

**APONTAMENTOS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE
UMA CHANCE**

***NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR LA PÉRDIDA DE LA
OPORTUNIDAD.***

Luciana Costa Poli

Advogada. Doutora em Direito Privado pela PUCMINAS. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Faculdade Estácio de Sá. Coordenador do curso de Direito de Família no CAD –Centro de Atualização em Direito.

Leonardo Macedo Poli. Advogado. Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor na UFMG, PUCMINAS e Universidade FUMEC. Coordenador do Programa de pós-graduação em Direito da PUCMINAS.

RESUMO

O trabalho faz uma releitura da Responsabilidade Civil, abordando como tema central Teoria da Responsabilidade Civil por perda de uma chance, sob a ótica da doutrina contemporânea e analisando algumas decisões jurisprudenciais. O estudo do tema demonstrará que a responsabilidade civil, assim como o direito civil como um todo tem passado por transformações profundas que lhe conferem um caráter mais dinâmico que se coaduna com as transformações sociais e políticas do país, principalmente com o advento do Estado Democrático de Direito que tem como um dos pilares centrais, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, a solidariedade. A idéia da responsabilidade civil atual é aquela que se preocupa não apenas com o ressarcimento da vítima, mas também tem como escopo delinear determinadas condutas, ou melhor, reprimir através da atribuição do dever de indenizar comportamentos indesejáveis ou não adequados ao modelo principiológico adotado pelo Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão procuraremos demonstrar que a sociedade contemporânea, que se caracteriza por constantes e rápidas transformações, exige que o âmbito jurídico acompanhe tal ritmo. Nesse sentido, discutiremos e desenvolveremos a noção de responsabilidade civil pela perda de uma chance, tema central desse estudo, passando

pela análise da atualização da técnica de percepção do nexo causal (causalidade adequada) para uma causalidade alternativa mais apropriada para os casos difíceis, como a causalidade parcial e pressuposição do nexo causal; baseando-nos sempre em jurisprudências e no direito comparado (ocorrência na Common Law e nos tribunais franceses).

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Perda de uma chance; Causalidade adequada; Pressuposição do nexo causal; Causalidade parcial; Common Law.

RESUMEN

La obra es una reinterpretación de la responsabilidad, frente a la Teoría tema central de la responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, desde la perspectiva de la doctrina contemporánea y el análisis de algunas decisiones jurisprudenciales. El tema del estudio demuestran que la responsabilidad civil, así como el derecho civil en su conjunto ha experimentado profundas transformaciones que le dan un carácter más dinámico que está en consonancia con las transformaciones sociales y políticas del país, especialmente con el advenimiento de la democracia de ley que tiene como pilar central, según lo establecido por la Constitución Federal de 1988, de la solidaridad. La idea de la responsabilidad actual es el que se ocupa no sólo de la indemnización de la víctima, pero también tiene el alcance para delinear ciertas conductas, o más bien suprimir mediante la asignación de la obligación de indemnizar o comportamientos indeseables no apropiados para el modelo adoptado por el principiológico Estado Estado democrático de derecho. En este terreno de juego a tratar de demostrar que la sociedad contemporánea, que se caracteriza por cambios constantes y rápidos, requiere la legal acompañar ese ritmo. En consecuencia, discutir y desarrollar el concepto de la responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, el tema central de este estudio, a través del análisis de la actualización técnica de la percepción causal (causal adecuado) que la causalidad alternativa más adecuada para los casos difíciles, como por ejemplo causalidad y la aceptación parcial de una conexión causal, siempre basándonos en la jurisprudencia y el derecho comparado (aparición en el derecho consuetudinario y los tribunales franceses).

Palabras clave: Responsabilidad; La pérdida de una oportunidad; Causalidad adecuado; Presunción de causalidad; Causalidad parcial; Common Law.

1. Origem e Conceito da teoria da responsabilidade por perda de uma chance

Buscar a origem de determinado instituto jurídico é tarefa árdua e que leva o pesquisador, inexoravelmente, a encontrar as raízes do direito na própria natureza gregária humana, na busca da sobrevivência grupal pela exclusão do outro e no senso comum de justiça que muitas vezes se traduz como valoração moral e legitimação do instinto humano de vingança.¹

Ao se verificar o tratamento da responsabilidade em sociedades primitivas como os povos que habitavam as terras brasileiras à época do descobrimento constata-se que o instinto de vingança era seu principal fundamento e, como neste momento de sua existência, a legitimação da vingança grupal ainda não havia se convertido em limitação da atuação individual pode-se verificar sua aplicação de forma extremada para os padrões atuais mas de forma bem natural para aqueles povos.

Segundo os relatos de Montaigne, esses *brasileiros* se alimentavam de seus inimigos aprisionados não para se alimentarem, mas como manifesto da mais extrema vingança². Relata ainda, que este costume só começou a ser abandonado quando, em contato com os portugueses, puderam observá-los enterrando os inimigos até a cintura, furando seus rostos com flechas e depois enforcando-os é que aqueles *brasileiros* aos poucos foram adotando esta nova forma de vingança por acharem-na ainda mais cruel.³

¹ No caso da responsabilidade civil, como se verá adiante, surge como legitimação social do instituto da vingança privada, evoluindo para sua limitação e posterior abolição, a não ser em casos excepcionais. Neste momento é importante frisar que o direito aboliu a vingança privada enquanto instituto jurídico, mas o instinto de vingança ainda aparece como elemento norteador da responsabilidade civil.

² Esses prisioneiros eram excepcionalmente bem tratados para se apegarem mais e mais à vida, para que sua morte seja assim mais sofrida e a vingança dos vencedores mais completa.

³ MONTAIGNE, Michel de. *Dos Canibais*. São Paulo: Alameda, 2009, p.60.

