

12

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: INTERFACES DO INSTITUTO PERANTE OS AVANÇOS DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS¹

Renata Apolinário de Castro Lima²

RESUMO

A Responsabilidade Civil consiste na obrigação de uma reparação de dano, que uma pessoa causa a outra, sendo que a Perda de uma Chance compreende uma modalidade ali inserida. A Perda de uma Chance não se encontra estabelecida em nenhum diploma específico, tendo surgido e se expandido inicialmente na França, sendo que em decorrência de sua repercussão e aplicabilidade, a mesma se desenvolveu em outros países europeus que passaram a adotá-la, inclusive Itália, que inicialmente apresentou resistência à nova concepção de

¹ Artigo escrito sob orientação acadêmica do Professor Mestre pela Universidade Gama Filho Roberto Apolinário de Castro, Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, Professor dos Cursos de Direito da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE (Governador Valadares) e Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC (Campus Teófilo Otoni).

² Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Vale do Rio Doce – FADIVALE. Gerente Jurídica da Procuradoria Geral do Município de Governador Valadares.

um dano emergente, que geraria posteriormente séries de inovações. Tal teoria teve origem com a análise de casos concretos, que levaram o julgador a fixar a indenização independente do resultado final do dano experimentado pela vítima, basicamente verificando a ação ou omissão que um indivíduo causasse a outro que o privasse de uma oportunidade. Assim, a doutrina e jurisprudência brasileiras passaram a aceitar e adotar a Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, de modo a conferir os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa que vê seu direito violado, por meio da perda de uma oportunidade.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Perda de Oportunidade. Direito Civil.

ABSTRACT

The Civil Liability is the obligation to redress the damage that one causes to another, and the Loss of Chance comprises a modality there inserted. The Loss of a Chance is not set in any specific diploma, having emerged and expanded initially in France, and because of its impact and applicability, it has developed in other European countries who began to adopt it, including Italy, which initially showed resistance to a new conception of an emerging damage, which would generate further series of innovations. This theory originated with the analysis of specific cases, which led the judge to fix the compensation regardless of the outcome of the harm experienced by the victim, basically checking the act or omission caused by an individual to another that deprived him of an opportunity. Therefore, the Brazilian doctrine and jurisprudence come to accept and adopt the Theory of Civil Liability for Loss of Chance, to confer rights and guarantees inherent to the person who sees his rights violated through the loss of an opportunity.

Keywords: Civil Liability. Loss of a chance. Loss of an opportunity. Civil Right.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E PERDA DE UMA CHANCE. 2.1 Definição de responsabilidade civil. 2.2 Perda de uma chance. 2.3 Requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante. 2.3.1

Proporcionalidade de ganho. 2.4 A fixação da perda de uma chance em decorrência do fator sorte. 3. DOIS IMPORTANTES JULGADOS PROFERIDOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. 3.1 O caso “Show do Milhão”. 3.2 Julgado que admite perda de uma chance autônoma. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instrumento hábil que pode ser utilizado pelo indivíduo que se vê privado de uma oportunidade, em decorrência da ação ou omissão de outrem.

Conforme leciona Sérgio Savi:

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano. (SAVI, 2012, p. 119)

Trata-se de uma modalidade de responsabilidade civil, inicialmente encontrada no ordenamento francês, que permitiu, independente do resultado final não se basear em uma certeza absoluta, a fixação da indenização civil com base no dano experimentado (consistente em uma perda de oportunidade), fixada na sua proporcionalidade de resultado futuro, podendo-se ainda, falar em retrocesso em caso de não acolhimento da mesma, conforme elucida Gustavo Tepedino:

Negar a indenização pela chance perdida seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista. (TEPEDINO, 2008, p. 194)

O conceito da perda de uma chance passou a se expandir, tendo a aceitabilidade da teoria e sua aplicabilidade começado a ser adotada em diversos outros ordenamentos jurídicos, desenvolvendo-se em países europeus, notadamente, Itália, que a princípio a reprimiu, mas posteriormente e atualmente a aceita, eis que vê assim uma possibili-

dade de cessar em parte o dano causado a quem teve uma oportunidade lesada.

O Brasil também adota atualmente a Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, havendo casos que a seguir serão demonstrados, de modo que os magistrados fixam tal indenização com o fulcro de garantir os direitos e garantias individuais que concernem a cada pessoa, quando essas são lesadas por outrem que as priva de probabilidades de acréscimo patrimonial.

Conforme elucida Rafael Peteffi da Silva (2009, p.189), demonstrando o ensinamento de Carvalho Santos:

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

Desse modo, o objetivo do presente artigo é esclarecer o conceito de perda de uma chance, desde o seu contexto histórico, ressaltando-se os casos pertinentes, adotados pelas doutrinas e jurisprudências pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro, para ao fim se chegar aos critérios utilizados para fixação da indenização em tal modalidade.

