



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Indenização pela perda de uma chance

Robson Luiz dos Santos Tavares

**Rio de Janeiro
2012**

ROBSON LUIZ DOS SANTOS TAVARES

Indenização pela perda de uma chance

Projeto de pesquisa (matriz 4) apresentado como exigência de conclusão de curso de pós graduação *Latu Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadores:

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2012

INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Robson Luiz dos Santos Tavares

Graduado pelo Centro Universitário da Cidade – Univercidade. Advogado. Pós-graduado em Direito Empresarial e dos negócios pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: Este trabalho pretende traçar alguns parâmetros para reflexão debatendo o tema apresentado em sala no Módulo I, “Teoria da Perda de Uma Chance”- EMERJ. Demonstrando a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil que vem evoluindo para um direito voltado para os padrões éticos e sociais com uma Justiça mais humana. Trazendo espaço para a teoria inovadora como a perda da chance.

Palavras-chaves: Civil. Responsabilidade. Perda da chance.

Sumário: Introdução. 1.Responsabilidade Civil : Parte histórica. 2. Responsabilidade Civil e o Código do Consumidor. 2.1. Responsabilidade médica. 3. A teoria da perda de uma chance. 3.1. Parte histórica. 3.2. Dano e indenização. 3.3. Dano material e dano emergente. 3.4. Lucro cessante. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Tema “A teoria da perda da chance” neste trabalho tem como objetivo o Artigo apresentado em aula no Curso de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, trazendo para o debate o pensamento de diversos doutrinadores sobre este assunto. Como Sílvio Venosa que aponta a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e os danos emergentes.

A finalidade deste trabalho é demonstrar a problemática da teoria da perda da chance, examinar a certeza do dano e quantificar a indenização justa correlacionando com as espécies de danos do sistema jurídico brasileiro, como dano moral, lucro cessante e dano emergente.

Abordaremos um estudo também da parte histórica da evolução da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro, após a Constituição Brasileira de 1988 que acarretou enormes inovações no campo da responsabilidade civil.

Neste diapasão, surgiu o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, exposto no artigo 1º da Constituição Federal.

A evolução do direito brasileiro criando novas teorias no campo da responsabilidade civil, tornando possível novas situações de indenizações como a teoria da perda de uma chance.

Nos dias atuais, em vários momentos o indivíduo perde a chance de obter o resultado que esperava diante de uma situação posta, mas não se deve confundir a perda de resultado esperado com a perda da chance de tentar alcançar aquele resultado.

No presente trabalho, abordaremos casos concretos e temas doutrinários e diversos ramos da responsabilidade civil e seus reflexos sociais.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL: PARTE HISTÓRICA

A historicidade da Responsabilidade Civil tem seu aparecimento no Código Civil de 1916, no artigo 159 que foi reproduzida no artigo 186 do novo Código Civil, que descreve o ato ilícito o dever de reparar o dano causado a terceiro.

A responsabilidade civil passou por grandes mudanças ao longo do tempo, no século XX trouxe enormes inovações que decorreram das mudanças sociais e políticas e econômicas do mundo. Houve grande transformação no conceito de culpa e de prova, passando pela culpa presumida, evoluindo para culpa contratual, chegando para responsabilidade objetiva.

Neste cenário, apresenta Sergio Cavalieri:

Temos como certo que a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da evolução industrial e do desenvolvimento tecnológico e

científico, o Código do Consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.¹

Na história externa, o início da responsabilidade civil teve início com o período denominado de Talião. Nesse período o dano provocado por um ofensor era reparado de imediato, pois provocava uma reação por parte do ofendido com suas próprias mãos, reação esta prevista na lei das XII Tábuas (em 450 a.c.).

Assim, a responsabilidade civil evoluiu para outras fases como, a composição legal e voluntária e a reparação legal realizada pelo Estado. Na fase da composição legal, a reparação acontecia através da lei escrita, O Código de Hamurabi (em 1.750 a.c.). Na composição voluntária, a reparação se dava por meio de uma importância em dinheiro ou bens, o Código de Manu (entre 1.280 a 880 a.c.). No direito Romano, surgiu a Lex Aquilia (em 286 a.c.), onde o elemento culpa devia estar presente para reparação do dano.

