo um prêmio simbólico de trezentos reais. Se, no entanto o participante preferisse não responder a pergunta, receberia os quinhentos mil reais já acumulados.

A autora da ação tinha logrado êxito nas respostas a todas as perguntas formuladas, tendo chegado à “pergunta do milhão”, acumulando, assim, R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Apresentada a pergunta, a autora dessa ação optou por não respondê-la, por entender que a pergunta, da forma em que fora formulada, não havia como ser respondida. Assim, para não perder os quinhentos mil reais que já havia acumulado, a autora optou por parar.

Contudo, por entender que a produção do programa teria agido de má-fé, formulando uma pergunta que não tinha resposta, ajuizou ação requerendo o pagamento de indenização por danos materiais e morais, no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), pois ela perdeu a oportunidade de receber em razão da conduta maliciosa da ré.

De fato, analisando as regras do jogo e o conteúdo da última pergunta formulada percebe-se que a pergunta do milhão foi deliberadamente elaborada de uma forma que não poderia ser respondida, por inexistência de resposta correta.

Assim, conforme reconhecido pela sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador, concluiu-se que a pergunta do milhão era realmente “irrespondível”.

Assim,

Sendo a pergunta verdadeiramente irrespondível, foi retirada da autora a CHANCE de ganhar o prêmio máximo do jogo, o que inegavelmente constituiu-se um prejuízo a ser ressarcido.

A perda de chance consiste no fato de que a autora perdeu a oportunidade de tentar realmente acertar a pergunta que lhe daria o prêmio máximo, em face de sua má formulação.

É certo que não se poderá jamais saber se ela acertaria a resposta (se essa existisse), e nisso consiste o fundamento da teoria da perda de uma chance: é que nunca se virá a saber se o resultado positivo realmente aconteceria, uma vez que a chance de tal ocorrer passou, e não haverá retorno.

Inconformada com a condenação, a ré interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça da Bahia negado provimento ao seu recurso para manter integralmente a sentença.

Contra este acórdão, a ré interpôs recurso especial, alegando que a chance de a autora responder corretamente a última pergunta formulada seria de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista que para cada pergunta, há quatro alternativas de resposta. Com base neste argumento, requereu que o valor fosse minorado, utilizando o critério lógico matemático, qual seja chance igual a 25% (vinte e cinco por cento) em questão tendo quatro alternativas, perfazendo o valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Tal teoria foi acolhida pela Turma, e o Ministro relator, Fernando Gonçalves, reconheceu que a oportunidade foi quantificada de forma errônea, pois a teoria que a ré apresentou no recurso especial se fez mais lógica e em consonância à teoria da perda da chance.

O presente acórdão tem importância cabal, pois ratifica o entendimento do Tribunal com a responsabilidade de dar a última palavra em matéria civil infraconstitucional de aceitação da teoria da perda da chance.

Conclusão

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada, da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento jurídico atual.

A chance implica necessariamente em uma incógnita, pois um determinado evento poderia se produzir, mas sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.

Se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e, com isso, no caso dos exemplos citados, o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória da demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, nos casos de perda de chance, não há como se negar, em determinadas hipóteses, a existência de uma possibilidade de vitória, de uma oportunidade de lucro antes da ocorrência do fato danoso. Desta forma, é justo afirmar que, em relação à exclusão daquela possibilidade, existe um dano jurídico passível de indenização.

Enquanto a completa realização de possibilidade deva ser considerada de difícil demonstração, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Neste caso, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vítima já existente e a ela pertencente, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano.

Assim, em determinados casos a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja

perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

A perda de chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinados, deve ser considerada em nosso ordenamento jurídico uma subespécie de dano emergente.

Ao se inserir perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado, indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado.

Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem.

Contudo, a aplicação da teoria encontra limites, pois, evidentemente, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano, porque a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização.

Por fim, demonstrou-se o acolhimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio, pois este vem admitindo-a porque o Brasil possui uma cláusula geral de responsabilidade civil que utiliza um conceito aberto de dano, no qual se insere o dano da perda da chance. Além disso, o Código Civil brasileiro possui expressa disposição a favor da indenização dos danos emergentes, espécie de dano no qual se enquadra o dano pela perda da chance.

Referências

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL. Lei n. 10.406/2002 – Novo Código Civil Brasileiro – Estudo comparativo com o Código Civil de 1916. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459. Quarta turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 965.758. Recorrente: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. Recorrido: FLPM Participações S/A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19 de agosto de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11 de novembro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 598310571. Nona Câmara Cível, Relator: Mara Larsen Chechi, julgado em 07 de abril de 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005635750, Sexta Câmara Cível, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 17 de setembro de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2003.001.16559, Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho, julgado em 17 de setembro de 2003.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, José de Aguiar. Tratado de Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. 1.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2007. V. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil de acordo com o Novo Código Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HAWKING, Stephen. O Universo numa casca de Noz, 7 ed., São Paulo: ARX, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOVAIS DIAS, Sérgio. Responsabilidade Civil do advogado: perda de uma chance. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTOS, Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, ano 2, v. 6, jun. de 2001. Rio de Janeiro: Padma, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Responsabilidade civil objetiva derivada da execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela. www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+2905. Acesso em 20/07/09.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. V. 4.