É, contudo, consequência natural do fenômeno de legitimação grupal da vingança individual que o grupo gradativamente busque controlar a atuação do indivíduo. Verifica-se assim que a legitimação de uma conduta ou de um instituto como o da responsabilidade implica, necessariamente, na limitação da liberdade individual. Essa tentativa de controle da atuação individual pode ser bem simbolizada pela Lei de Talião que pregava que vida se paga por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.⁴

É certo que a primeira vista a Lei de Talião parece expressar simplesmente a legitimação da vingança individual e é justamente neste sentido em que ela é basicamente utilizada atualmente, em uma análise mais atenta pode-se verificar que ela também traduz a idéia de controle da atuação individual no sentido em que tenta limitar a reação da vítima do dano: a vítima não está legitimada a causar dano superior ao que sofreu. Trata-se de lei que fixa uma medida entre ação e reação e pode ser considerada como uma tentativa ainda embrionária de combate ao abuso de direito. Apesar de ser utilizada muitas vezes como sinônimo de barbárie, a Lei de Talião se mostra sob essa outra perspectiva como um grande avanço civilizatório.⁵

Segundo Colombo, nesta fase anterior à Lex Aquilia a responsabilidade Civil era marcada pelas seguintes características:⁶

- a) a responsabilidade era objetiva, ou seja, era aplicada independente de culpa;
- b) não havia distinção entre a sanção de direito privado e a sanção de direito penal;
- c) desproporção entre a gravidade da dano e da sanção;⁷
- d) não havia juízo de equidade;

Considerando a limitação do tema, não nos delongaremos na evolução histórica da responsabilidade civil ao longo dos séculos. Não obstante, é fácil perceber que a responsabilidade civil se transformou profundamente ao longo dos séculos. Fixando-nos

⁴ GARMUS, Frei Ludovico. Coord. *Bíblia Sagrada*. São Paulo. Editora Vozes. 2012. Êxodo XXI, p. 1298.

⁵ Os mais incautos que defendem a Lei de Talião como expressão da barbárie devem se atentar para o fato de que, como veremos adiante, apesar de toda evolução da responsabilidade civil a Lei de Talião ainda persiste como regra moral da indenização de danos. O princípio da reparação integral dos danos, regra geral do direito civil brasileiro atual ainda segue o mesmo princípio moral. A regra moral que sucedeu a lei de talião foi a regra do perdão, que se fosse aplicada, não haveria muito que se falar em responsabilidade. Os canonistas mantiveram a regra da reparação mas buscaram desvinculá-la da regra de talião e alicerçá-la no dever de assistência, o que também será visto mais adiante.

⁶ COLOMBO, Leonardo. *Culpa Aquiliana*. Buenos Aires: TEA, 1947, p.96.

⁷ Ao menos até a Lei de Talião.

ao tema proposto, assinalamos que a construção da teoria da perda de uma chance pode ser atribuída ao direito francês (*perte d'une chance*). O tema tem sido versado em outros países, onde a doutrina, incentivada por decisões da Corte de Cassação da França, admite esse posicionamento nas mais diversas situações jurídicas: no tratamento médico; na disputa judicial; na vida social, profissional ou comercial de responsabilização do autor da ação ou omissão que causa a outrem a perda de uma oportunidade real de alcançar uma vantagem ou evitar um prejuízo. Ou seja, ela é aceita pelas mais diversas vertentes da responsabilidade: por inadimplemento contratual, ato ilícito, responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Como afirma Rafael Silva, a primeira referência jurisprudencial desse tema foi construída no séc. XIX, em 17 de julho de 1889, na qual a Corte de Cassação francesa aceitou indenizar um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que impossibilitou o êxito da demanda pelo procedimento comum.⁸ Doze anos depois surge o primeiro exemplo do tema na jurisprudência inglesa da Common Law⁹, no qual a autora, que era uma das 50 (cinquenta) finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, teve sua participação na fase final (apresentação ao júri do concurso) impedida. Um dos juízes de apelação argumentou que diante da “doutrina das probabilidades” (“doctrine of averages”) e considerando que as 50 (cinquenta) finalistas concorriam a 12 (doze) prêmios diferentes, a autora teria 25% 9 (vinte e cinco por cento) de ganhar algo. Desde então, esse sistema tem defendido veementemente tal teoria.

Trata-se como adverte Andrade de uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizada pela possibilidade de indenização decorrente da subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício. Pode ser compreendida como a perda,

⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 10.

⁹ Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/leiconce.htm>, acesso em 29/09/2011: "A Common Law provém do direito inglês não escrito que se desenvolveu a partir do século XII. É a lei 'feita pelo juiz': a primeira fonte do direito é a jurisprudência. Elaborados por indução, os conceitos jurídicos emergem e evoluem ao longo do tempo: são construídos pelo amálgama de inúmeros casos que, juntos, delimitam campos de aplicação. A Common Law prevalece no Reino Unido, nos EUA e na maioria dos países da Commonwealth. Influencia mais de 30% da população mundial." Panorama mundial do direito. O Correio da Unesco 2000;28(1):26.

uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir um malefício.¹⁰ A perda de uma chance, quando séria e real, é considerada lesão a uma ou outras espécies de bens ou a qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.¹¹

A aceitação pelo direito brasileiro da teoria da perda de uma chance denota uma nova concepção de dano indenizável, já que admite a reparação independentemente da certeza de um resultado final e de um dano certo. Seu foco é apenas a subtração de uma oportunidade futura. Refere-se a um estágio de latência anterior a determinado evento que se poderia produzir, mas que foi interrompido por ação ou omissão de alguém. A conduta do agente leva assim ao insucesso no resultado que era esperado e desejado e acabou se dissipando. Considerando a natureza incerta, ainda que verossímil de tal evento, o dano em si não é passível de completa demonstração, o que torna complicada a mensuração do quantum indenizatório.

A responsabilidade pela perda de uma chance é a própria perda da oportunidade de obter uma vantagem futura, ainda que esta não seja absolutamente certa. A procedência de uma possível ação de reparação ficará dependente de dupla prova: a prova do nexo de causalidade entre o fato antijurídico e o suposto dano e a prova do próprio dano. Noronha afirma que para que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada, é suficiente que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado, em termos que esse fato antijurídico não possa ser obtido como de todo indiferente ao prejuízo alegado; basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente.¹²

Como a doutrina e da jurisprudência sobre aplicação desse instituto da responsabilidade civil ainda é oscilante, imprescindível uma rápida explanação sobre o tema fim de colocar as coisas em seus devidos eixos.

2. Teorias a respeito do nexo causal

¹⁰ ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenizacion punitiva*. Buenos Aires.:Rubinzal. 2010. P. 86.

¹¹ SAVI,Sérgio. *Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance*. São Paul: Saraiva.2006. p. 101.

¹² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

É grande e prestigiada a lista dos autores que consideram a teoria da causalidade adequada como a adotada pelo Direito Civil no âmbito da responsabilidade civil. Essa teoria revolucionou o entendimento sobre o nexo causal pela distinção que faz entre condição e causa. Essa distinção se constitui pela necessidade da existência de determinado fato condicional para que ocorresse o dano, em outras palavras, o conceito de causa.

Das várias condições que concorrem para o resultado, apenas uma será selecionada como a determinante, uma *conditio sine qua non* (“*but for*”)¹³, esta será considerada a causa. Sendo assim, a causa adequada será aquela que diante do curso normal dos acontecimentos representar o fato mais plausível para configuração do dano.¹⁴ Por tanto, a razoabilidade e a equidade serão essenciais para tal teoria.