Nota-se, que em todos os períodos relatados a responsabilidade civil compreendia em um monte de regras esparsas, não existia harmonia entre as regras, neste sentido, discorreremos sobre a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e no mundo.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E O CODIGO DO CONSUMIDOR

No sistema jurídico brasileiro o dever de indenizar decorre do ato ilícito indenizante. No código de defesa do consumidor em seus art. 12 a 14 e 18 a 20, define a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço, independente de culpa, apenas pelo risco do empreendimento.

O art. 186 do Código Civil define o ato ilícito, o dever de indenizar, devendo ser observado as excludentes que devem impedir a indenização. “Em princípio, toda atividade

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p.239.

que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização.”²

Toda atividade humana pode gerar o dever de indenizar, sendo esta pessoa física ou jurídica. Neste universo da responsabilidade civil devemos observar um conjunto de regras, ou seja, princípios e normas que devem nortear a obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil com seus princípios procura restabelecer o patrimônio e a moral que foram violados. A falta de reparação de um bem violado causa inquietude na sociedade, trazendo assim diversas transformações neste universo da responsabilidade civil.

Em torno da responsabilidade objetiva houve grandes transformações, pois havia um pensamento que só existia responsabilidade com culpa. “Portando, o âmbito da responsabilidade sem culpa aumenta significativamente em vários segmentos dos fatos sociais. Podemos observar na grande amplitude do art. 927, p. único do Código Civil.”³

Reproduzindo o artigo 927, Parágrafo Único do 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.”⁴

A responsabilidade objetiva amplia o dever de indenizar, como assim preceitua o art. 927 do código civil de 2002. Encontraremos também a responsabilidade objetiva do Estado, transcrita no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

Podemos entender que a culpa no seu sentido estrito, está vinculada a uma possibilidade de um resultado que já era previsto, excluindo-se o caso fortuito e força maior culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, podemos responsabilizar o agente produtor do fato.

² VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p.1.

³ *Ibid.*, p. 35.

⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 10 dez. 2012.

“A doutrina concorda que não é fácil estabelecer o conceito de culpa, embora não haja dificuldade de compreendê-la nas relações sociais e no caso concreto.”⁵

O conceito de culpa sofreu grandes mudanças no decorrer dos séculos, havendo um alargamento no sentido de culpa.

O sentido de culpa pode ser compreendido como um desvio de conduta ou um erro do agente, mas houve gradações neste conceito conforme a época.

Para que seja examinado o desvio de conduta, deve ser examinado o caso concreto, o que é considerado normal para uma sociedade. Deve-se evitar para apuração de culpa o subjetivismo, observando a conduta do agente, se o mesmo agiu com negligência, imprudência ou imperícia, a culpabilidade deve se dar não porque o agente agiu desviando-se da moral, mais porque deixou de empregar a diligência social média.

A conduta flutua no tempo, o certo e errado, em cada século, em cada sociedade ou em cada sistema jurídico, havendo variações de cada conduta reprovável.

A culpa concorrente é um fator preponderante na fixação do quanto indenizatório, podendo existir casos em que na a apuração de culpa, ficar constatado que a culpa do agente e da vítima são idênticas, a responsabilidade se compensa.

Não tinha previsão de culpa concorrente no Código Civil de 1916 para alteração no valor de indenização, a mudança ocorreu após um longo trabalho de jurisprudencial, culminando no art. 945 do diploma atual.

“Assim, por exemplo, se dois motoristas ingressam, ao mesmo tempo, em velocidade incompatível em um cruzamento, acarretando um embate dos veículos, conclui-se pela culpa de ambos, cada um indenizando a metade dos danos ocasionados ao outro.”⁶

Outro exemplo neste sentido cita-se:

Seguro- Veículo- Responsabilidade Civil – Acidente de trânsito – Companhia vistoriadora que marca vistoria de veículo e não comparece para realização do ato –

⁵ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p.24.

⁶ *Ibid.*, p.36.

Não aperfeiçoamento do contrato de seguro – Autora que assume o risco de trafegar com o veículo não segurado – Reconhecimento de culpa concorrente –n Recurso provido em parte.⁷

A teoria Objetiva de Resultado⁸ é outra teoria que vem crescendo, sendo muito ressaltada nas ações de responsabilidade civil. Esta teoria objetiva culpa aquele que criou ou incrementou um determinado risco proibido, podendo o risco criado ser tolerado, por ser insignificante ou permitido.