Apesar de ser a mais adotada pelos doutrinadores no contexto da responsabilidade civil, a teoria em discussão encontra problemas quando aplicada à perda de uma chance. Antes de analisá-los, observaremos as características principais dessa situação de perda:

- a) nela a vítima deve estar em um processo aleatório que foi interrompido pelo agente e dele se esperava obter uma vantagem;
- b) processo se caracteriza aleatório porque a não ocorrência da bonificação pode acontecer por vários motivos externos;
- c) sendo assim, o ato danoso do agente não será a condição essencial para a perda da vantagem.

Observe um caso ocorrido em Minas Gerais: a autora é impedida de participar de um concurso público porque a lotérica na qual foi paga a guia inscricional não efetuou corretamente o pagamento, não concretizando a inscrição, então é requerido ao Tribunal de Justiça a indenização pela perda da chance de ocupar um cargo mediante concurso público.¹⁵

¹³ Termo usado pela Common Law para se referir à condição indispensável, a *conditio sine qua non*.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010; pag. 49.

¹⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Nº do processo: 1.0145.08.503179-0/001(1). Desembargador Lucas Pereira. Publicado em: 01/02/2011. Disponível em:

Se nos limitarmos à aplicação da teoria da causalidade adequada no caso concreto será impossível tal reparação nos casos semelhantes ao anterior porque mesmo se a inscrição fosse efetivada, não é correto afirmar que a autora teria êxito no concurso. Afinal, várias causas externas poderiam influenciar: o nervosismo da candidata, o estudo insuficiente, o atraso no dia da prova. Enfim, é pacífico que o ato danoso do agente não é uma *conditio sine qua non* para o não alcance do benefício, excluindo tal causa das possíveis indenizáveis para a causalidade adequada.

Pensando nessa carência de proteção, foram sugeridas mais três soluções dogmáticas. A primeira se refere à do tudo ou nada. A segunda é uma espécie de presunção causal, que se assemelha àquela utilizada para os casos de responsabilidade civil dos grupos (responsabilidade coletiva)¹⁶, observe a jurisprudência citada no item 2.2. E a última, que é a mais plausível para nossos estudos, se configura pela idéia de causalidade parcial; entendida brutaente como a limitação da reparação pelo valor das chances perdidas.

2.1. Teoria do tudo ou nada:

Ajuda a definir se realmente houve nexo causal entre a conduta do agente e o dano nos casos difíceis, para isto define que tal liame só será considerado se a ação ou omissão do agente representar mais de 51% (cinquenta e um por cento) de chances de ter configurado o dano, não sendo relevante se a atitude possibilitou o dano, mas sim se a probabilidade dela o ter possibilitado é suficientemente apreciável. Apesar de ser aceita por alguns juristas, não vamos aprofundar em tal estudo por não aceitá-la como

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt /juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0145&ano=08&txt_processo=503179&dv=0&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=01%2F10%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=45607&pesquisar=Pesquisar. Acesso em: 29/09/2011

¹⁶ “Ao ser posto diante de uma causa em que membros de um grupo causaram dano comprovado a alguém, o juiz, ao decidir a referida causa, poderá valer-se da teoria que enseja a utilização da responsabilidade coletiva ou do grupo, que constitui uma das aplicações da teoria da causalidade alternativa. Nesse caso, todos os membros do grupo causador do dano respondem solidariamente pelo dano causado, uma vez que não é possível identificar qual membro, individualmente, tenha praticado o ato ilícito, embora esteja comprovado que o dano, necessariamente, tenha sido causado por um dos integrantes do grupo. Essa teoria se serve, na verdade, de uma presunção, pois, normalmente, cabe à vítima, autora na ação de indenização, demonstrar em juízo a culpa do responsável e o nexos de causalidade entre o ato ilícito praticado por este e o dano ocorrido (art. 333, I – CPC).” Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2596793> Acesso: 30/09/2011

correta. Restringindo-nos a apenas comentar os motivos de tal rejeição e exemplificá-la com uma jurisprudência. Observe:

“Apelação cível. responsabilidade civil. ação de indenização. danos morais e materiais. agravo retido não conhecido, pois não suscitado, a teor do que disposto no artigo 523, caput e § 1º, do código de processo civil. prefacial de ilegitimidade passiva prejudicada. questão preclusa. ao que tudo indica, conforme se vêm apurando nas searas administrativa e criminal, efetivamente houve fraude nos sorteios da loteria toto bola, por peculiaridades existentes na máquina sorteadora (máquina bingueira). tal fato, entretanto, muito embora grave e de grande repercussão neste estado, **não é causador de dano material ou moral à demandante**. não é crível que a autora tenha sofrido abalo psicológico por não ter sido sorteada no toto bola, ou por ter a chance de efetivamente sair vitoriosa diminuída pela anunciada fraude. não é para tais dissabores que se presta o instituto do dano moral. também **não é caso de frustração de expectativa ou perda de uma chance. a aposta em jogo não é investimento de que se possa esperar a garantia de um retorno. os valores investidos têm uma chance absolutamente reduzida de retornar ao apostador, e a probabilidade de êxito em sorteios dessa monta é absolutamente ínfima, de tal modo que não há falar em direito adquirido, ou mesmo em expectativa de direito. o que é garantido ao apostador é que participe do concurso, nada mais**. agravo retido não conhecido. preliminar de ilegitimidade passiva prejudicada. apelo desprovido. unânime.”¹⁷ [sem grifos no original]

A perda da oportunidade de almejar não foi reconhecida em tal caso. De acordo com o julgado, **“a probabilidade de êxito em sorteios dessa monta é absolutamente ínfima, de tal modo que não há falar em direito adquirido, ou mesmo em expectativa de direito”**; dessa atribuição de valor percebesse que foi utilizada a teoria do tudo ou nada, independente de não estar expresso em números. Afinal, não foi analisado se havia **possibilidade** da autora ganhar, e sim se havia **probabilidade** considerável de obter o êxito. Também comprovamos o uso de tal teoria na frase: **“Os valores investidos têm uma chance absolutamente reduzida de retornar ao apostador”**; nela novamente há quantificação da chance.

Apesar de já temos enunciado nossa opinião sobre tal teoria, aproveitaremos a jurisprudência acima para exemplificarmos um dos motivos do nosso desgosto (outros serão apresentados em momento oportuno). Tal teoria gera confusões, produzindo até

¹⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível N° 70018524553**, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 14/03/2007. Disponível em: http://google1.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70018524553%26num_processo%3D70018524553%26codEmenta%3D1792416%26temIntTeor%3Dtrue+perda+de+uma+chance+%25+tudo+ou+nada&site=tudo&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8. Acesso: 29/10/2011

idéias contrárias a aquilo considerado inteligível, evidente. Note algumas desses equívocos.

Logo após o relator afirmar como cabível a alegação de fraude nas “máquinas bingueiras”: “Ao que tudo indica” (...) “efetivamente houve fraude nos sorteios da loteria TOTO BOLA (...)”. Ele classifica essa ação ilícita como não causadora de dano: “**não é causador de dano material ou moral à demandante**”; agora lhes pergunto caros leitores, como é possível que uma fraude em um concurso lotérico não prejudique os participantes de boa-fé? Isto se daria pelo fato da probabilidade de ser o ganhador ser pequena? Ou pelo fato de se ter investido pequenos valores, então não se teria chances reais?

Não é plausível ignorar a perda da chance por nenhum desses motivos. É pacífico afirmar que as chances de vencer são limitadas, porém **NÃO SÃO DESCONSIDERÁVEIS**. Afinal, o vencedor é escolhido mediante sorteio, sendo assim, mesmo aquele que só adquiriu um bilhete pode ganhar. Tornando absurdo o julgamento de que não houve nexos causal entre a conduta da lotérica e a perda da chance da autora de participar de um sorteio justo.

Contudo, o que ocorreu nesse juízo de valor é que a teoria do tudo ou nada confundiu o magistrado ao exigir que haja lesão de um mínimo de probabilidade de ocorrência do almejado para construir-se o dano. Ou seja, ela ordena que só a partir da avaria de uma determinada porcentagem de chance que haverá a indenização. Gerando todo este equívoco.

Outro problema gerado pela referida exigência é o entendimento que não há “caso de frustração de expectativa” ou “perda de uma chance” porque “**a aposta em jogo não é investimento de que se possa esperar a garantia de um retorno**”. Esse caso emana a falta de elucidação sobre o conceito de perda da chance, o que é totalmente explicável, afinal, a teoria do tudo ou nada se preocupa apenas em estabelecer os valores para a concessão indenizatória, ignorando os pilares de sustentação desta. O que foi perdido não é a garantia de retorno, mas a possibilidade (chance) de participar de um concurso justo; sendo assim o que foi dito no final do acórdão daria provimento ao requerimento da autora: “**O que é garantido ao apostador é que participe do concurso, nada mais**”.

Por último, deve ser ressaltado (para eliminar possíveis dúvidas) que caput do artigo 814¹⁸ retira a esfera de proteção da cobrança de dívidas de jogo, mas a mantém em relação à garantia do participante de participar de uma competição justa. Estando claro, que nesse caso a quantia recebida pelo réu foi mediante dolo, ele enganou a vítima, fazendo-a acreditar que se tratava de uma competição justa. Também podemos justificar tal proteção pelo caput do artigo 186¹⁹ e do artigo 927²⁰, a partir deles se permite classificar o ato da lotérica como ato ilícito, gerando então indenização (nesse caso, pela perda da chance de participar de um julgamento justo).

2.2. Pressuposição da causalidade.

Silva sustenta que a presunção causal tem como a sua mais importante vertente aquela criada pela Common Law nomeada por “teoria do **fator substancial**”. Esta, que foi criada para os casos em que a condição “but for”²¹ não pode ser adaptável, não exige que a prova demonstre uma situação condição determinante, em outras palavras, que sem ela o dano não teria ocorrido.

Esta teoria esgota sua exigência na prova de que a ação ou omissão do réu criou “um fator substancial” para a configuração do dano, sendo indiferente a essa comprovação o fato de que tal comportamento seria o único que poderia causar tal lesão em determinado caso concreto, sem a possível ação de outras causas externas. Sendo assim, resolve-se o problema do garoto que perde a prova do vestibular por conta de um terceiro que bateu no carro de sua mãe enquanto ela o levava para a prova. Apesar de haver outros motivos, o terceiro será responsabilizado. Essa teoria, originalmente,

¹⁸ Código Civil 2002, “Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdedor é menor ou interdito.” (caput)

¹⁹ Código Civil 2002, “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (caput)

²⁰ Código Civil 2002, “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (Caput).

²¹ But for rule is “one of several tests to determine if a defendant is responsible for a particular happening. In this test, was there any other cause, or would it have occurred "but for" the defendant's actions? Example: "But for" defendant Drivewild's speeding, the car would not have gone out of control, and therefore the defendant is responsible. This is shorthand for whether the action was the 'proximate cause' of the damage”. Disponível em: <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1830>. Acesso em: 04/10/2011.

encontra-se vinculada à do “tudo ou nada”²², porém para fins de melhor elucidação do estudo e por não concordarmos com esse vínculo, desconsiderá-lo-emos.

Observe o caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Apelações cíveis. ação indenizatória. erro médico. agravo retido. ilegitimidade passiva do nosocômio. rejeição. denúncia da lide ao município de criciúma. impossibilidade. mérito. síndrome compartimental oriunda de fratura fechada dos ossos da perna. trauma grave. condição patológica previsível. **viabilidade de reversão do quadro se diagnosticado no início (entre 6 e 8 horas)** necessidade de acompanhamento médico atento e ininterrupto, o que não ocorreu in casu. paciente submetido aos cuidados de enfermeiras durante 15 horas. inércia destas diante das queixas de dores durante toda a noite. fato que acarretou necrose e amputação do membro, abaixo do joelho. falta de cuidado do médico ao se ausentar por longo período sem certificar-se de que o doente seria acompanhado pelo plantonista. responsabilidade civil solidária do hospital e do profissional incontestes. transferência do doente para outro estabelecimento hospitalar, onde houve a amputação. desnecessidade. procedimento cirúrgico oferecido pelos réus. ressarcimento indevido. **perda de uma chance não configurada.** dever, contudo, de reparar despesas futuras. pretensão de afastar o pagamento de prótese ortopédica ao argumento de que foi custeada por terceiro. ausência de provas neste sentido. pleito de minoração da indenização por danos morais. inacolhimento. incidência de juros de mora sobre este montante a partir da citação. redistribuição dos ônus sucumbenciais. recursos dos réus desprovidos. parcial provimento ao apelo do autor. [sem grifos no original].”²³

De acordo com a teoria em discussão haveria a possibilidade da perda de uma chance pela presunção do nexos causal contradizendo essa parte da decisão, afinal foi provado que haveria a possibilidade de evitar o dano se o paciente fosse tratado a tempo. Temos também como argumentação o fato da presunção aceitar a interpretação do parágrafo 323 do Restatement (Second) of Torts²⁴ que define o responsável como

²² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P.68.