O entendimento de responsabilidade implica sempre no exame de uma conduta voluntária do agente, que viola o direito de outrem. A responsabilidade pode ter várias vertentes embora o conceito seja o mesmo. A responsabilidade penal e a civil tem entre elas uma divisão, a conduta penal é sempre tipificada como restrita, traz um dever de indenizar.

A responsabilidade extracontratual inexiste uma obrigação anterior, mais que transgride o que se entende como um dever de conduta deve reparar o dano causado mesmo sem existência de um contrato.

A doutrina recente⁹ aproxima os dois tipos de responsabilidade, a contratual e a extracontratual, pois, as duas têm seus fundamentos na culpa. Na contratual a culpa fundamenta-se por um inadimplemento, já na extracontratual será apurada a conduta do agente.

Há uma tendência de alargamento da responsabilidade contratual aos terceiros atingidos, possuindo reflexos nos quanto indenizatório, a responsabilidade extracontratual esta balizada nos arts. 186 a 188 do novo Código Civil e no de 1916, estavam nos art.159 e 160.

Quanto à responsabilidade médica, o Código Civil de 1916 já tratava em seu art.1545: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras, e dentistas, são obrigados a

⁷ TJSP – AP. Cível 1.111.908-0/0,5-3-2008, 34 Câmara de Direito Privado – Rel. Rosa Maria de Andrade Nery

⁸ VENOSA, op. cit., 2012, p. 21-53.

⁹ Ibidem, p.21-53.

satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”¹⁰

No Código Civil de 2002 trata deste assunto no art.951, o referido diploma relata esta modalidade de responsabilidade médica, nos moldes jurisprudenciais como adotado anteriormente no passado. A responsabilidade do médico é subjetiva, assim como preceitua também o CDC, devendo-se ser apurada a culpa, já os hospitais e as clínicas respondem objetivamente, sobre o manto da teoria do risco.

Observe que o estatuto do consumidor manteve a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, aquela dependente da apuração de culpa, entre os quais se incluem os médicos e odontólogos (art. 14§ 4). Os enfermeiros também se incluirão no dispositivo dependendo da relação existente com o paciente no caso concreto.¹¹

A responsabilidade do médico inicia desde diagnóstico clínico ou laboratorial, pois o diagnóstico errado de determinada moléstia pode causar danos irreparáveis ao paciente. A doutrina tradicional afasta a responsabilidade aquiliana, entende o caráter contratual.

3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance começou ganhar escopo na França na década de 60, teoria esta denominada como a responsabilidade por *perte d'une chance*.

O que significa o termo perda da chance relatado por Sergio Savi: a perda da possibilidade de tentar obter um resultado esperado.

Os exemplos mais comuns relatados nos livros são: o advogado que perde o prazo para interpor um recurso, e o médico que confere um diagnóstico errado impedindo uma chance de sobrevivência do paciente.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹ VENOSA, op. cit., 2012, p.142.

Neste entendimento podemos aplicar nos dias atuais o novo conceito da teoria da perda da chance, que antes do surgimento deste novo direito o vitimado não tinha possibilidade de reparação do dano que entendia ter sofrido, pois mesmo sendo a responsabilidade subjetiva, o autor pode intentar o processo pela perda da chance de tentar.

3.1 PARTE HISTÓRICA

Partindo então da evolução histórica da teoria até os dias atuais. No seguimento o autor, Paulo Maximilian, nos oferece uma visão geral, de julgados até chegar ao objetivo do artigo, que é tentar uma solução para o caso (perda da chance), abordando um estudo da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico e sua evolução histórica.

A história da responsabilidade civil tem início no período da lei das XII Tábuas (em 450 a.c.), neste período o dano provocado por um ofensor era com uma reação imediata do ofendido com as próprias mãos.

Com o surgimento da *Lex Aquilia* (em 286 a.C.), com genealogia do direito Romano, surgindo o elemento culpa. Na *Lex Aquilia* deveriam ser observados três elementos para composição do dano: lesão na coisa, ato contrário ao direito e culpa, surgia então o dever de reparar o dano.