²³ SANTA CATARIA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.083960-8, de Criciúma, relator: Sérgio Izidoro Heil, juiz prolator: Edir Josias Silveira Beck, órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Civil, data: 26/09/2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action;jsessionid=66132F51D6998458615C9EE6A65885D3> Acesso em: 02/10/2011

²⁴ Restatement of Law “is a series of detailed statements of the basic law in the United States on a variety of subjects written and updated by well-known legal scholars under the auspices of the American Law Institute since the 1930s. While not having the force of statutes or of decided precedents, the Restatement (as lawyers generally call it) has the prestige of the scholars who have studied the legal questions. Topics covered include agency, contracts, property, torts and trusts”. Disponível em: <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1830>. Acesso em: 04/10/2011.

aquele que se dispõe a proteger o patrimônio ou a segurança de outrem, de forma gratuita ou onerosa, e agindo negligentemente agrava os riscos da ocorrência do dano.²⁵

Nesse mesmo sentido podemos destacar o parágrafo único do artigo 927 do nosso Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.²⁶ Nele é descrito a teoria do risco, no qual, nas palavras de Peixoto, “a obrigação de reparar o dano surge do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, tendo o risco como fundamento da responsabilidade”.²⁷

É importante ressaltar que haverá uma diferença na esfera do elemento subjetivo entre o entendimento norte-americano e o brasileiro: no primeiro se configura a presunção da culpa, o próprio ato da presunção implica sua consideração, responsabilidade subjetiva; e no segundo, se constitui a responsabilidade civil objetiva, a qual é indiferente à culpa. Sendo possível, em ambos os casos, que os réus provem que não agiram negligentemente.

Deve-se o aplicador do direito se atentar ao fato de que apesar de haver um instituto no direito civil nomeado culpa presumida, ele se difere dessa discussão por não dialogar sobre as relações de serviços.

O último, o que melhor se adapta à teoria em pauta e um dos mais importantes institutos brasileiro que considera a responsabilidade objetiva é o Código de Defesa do Consumidor.²⁸ Nele o fornecedor responde objetivamente, nas palavras de Peixoto:

“pelos danos que cause no mercado de consumo, o fornecedor – cujo conceito é amplo o bastante para compreender todos que disponibilizam produtos ou serviços com habitualidade, mediante remuneração - responde, sem culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores, incluindo aqueles por equiparação.”²⁹

²⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P.65

²⁶ Código Civil 2002.

²⁷ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 760.

²⁸ Código de Defesa do Consumidor; artigo 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

²⁹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 205.

2.3. Causalidade parcial

Os pioneiros Jacques Boré e John Makdisi defendem a ideia da causalidade parcial para todos os casos de perda de uma chance. Essa teoria não considera as chances perdidas como dano autônomo, mas as utiliza para “**quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)**”³⁰ [sem grifos no original]. Por fim, será a quantificação desse vínculo que definirá o quantum indenizatório.

Assim, se um indivíduo que já foi aprovado em três etapas de um total de quatro em um concurso, não puder realizar a última em virtude do cancelamento de seu voo, a companhia aérea³¹ terá uma responsabilidade maior em relação a tal pessoa do que teria se ele ainda estivesse prestando a primeira etapa. Podemos enumerar outras circunstâncias que também influenciariam na valoração indenizatória, como a preparação do concorrente, o tempo de dedicação a tal concurso, as condições psicológicas (pode ocorrer de o participante conseguir chegar a tempo da prova, porém estar abalado emocionalmente). Sendo assim, **todas as condições relacionadas ao vínculo da ação do agente e dano final que puderem ser provados serão considerados na aplicação da reparação.**

Observemos a citação de Silva:

“Toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano, autônomo e independente, tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final (vantagem esperada pela vítima), ou seja, as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada.”³²

Este autor prossegue com a seguinte indagação: se um cliente contrata um advogado para fazer uma sustentação oral em um recurso de apelação e este, de forma negligente, não comparece; haverá dano, se mesmo com a falha do advogado, o indivíduo ganhar o processo? Não, porém afirma que para aqueles que caracterizam o

³⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 50.

³¹ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 62.

³² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 51.

dano da perda de uma chance como autônomo deveria admitir a ação de reparação independente da perda definitiva da vantagem esperada. Afinal, se considerarem ao contrário, estariam vinculando o ato danoso do agente à perda da vantagem esperada e não à perda da chance de alcançá-la.³³

Por fim, para nosso estudo, não iremos caracterizar a perda da chance como um dano autônomo e independente, mas sim, vinculado ao dano final; ou seja; em acordo com a primeira teoria descrita nesse capítulo. Sendo assim, não admitimos reparação pela perda da chance se o dano final não se caracteriza, sujeitando a possibilidade de ação indenizatória à existência de tal espécie de prejuízo. Como no caso de um erro médico, o paciente só terá direito à reparação se houver criação de algum dano, ou seja, se ele se recuperar no tempo normal, não haverá nenhuma indenização.

3. Perda de uma chance e lucros cessantes: Distinção necessária

Embora a perda de uma chance guarde características similares com o lucro cessante, com ele não se confunde.

Os lucros cessantes consistem em uma perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular.³⁴ Trata-se da subtração objetiva de um bem jurídico já economicamente apreciável. Já na perda de uma chance, segundo Felipe Peixoto, o dano se constitui, exatamente, “na destruição de uma possibilidade de ganho, a qual, embora incerta, apresenta contornos de razoabilidade”.³⁵

Demais, o próprio procedimento probatório para que seja satisfeita a pretensão num dos eventos é distinto do outro. Nos lucros cessantes, o suposto prejudicado não deverá fazer prova do lucro em si considerado, mas sim dos elementos necessários à sua verificação. Em contrapartida, tratando-se da perda de uma chance o resultado nutrido pela parte lesada não é passível de demonstração, permanecendo, portanto, sempre no campo do desconhecido.

³³ Ibidem.

³⁴ CHAVES, Cristiano de Faria. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação.

³⁵ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. P.59.

Por isso a perda de uma chance jamais poderá ser indenizada como se tratasse de lucros cessantes, este refletem os ganhos que, se os eventos seguissem sua ordem natural (não houvesse o dano), normalmente afluiriam ao patrimônio da vítima.³⁶ Ou seja, é aquilo que a parte deixou de ganhar. Assim, na perda de uma chance, não há que se atrelar as conseqüências indenizatórias que lhe seriam inerentes àquilo que a parte, em princípio lesada, deixou de ganhar, em outras palavras, não indeniza o dano final, e sim a chance perdida.

Outra distinção entre a perda de uma chance e os lucros cessantes diz respeito à alegação de que ela se origina da violação a um **interesse** de fato; e eles derivam da lesão a um **direito subjetivo**. Eles são lucros futuros e certos que só não se concretizam pela existência de tal fato; enquanto ela diz respeito à perda de uma oportunidade por tal fato. Nela, a possibilidade da tentativa de conseguir um proveito é retirada da vítima; já neles não há tentativa, o proveito é certo, como os futuros ganhos do motorista de van escolar, já é pressuposto que o indivíduo receberá uma quantia determinada previamente dos alunos nos meses seguintes.

A perda de uma chance é a probabilidade verossímil de obtenção de um benefício, caso a vítima não tivesse sofrido a frustração dessa oportunidade. Nos lucros cessantes não há verossimilhança, os lucros perdidos são reais e passíveis de comprovação.

Na perda de uma chance, o dano não coincide com a vantagem que era esperada. Esta não passa de mera expectativa, e, portanto não é passível de demonstração quanto à sua realização, até porque teve seu curso interrompido por conduta antijurídica atribuível a outrem. Também considera-se causa para a não demonstração do dano, o fato do ato antijurídico não ser o único que podia intervir para o não alcance do objetivado.

A vantagem assim não passará de um dano incerto, razão pela qual o dano somente pode consistir na perda de uma chance em si considerada, que, como já enfrentado, configura prejuízo distinto do benefício que seu sucesso poderia efetivar.

³⁶ Ibidem

Deste modo constitui a perda de uma chance a desapareção - certa - desta álea, destas chances de ganho, que constitui o prejuízo³⁷

Por isso, não restam dúvidas de que o dano consiste não na vantagem esperada, mas na perda de uma chance real e séria de obtê-la, ou seja, a própria perda de uma chance.

4. Breve definição de chances sérias e reais

A jurisprudência determinou que para que haja dano indenizável nessa teoria é necessário chances sérias e reais. Sendo assim, somente a apreciação do caso concreto determinará sua aplicação. Entretanto, podemos destacar alguns elementos essenciais à diferenciação desse tipo de chance daquelas simplesmente hipotéticas que serão analisados a seguir.

No caso de danos futuros; a consideração do dano, ou seja, a seriedade e a realidade das chances se darão pela probabilidade de uso da oportunidade perdida em um momento futuro e se esta realmente alcançaria tal vantagem almejada. Observando isto, decidiam os tribunais que é imprescindível a proximidade temporal entre o momento do ato danoso que gerou extinção das chances e aquele no qual a(s) chance(s) seria(m) usada(s) na obtenção do benefício.³⁸ Afinal, quanto maior for esse período, maior será a probabilidade de outra causa intervir direta e negativamente para o não alcance do esperado.

Outro caso acontece na chance perdida de seguir determinada carreira. Nessa situação, além do elemento anterior, também será exigido que a suposta vítima já tenha iniciado os estudos, a preparação nesse sentido, ao tempo da ocorrência do suposto dano. Caso contrário, o dano será considerado apenas hipotético.³⁹

A título de exemplificação, observe a jurisprudência:

“Decisão: acordam os magistrados integrantes da primeira câmara cível do tribunal de justiça do estado do paraná, em dar parcial provimento ao recurso.

³⁷ NORONHA. Fernando. *Direito das Obriga es*. Volume 1. 2007. p. 679).

³⁸ RODRIGUES JUNIOR. Otavio Luiz, MAMEDE. Gladston Mamede. *Responsabilidade civil contempor nea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2001. p 155.

³⁹ Ibidem. P. 159

ementa: apelação cível. ação de reparação de danos. sujeito impedido de se inscrever em concurso público em virtude de certidão positiva de débitos municipais. pleito de alvará para corretor de títulos. emissão de alvará para corretor de imóveis. não pagamento de tributo. culpa concorrente do autor que não acompanhou o processo administrativo e do município que emitiu alvará para função diversa da pretendida. **teoria da perda de uma chance. chances reais de se sagrar vencedor.** danos arbitrados em consonância com a perda da vantagem. recurso a que se dá parcial provimento. **as chances reais de êxito comprovam-se pelos seguintes elementos: a) o objetivo do certame não era propriamente "selecionar" os melhores, mas sim incentivar a produção literária; b) existiam 9 vagas e apenas 11 participantes inscritos; c) o autor era alguém de certo reconhecimento no meio.**⁴⁰ [sem grifos no original].

4. Prova do dano

Tratando-se de perda de uma chance, a vítima certamente encontrará dificuldades óbvias no que toca à prova do dano, posto que sempre existirá a dúvida se a esperança, em princípio, fundada que mantinha, não seria impedida por algum outro acontecimento. Ou seja, aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que uma possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa⁴¹.

Todavia, ainda assim um dano que guarde tais características é passível de indenização, aplicados critérios aproximativos, de probabilidade e de normalidade, não sendo imprescindível ao reconhecimento jurisdicional dos direitos a certeza absoluta.

Deste modo, em ambos os casos, lucro cessante e perda de uma chance, a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova de verossimilhança. Mas no caso dos lucros cessantes trata-se de caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; já nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o resultado útil é por definição não sujeito a demonstração.⁴²

Todavia, ainda assim não há falar que a perda de uma chance não deva ser indenizada, já que deve ser considerada independentemente do sucesso concretização das expectativas inicialmente existentes. Neste sentido cumpre evidenciar que:

⁴⁰ Paraná, Tribunal de Justiça. Processo nº772540-2 (Acórdão). Relator: Fabio Andre Santos Muniz. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=visualizarUnico>. Acesso em: 30/09/2011.

⁴² BOCCHIOLA. Maurizio. *Perdita di una Chance e Procedura Civile*. P. 74. Tradução livre.

- não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre o resultado perdido e a chance de consegui-lo;
- esta perspectiva, com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável;
- a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto certo .

Assim, faz-se necessário examinar os elementos da responsabilidade civil

6.4 Dano

Dano, que é a lesão de um interesse juridicamente protegido, contra a vontade do prejudicado.⁴³ Quanto ao momento em que se materializa o dano pode ser positivo ou negativo. Positivo caso se materialize imediatamente e negativo caso se materialize supervenientemente.

Quanto à causa geradora será direto ou indireto. Direto se for conseqüência imediata do fato gerador e indireto se for mediato. No dano indireto há rompimento do nexu causal, o que, via de regra, exonera a responsabilidade.

Ressalte-se que dano negativo e indireto não se confundem. O primeiro é causa imediata do fato gerador apesar de se materializar posteriormente, como é o caso dos lucros cessantes. O segundo é gerado por causa posterior.