A formulação expressa em lei da responsabilidade civil surgiu no sistema jurídico francês, inspirando outros sistemas jurídicos no século XX. A responsabilidade civil continua em constante evolução, evoluindo com o tempo e com as sociedades e culturas, criando pressupostos para aplicação da teoria da perda da chance.

Nos dias atuais o autor Paulo Maximilian, cita em seu artigo sobre a perda da chance na parte histórica, os questionamentos de um estudo iniciado na Itália, pelo Professor Giovanni Pacchioni:

Um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar de um grande premio; um pintor envia pelo correio um quadro à uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo da participar da exposição; um advogado deixa de transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando seu cliente da possibilidade de obter reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável. E concluía que: em todas as hipóteses as vítimas – o proprietário do cavalo, o pintor e o cliente do advogado - teriam sem duvida da razão para se queixar (...) havendo controvérsias se as vitimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo.¹²

A França trouxe o pioneirismo na aplicação jurisprudencial nos anos 1960, utilizando a teoria da perda da chance.

O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre o fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo, em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves conseqüências (invalidéz) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: “Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade.”¹³

Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o medico haver perdido uma “chance” de agir de modo diverso e condenou a uma indenização de 65.000 francos.

3.2. DANO E INDENIZAÇÃO

Para Paulo Maximilian o maior obstáculo da teoria da perda da chance para o julgador é resolver o caso através de um dano hipotético.

A problemática da perda de uma chance. Temos sempre que examinar, como regra, a certeza do dano. Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes 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? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano.¹⁴

¹² PACHIONI *apud* SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. *A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável*. Revista da EMERJ.2009.

¹³ SCHONBLUM, opus citatum, 2009.

¹⁴ MAXIMILIAM *apud* VENOSA, op. cit., 2012. p.37.

Trazendo esta hipótese para os dias atuais o caso do “show do milhão” analisado pelo Resp. 788-BA (4ª Turma do STJ).

A participante do programa Show do Milhão ultrapassou todas as fases até chegar a fase final, tendo então já acumulado R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), e após de ser apresentada a última questão, onde tinha três opções, sendo a primeira opção que era não responder e sair do programa com o valor que já havia acumulado, segunda opção de responder corretamente e sair vencedora com R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), e terceira opção de responder equivocadamente a questão, e deixar o programa com R\$300,00 (trezentos reais).

Sendo que depois de formulada a questão, a participante optou em não responder, e ganhou R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), contudo *a posteriore* verificado que a pergunta foi mal formulada, pois não comportava nenhuma das respostas.

Restando a participante do programa, ajuizar ação para ser ressarcida de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) que deixou de ganhar obtendo sucesso de ambas as Instâncias da Justiça Baiana. Interposto Recurso especial pelo patrocinador do programa, sendo esse negado, após teve conversão do Agravo de Instrumento em Recurso especial, cujo julgador adotou a teoria da perda da chance, reconhecendo a possibilidade de acerto da participante, ao fim utilizando o critério da “probabilidade matemática” em virtude da pergunta possuir quatro respostas, e de um ser a certa, foi dividido o prêmio restante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) em quatro, devendo a autora receber o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)

A característica que marca o trabalho de pesquisa do autor Paulo Maximilian, é a busca para solução para casos concretos retratando o pensamento jurídico brasileiro

sedimentado pelo Código Civil de 2002 e trazendo a parte histórica onde teve início a teoria que teve seu estudo inicial na Itália.

A Saída é a teoria da perda da chance, que conforme Gracia Cristina Moreira Rosário:

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de um benefício futuro provável (...) Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos.¹⁵

Em suma, a concessão do direito à indenização dar-se-á pela oportunidade concreta negada e que poderia acontecer, contudo por fato alheio não ocorreu e assim a indenização deverá levar em conta um “saldo” entre as possibilidades.

A responsabilidade do autor do dano nesta teoria será, quando este priva determinada pessoa de obter uma vantagem que entende que poderia ter; diferenciando-se das outras relações de perda e danos, pois neste caso não se trata de um prejuízo direto mais uma probabilidade.

Existe uma grande dificuldade para distinção do dano meramente hipotético de uma chance real de dano. Pois o Judiciário deve saber diferenciar o quase certo do improvável, aquela real chance que teria a pessoa.