Em nosso ordenamento jurídico, qualquer espécie de dano é, a princípio, indenizável. De acordo com a natureza do interesse lesado o dano pode ser dividido em pessoal e patrimonial. Um mesmo fato pode originar tanto um dano patrimonial como um dano moral, sendo, assim, cumuláveis as indenizações, a teor do princípio da reparação integral dos danos.⁴⁴

⁴³ VINEY, Genevieve e JOURDAIN, Patricie. *Le conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 1998, p. 11.

⁴⁴ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Será pessoal se atingir diretamente a pessoa humana. Será patrimonial se atingi-la em seu patrimônio.⁴⁵

O dano pessoal, por sua vez, se divide em dano físico e dano moral. Dano físico é o que atinge a pessoa humana em sua integridade física. Dano moral, o que a atinge em sua personalidade, em sua dignidade.⁴⁶

Segundo leciona GUSTIN, “*As necessidades não constituem um ato intencional. Não escolhemos nossas necessidades.*”⁴⁷

Atribuindo-se um valor jurídico à necessidade surge o interesse de proteger sua satisfação. Havendo tal interesse, atribui-se-lhe o direito subjetivo.⁴⁸ Eis que o direito subjetivo surge como mecanismo de viabilização da satisfação do interesse juridicamente protegível, e não como obstáculo à sua satisfação.

Desta forma, a proteção do interesse não pressupõe, invariavelmente, a correspondência a um direito subjetivo previsto em lei. É longo o caminho entre a necessidade humana e o direito subjetivo, se o legislador ainda não o percorreu, e há um interesse legítimo, deve o Juiz percorrê-lo, ou senão, ficará seu titular desamparado. Foi dessa constatação que se originou a doutrina francesa do dano por ricochete.⁴⁹

⁴⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 33. “*Neste sentido revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.*”

⁴⁶ Questão que surge é se a pessoa jurídica pode sofrer dano moral ou se seria titular de direitos da personalidade. A tendência em nosso direito se inclina para resposta afirmativa, tendo-se em vista a posição do STJ (Resp. 177.995/SP) e do novo código civil (art. 52) que lhes confere proteção análoga. Posição que deve ser vista com cautela, uma vez que os direitos reconhecidos à personalidade jurídica não possuem o mesmo conteúdo dos direitos da personalidade humana, quais sejam, são inatos, inalienáveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais e absolutos. A atribuição dessas mesmas características aos direitos decorrentes da personalidade jurídica poderia obstaculizar o livre exercício de suas atividades. Por exemplo, a inalienabilidade do direito ao nome impossibilitaria o contrato de *franchising*, ou mesmo o de representação comercial.

⁴⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 25.

⁴⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 118.

⁴⁹ VINEY, Genevieve e JOURDAIN, Patricie. *Le conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 1998, p. 60.

Neste ponto constata-se um retrocesso no art. 186 do código civil de 2002 que substituiu o art. 159 do código civil de 1916 que não restringia a idéia de dano à violação de direito.

Embora a realização de uma determinada chance nunca seja de fato certa, a perda de uma chance por sua vez pode ser certa.

De toda sorte, a princípio não há óbice à aplicação da teoria da perda de uma chance, o que deve ser realizado de forma criteriosa.

A oportunidade, a chance de obter uma situação futura é uma realidade concreta, ainda que não seja a real concretização dessa perspectiva; é um fato do mundo, um dado da realidade, tanto que o bilhete de loteria tem valor, o próprio seguro repousa sobre a idéia de chance. A dificuldade de sua avaliação não é maior do que avaliar o dano moral pela morte do filho, ou o dote devido à mulher agravada em sua honra (art. 1.548do CC).

É preciso, porém estabelecer linhas limitadoras: a chance deve ser real e séria; o lesado estar efetivamente em condições pessoais de concorrer a situação à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida.⁵⁰

Visto isso, concluímos que é imprescindível a apreciação da chance de forma objetiva, com a conseqüente distinção das meras expectativas subjetivas quanto dos lucros cessantes, ou seja, daquilo que a parte deixou de ganhar, mesmo porque, como já ressaltado, com este não se confunde nem no quesito da valoração e tampouco com a hipótese da prova.

Embora a realização de uma determinada chance nunca seja de fato certa, a perda de uma chance por sua vez pode ser certa.

De toda sorte, a princípio não há óbice à aplicação da teoria da perda de uma chance, o que deve ser realizado de forma criteriosa.

⁵⁰ VINEY, Geneviève, La responsabilité, in Traité de Droit Civil, Jacques Ghestin, LGDJ, 1982, 341 e seguintes. Tradução livre.

Neste sentido é a lição de Fernando Noronha:

"Os deveres de informar surgem nas mais diversas situações, em especial no âmbito de relações resultantes de negócios jurídicos, mas também fora delas, estando a eles subjacente o dever de agir em conformidade com as regras ditadas pela boa-fé (boa fé objetiva, ou boa regra de conduta). Quando a violação de um destes deveres levar outra pessoa a tomar uma decisão que depois verificada não ter sido a melhor, ou quando simplesmente não for dada a esta pessoa a possibilidade de se manifestar, se depois vierem a acontecer danos que poderiam ter sido evitados, teremos uma situação similar à analisada na seção anterior: também nestes casos terá sido frustrada a **chance** de evitar um dano que efetivamente veio a ocorrer". (Direito das Obrigações. 2007. p. 690).

Portanto resta configurada responsabilidade civil pela **perda** de uma **chance** devido ao fato de não ter tido o promitente-comprador a oportunidade de celebrar o contrato de seguro de vida cujo resultado seria a quitação das parcelas em aberto no momento da sua morte, contudo a certeza da celebração do contrato aleatório por natureza, caso não houvesse a atitude ilícita da ré, nunca é demais repetir, não é passível de demonstração.

Resta então avaliar o dano em si mesmo considerado. Para tal "é preciso considerar a álea presente no caso concreto; o valor da **chance** só pode ser aferido através do cômputo do grau de probabilidade, que havia, de vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa. Ainda aqui haverá que recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, mesmo que agora também sejam importantes 'as regras de experiência técnica', também referidas no art. 335 do Código de Processo Civil. A probabilidade poderá ser alta ou reduzida: poderá ser até tão desprezível que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela jurídica, se se considerar a função social das obrigações.

A determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado vai depender da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse. Essa probabilidade há de ser traduzida numa percentagem sobre o valor do dano total (ou dano final) que o lesado teria, se a vantagem desejada se concretizasse.

Esse cálculo será relativamente fácil somente nos casos em que existam condições de determinar quais seriam o valor do dano total e o percentual de probabilidade. Assim, aproveitando um exemplo de Yves Chartier, reproduzido por Peteffi da Silva [2001, p. 28], se um advogado deixa de interpor um recurso em ação que, se tivesse sido julgada

favoravelmente, traria uma vantagem econômica de dez mil reais, e se havia 30% de chances de reverter a sentença, a indenização final pela **perda da chance** devia ser de três mil reais" (Fernando Noronha. Direito das Obrigações. 2007. p. 679-680).

Em jurisprudência do STJ já referida por este voto o Min. Ruy Rosado fixou a indenização um limite máximo de 20% sobre o valor total a ser obtido pela parte autora caso pudesse participar e vencesse o certame licitatório do qual não participou por conduta atribuída à parte ré daquele processo. Nutro julgado, REsp. 788.594-BA de relatoria do Min. Fernando Gonçalves, com maiores elementos para fixar a probabilidade da realização da **chance** perdida, o STJ por sua 4ª Turma fixou em favor da autora na ação que ajuizou contra o SBT por deficiência na elaboração de pergunta atinente ao programa "Show do Milhão" o percentual de 25% do valor total que poderia ser obtido pela autora da demanda caso acertasse a pergunta que oferecia quatro opções de resposta.

Conclusão: Novos rumos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil, assim como o Direito Civil, encontra-se em constante modificação. O principal motivo dessa mudança é a percepção constitucional da importância da dignidade da pessoa humana em todas as esferas jurídicas e em menor relevância, mas não menos importante, o novo paradigma de princípios que abrange: a função social dos contratos; a boa-fé objetiva; possibilidade de intervenção estatal no sentido de modificar e até extinguir o contrato, fragilizando a obrigatoriedade contratual; a interpretação do contrato; no sentido amplo, exercendo-a de modo a reconstruir o antigo entendimento de acordo com as novas valorações jurídicas; ineficácia "stricto sensu"; entre tantos outros.

Uma das primeiras transformações criadas por esse novo modelo é o esvaziamento da perspectiva patrimonialista pela sua submissão à pessoa humana. Com isso, o patrimônio (sem deixar de ser protegido) deixar de ser o foco do direito civil e da responsabilidade; nesta última, para dar lugar à **reparação da vítima**. A partir dessa submissão também foi possível criar: a indenização punitiva a fim de garantir à vítima o direito de não sofrer novamente o dano, nela o valor do dano moral aumenta significativamente de forma pedagógica para ensinar ao agente que aquela conduta não

é aceitável; a consideração das condições patrimoniais do agente e da vítima na aplicação indenizatória.

Nesse mesmo sentido, surge a responsabilidade independente de culpa, responsabilidade objetiva, a grande revolucionária que criou sem a consideração do elemento subjetivo um nexos causal entre aquele que produz uma atividade naturalmente criadora de risco aos direitos de outrem⁵¹ e aquele que teve seu direito lesado. Esta que foi construída na França para auxiliar os trabalhadores mutilados no exercício profissional, que não conseguiam provar tal relação (prova diabólica). Observe a citação de Maria Helena Diniz encontrada no artigo de Giselda Hironaka:

“[...] representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter uma responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa lesante, contentando-se com a simples causa externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.”⁵²

Nessa reformulação, somamos a abertura do sistema jurídico, que outrora era tão fechado, baseado apenas na leitura sistemática dos códigos produzia a massificação do entendimento e estagnação jurisprudencial. Atualmente, é pacífico que ele é construído, juntamente com as formas tradicionais, pela interpretação dos tribunais (ex: possibilidade de súmulas) e pela força normativa dos princípios, criando uma leitura constitucionalizada do direito civil.

“Os princípios, nessa ordem de idéia, funcionam como uma ponte entre o jurídico e o não-jurídico, ensejando mudanças na experiência jurídica sem que o texto da lei tenha que necessariamente mudar”⁵³

É importante destacar nessa atualização, a autonomia da vontade que antes representava o dogma da vontade; aquela vontade ilimitada, que podia construir qualquer tipo de relação contratual necessitando apenas da possibilidade e licitude do objeto, capacidade e consenso das partes, sendo indiferente a ela as condições nas quais

⁵¹ Código Civil 2002, artigo 927.

⁵² MAMEDE, Gladston et al. (Org.). **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. P.56.

⁵³ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. P.08.

tal contrato foi feito; se transforma na vontade limitada. Esta obriga as partes a realizar seus atos baseando-se na função social e dignidade da pessoa humana.

As transformações mais importantes para nosso estudo, a flexibilização do dano e do nexo causal, se relacionam. Afinal, somente com a abertura do conceito de dano, foi possível ampliar o de nexo causal. Tomemos como exemplo o principal assunto discutido no presente artigo: a perda de uma chance.

O Código Civil de 2002 leciona:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A partir de tal explicação podemos entender que para que haja o dano e o liame, deve haver necessária ação ou omissão do agente, mesmo que involuntária, e o dano seja concreto. Porém, com a possibilidade de considerar a perda de uma chance como dano, que em outras palavras significa a oportunidade de se indenizar mesmo sem ter a certeza que o almejado seria alcançado, foi também expandido o nexo causal (ressalta-se que há a incerteza sobre a concretude o que se queria) porque não é certo que a conduta do agente que causou tal dano, ou seja, se não a existisse, o prejudicado teria logrado êxito. Outro exemplo de flexibilização do nexo causal diz respeito à presunção do liame e a responsabilidade civil solidária (ambas já explicadas anteriormente).

Nota-se que nossa doutrina e jurisprudência já evoluíram bastante sobre o tema; porém é de suma importância que continuemos nos atualizando para mantermos o Direito como um reflexo social. Isto, que representa manter o Direito coerente com a sociedade por ele regida.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indenizacion punitiva*. Buenos Aires.:Rubinzal. 2010.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas.

COLOMBO, Leonardo. *Culpa Aquiliana*. Buenos Aires: TEA, 1947.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar

GARMUS, Frei Ludovico. Coord. *Bíblia Sagrada*. São Paulo. Editora Vozes.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999,

MAMEDE, Gladston et al. (Org.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas.

MONTAIGNE, Michel de. *Dos Canibais*. São Paulo: Alameda, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston Mamede. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2001.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance*. São Paulo: Saraiva. 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VINEY, Geneviève, La responsabilité, in *Traité de Droit Civil*, Jacques Ghestin, LGDJ, 1982.

VINEY, Genevieve e JOURDAIN, Patricie. *Le conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 1998.