O entendimento de alguns Doutrinadores como Sílvio Venosa, que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, relatando que este não pode se amoldar aos lucros cessantes nem aos danos emergentes.

¹⁵ SCHONBLUM, op. cit., 2009.

A teoria vem sendo aplicada nos casos de negligência dos profissionais, como médicos, advogados, dentistas e outros, estes possuem obrigação de meio e não de resultado mais devem conduzir o trabalho com toda eficiência.

Pode-se enquadrar nesta situação aquele advogado que perdeu o prazo para interpor o recurso causando danos materiais para o cliente, este interpôs ação requerendo reparação dos danos materiais e morais sofridos, sendo condenado o advogado que interpôs recurso especial.

“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”.¹⁶

Julgado pela Terceira Turma, o recurso especial como relatora ministra Nancy Andrigri que em seu voto relata que “É difícil antever um vínculo claro entre esta negligência e a diminuição patrimonial do cliente, pois o sucesso no processo judicial depende de outros fatores não sujeitos ao seu controle”.¹⁷

A ministra não reconheceu do recuso.

Em outros julgados idênticos como réus os profissionais liberais, o ministro Massani Uyeda, não reconheceu da aplicação da teoria da perda da chance no caso concreto, entendendo de se tratar de mera possibilidade usando a regra da responsabilidade civil, que o dano incerto nesta regra não é indenizável.

APELAÇÃO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PARTICIPAÇÃO EM SORTEIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. Não tendo o requerido comprovado a existência de fato extintivo do direito da autora em participar da segunda fase do sorteio por ele promovido, necessário o reconhecimento do dano extrapatrimonial, face à frustração em participar do sorteio objeto desta demanda. Aplicável, ao caso, a teoria da perda de uma chance. Dano moral que, no caso, por ser de natureza “in re ipsa” prescinde de prova. O quantum indenizatório deve ser arbitrado em patamar que ofereça compensação à lesada, para atenuar o sofrimento havido, e inflija sanção ao causador do dano, visando a coibir a reiteração da prática de atos lesivos

¹⁶ SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p.101.

¹⁷ *Perda da chance*: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada. Disponível em : <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879>. Acesso em: 14 mai.2012

à personalidade de outrem. Valor da indenização fixado em R\$ 3.000,00. Apelo provido em parte.¹⁸

Sílvio Venosa cita como exemplo elucidativo da perda de uma chance, o ocorrido nas Olimpíadas de 2004, quando um brasileiro liderava a prova sendo empurrado por um espectador que o retirou a possibilidade de chegar ao primeiro lugar.

Discutiu-se se nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar na importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo. Um prêmio ou uma indenização, nesse caso, nunca poderia ser o equivalente ao primeiro lugar na prova, mas sim em razão da perda dessa chance. Tanto assim é que os organizadores da competição acenaram-lhe com um prêmio alternativo, até o momento em que se escreve, não lhe outorgaram a medalha de ouro.¹⁹

O conceito de chance está em uma situação na qual a um processo que criara uma oportunidade de ganho futuro de uma pessoa. Já na perda da chance ocorre a frustração desse ganho. Ocorrendo uma indenização esta deverá estimar a projeção do ganho que poderia ser obtido desde fato até o momento final.

O autor numa ação de reparação de um ato ilícito, o mesmo busca a reparação do prejuízo sofrido e não obter uma vantagem. A dificuldade encontrada nesta teoria é quantificar o valor a ser indenizado, avaliando as possibilidades de sucesso que teria determinada pessoa que sendo vitimada por atropelamento deixa de terminar a faculdade perdendo a chance de promoção no trabalho.

A teoria da perda da chance é uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada do lesionado, embora não seja muito aplicada pelos tribunais brasileiros.

Na ação de indenização decorrente de ilícito, o autor busca a reparação de um prejuízo e não a objeção de uma vantagem. A quantificação do dano é dificuldade à parte no campo da responsabilidade civil, tanto no campo contratual como no extracontratual. Quando decorre de um inadimplemento contratual, o próprio

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AP. Cível 70020549648, 27-02-2008. Relator Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_msk=70020549648&num_processo=70020549648&codEmenta=2224504&temIntTeor=true>. Acesso em: 10 dez. 2012.

¹⁹ VENOSA, op. cit., 2012.pág.39.

contrato balizará o ressarcimento. Os contratantes poderão, ademais, ter os danos em uma cláusula penal. Em sede de responsabilidade aquiliana, porém, a perda ou prejuízo deverão ser avaliados no caso concreto.²⁰

Assim coloca o art. 946 do Código Civil: “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.²¹

O instrumento necessário para que a ação não se torne em um meio de enriquecimento injusto para o lesado.

3.3 DANO MATERIAL E DANO EMERGENTE

O dano material divide-se em dano emergente e lucro cessante, temas que serão abordados posteriormente. A natureza do dano material é predominantemente reparatória, como se encontra disciplinado no artigo 402 do Código Civil brasileiro.

Para Sílvio Venosa a reparação de qualquer natureza nunca consegue recompor integralmente o patrimônio perdido.

A indenização em geral, por danos materiais ou não, possui em si própria um conteúdo que extrapola, ou mais propriamente, se desloca da simples reparação de um dano. Costumamos afirmar que a indenização, qualquer que seja sua natureza, nunca representará a recomposição efetiva de algo que se perdeu, mas mero lenitivo.²²

Como já foi dito existe forte corrente doutrinária que coloca a teoria da perda da chance como um terceiro gênero de indenização, no mesmo patamar dos danos emergentes e os lucros cessantes, vamos abordar estes dois temas de grande relevância didática.

O dano emergente é aquele que está mais realçada em primeiro momento, chamado dano positivo, uma perda por parte do lesado, aquilo que comprovadamente se perdeu.

²⁰ *Ibidem*, p.39 e 40.

²¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 10 dez. 2012.

²² VENOSA, op. cit., 2012.pág.311.

Podemos notar que o dano emergente é aquele que mais facilmente identificável, porque este surge diretamente de dados concretos, como exemplo pode citar o acidente de trânsito com abalroamento de veículos.

O dano emergente será o custo para reparar o bem ao seu estado anterior, será o valor gasto pelo indivíduo no reparo de seu carro.

Outro exemplo é o caso abaixo transcrito, o qual nos mostra a grande dificuldade de se identificar e reparar nas ações de responsabilidade civil.

“Responsabilidade civil – Vôo internacional de passageiros – “Overbooking” – Vôo da autora antecipado, com a sua anuência, e acomodação na primeira classe com conexão para a cidade de destino – Situação que não gerou dano material – Dano moral, porém, caracterizado – Autora acomodada ao lado de passageiro alcoolizado e de comportamento inconveniente, cuja conduta foi motivo de o comandante cogitar sobre um pouso imediato para o desembarque – Obrigação da transportadora que é de resultado e deve zelar pela presteza, segurança e conforto dos passageiros – Dano “*in re ipsa*” – “*Quantum*” da indenização ao prudente arbítrio – Fixação que não traz decaimento ao autor – Sumula n. 326 do Col. STJ – Agravo retido desprovido e recurso de apelação provido em parte.”²³

Alguns doutrinadores não possuem um consenso na classificação da teoria da perda de uma chance. Sérgio Savi entende como a teoria perda de uma chance uma subespécie de dano emergente, já Venosa classifica como uma modalidade entre o lucro cessante e o dano emergente.

Nos Tribunais algumas vezes a teoria da perda de uma chance é considerada como uma espécie de dano moral, e em outros julgados é considerada lucro cessante.

Pode-se observar que não tem um consenso nos Tribunais a respeito desta teoria, o que dificulta para o operador do direito, como demonstrar o que a vítima deixou de ganhar.

A perda de uma chance surge quando é obstruída pela conduta ilícita de um causador, não sendo possível afirmar que sem a conduta ilícita do agente aconteceria o

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap. Cível 1245182400, 991.03.078943-6. Relator Cerqueira Leite. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.da?cdAcordao=3425032&v1Captcha=mMRZA>. Acesso em: 10 dez. 2012.

resultado esperado. O que surge é uma frustração da perda da tentativa de conseguir um resultado que se esperava.

Nesse diapasão, podemos observar que o advogado que deixa de interpor recurso de uma sentença contrária aos pedidos de seu cliente, com chance de em grau de recurso reverter à mesma, brota o dano por perda de uma chance.

Ressalta-se que, a reparação não vai deixar de existir, pois seria difícil para o advogado provar que mesmo interpondo o recurso o resultado seria o mesmo. No direito não podemos falar com certeza absoluta de um resultado, pois tudo no direito é subjetivo, nada é concreto, então nenhuma das partes pode ter certeza que teriam o resultado esperado.

3.4 LUCRO CESSANTE

O lucro cessante pode ser traduzido como aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, como no caso de um motorista que tem o seu carro abalroado e usa o mesmo como instrumento de seu trabalho, auferindo ganho com ele, será indenizado pelos danos efetivamente sofridos, o dano material, e o ganho que razoavelmente deixou de ganhar com seu veículo, no caso de um taxista deve ser apurada a média da fêria.

Desse modo, nos danos patrimoniais, devem ser computados não somente a diminuição no patrimônio da vítima, mas também o possível aumento patrimonial que teria havido se o evento não tivesse ocorrido. A origem dessa parelha, dano emergente e lucro cessante, remonta ao Direito Romano, que transmitiu para os códigos modernos.²⁴

Conforme o julgado:

Recurso especial- Responsabilidade civil- Violação ao art. 535 do CPC – Inexistência – Caçulos dos lucros cessantes – Despesas operacionais – Deduzidas – Termo final – Alienação do bem. 1 Para o atendimento do requisito do prequestionamento, não se faz necessária a menção literal dos dispositivos tidos como violados no acórdão recorrido, sendo suficiente que a questão federal tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem. Ausência de violação do art. 535 do CPC. 2 Lucros cessantes consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento danoso (Código Civil art. 402). No caso de

²⁴ VENOSA, op. cit., 2012.pág.304.

incêndio de estabelecimento comercial (posto de gasolina), são devidos pelo período de tempo necessário para as obras de construção. A circunstâncias de a empresa ter optado por vender o imóvel onde funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de calculo dos lucros cessantes até a data da perícia. 3 A apuração dos lucros cessantes deve ser feita com a dedução de todas as despesas operacionais da empresa, inclusive tributos. 4 Recurso especial provido”.²⁵

Diante disso, podemos analisar que o judiciário ao deferir uma indenização por perda de uma chance, é uma análise da potencialidade da perda, em análise dos lucros cessantes entende-se que não foge desta mesma perspectiva, pois no lucro cessante o deferimento do pleito indenizatório esta sob hipóteses mais ou menos prováveis adentrando o campo na perda da chance ou de uma oportunidade.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil tem caminhado para maior sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, com uma justiça voltada para o social preocupada em reparar o dano causado ao vitimado.

A vítima passa ter maior relevância na seara da responsabilidade civil, criando a possibilidade de reparar o dano mesmo sem culpa, pelo risco da atividade desenvolvida, assim estabelece o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Surge então o dever de reparar além do ato ilícito, estes direitos voltados para os valores éticos e humanos que estão presentes e devem evoluir a cada dia, substituindo assim a noção de ato ilícito para o dano injusto.

Nesse lamiré, surgem novos conceitos jurídicos na área da responsabilidade civil como a Teoria da Perda de uma Chance.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1.110.417, 28-04-201. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1110417&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> . Acesso em: 10 dez. 2012.

Nesta teoria o cálculo para apuração do prejuízo por perda de uma chance, será calculado através de valoração econômica dividindo o resultado final entre as oportunidades que teria o ofendido.

Nesse contexto, não existe um consenso entre os doutrinadores quanto à classificação por prejuízo por perda de uma chance, existe quem entenda como lucro cessante e outros como danos emergentes, porém, a solução do problema está em avaliar a certeza do dano, pois assim define a perda de uma chance.

Na teoria por perda de uma chance está com seus fundamentos em chance real que teria o ofendido, o que deferência do dano meramente hipotético, a perda de uma chance para muitos é uma nova espécie de dano, razão que enseja em uma pesquisa profunda por diversos doutrinadores e operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm> Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor*. Anotado e Comentado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, CLAUDIA LIMA, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Revista dos Tribunais.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade* São Paulo: Celso Basto Editor, 1998.

Perda da chance: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada. Disponível em : <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879>. Acesso em: 14 mai. 2012

SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. *A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável*. Revista da EMERJ, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEPEDINO Gustavo - *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.