Assim, o presente artigo irá apresentar a normatização aplicável sobre a matéria, bem como analisará os aspectos gerais das decisões que forem estudadas, juntamente com o critério de fixação da indenização adotado pelos magistrados que julgam ações de tal caráter.

Aqui será realizada uma pesquisa nas doutrinas que abordam o tema em questão, e demais fontes escritas para maior aprofundamento do conteúdo abordado, sem que se esgote o assunto. Vale ressaltar, ainda, os entendimentos jurisprudenciais que trarão maior compreensão de como a perda de uma chance está sendo abordada nos tribunais brasileiros.

Nesse contexto, a pergunta que permeia essa pesquisa é: Como se definem e quais são os requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante?

A hipótese, aqui estudada, está na questão de que a perda de uma chance se trata de solução para amenizar o dano experimentado pela vítima que se vê privada de uma oportunidade de ganho patrimonial, que pode até mesmo se dar em decorrência do fator sorte.

Dessa forma, o texto será composto de três partes, além desta introdução, sendo que o capítulo dois conterà a questão da pergunta que permeia esta pesquisa, o capítulo três tratará dos casos concretos pertinentes ao ordenamento jurídico brasileiro, com a apresentação dos julgados de tribunais, tratando, ainda, as consequências de tais ocorrências no âmbito da indenização moral e material e o capítulo quatro apresentará a conclusão.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Definição de responsabilidade civil

Inicialmente, antes de adentrar no mérito da Responsabilidade Civil decorrida da perda de uma chance, necessário se faz conceituar o que os autores entendem e tratam por Responsabilidade Civil.

A Responsabilidade Civil vem evoluindo, de tal forma, que sua expansão se dá desde os primórdios da história, eis que sempre existiram conflitos, e para resolucená-los necessário sempre foi localizar o sujeito causador do dano, para ao fim encontrar alguém que pudesse repará-lo, sendo este o instituto da Responsabilidade Civil.

Maria Helena Diniz, citando Wald Arnoldo, ensina que:

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação). (DINIZ, 2007, p.10)

Com relação ao estudo da historicidade, nota-se que a vingança coletiva sempre prevaleceu, de modo que certo grupo de pessoas pertencente à vítima reagia em desfavor do agressor, havendo, ainda, a vingança privada, em que o ofendido passa a fazer justiça com as pró-

prias mãos, podendo citar, como exemplo, a Lei de Talião, que tinha por lema, “Olho por olho, dente por dente”.

Iniciou-se, mais à frente, o período denominado *Lex Aquilia de dammo*, que tinha por finalidade uma reparação pecuniária, que dependia da culpa do agente. Maria Helena Diniz ensina acerca de tal matéria:

A Lex Aquilia de dammo veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa com fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa. O Estado passa então a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. (DINIZ, 2011, p.27)

Ainda para Maria Helena Diniz (2011), a culpa está intimamente ligada à responsabilidade civil, eis que todas as possibilidades de reparação ainda não podem ser percebidas, tendo em vista que o dano pode vir a ocorrer independente da culpa. Segundo ela, “o fundamento da responsabilidade civil diz respeito à razão pelo qual alguém deva ser compelido a reparar um dano”. (DINIZ, 2011, p. 29)

Sobre o processo de humanização, ensina:

Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa, em particular aos trabalhadores e as vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi molumentum, ibi ius* (ou *ibionus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências (DINIZ, 2011, p. 29).

Por fim, quanto à obrigação de reparar o dano, é claro o artigo 927 do Código Civil Brasileiro (2002):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. (Código Civil Brasileiro, 2002)

2.2 Perda de uma chance

Adentrando ao mérito da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pode essa ser considerada uma teoria relativamente nova, eis que se enquadra em nosso ordenamento jurídico recentemente, e surgida na França na década de 1960.

Acerca da evolução e surgimento da Teoria da Perda de uma Chance, veja-se o que descreve Sérgio Savi:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. (SAVI, 2012, p. 3)

No âmbito do Brasil, poucos resultados foram produzidos acerca de sua aplicabilidade na década de 1960 e seguintes, entretanto, recentemente, tal teoria vem despertando enorme interesse dos estudiosos de uma ciência tão moderna quanto esta, que tem por premissa o reconhecimento dos danos ressarcíveis, fundando-se na ideia primordial de uma indenização decorrente de uma perda séria e real, afastando-se, de tal forma, o tão conhecido posicionamento de que é necessária a configuração de um dano relacionado à perda patrimonial diretamente perceptível.

Conforme ensina Rafael Peteffi da Silva:

A produção brasileira sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance vinha se mostrando bastante tímida. Todavia, a doutrina atual parece passar por uma fase de ebulição na seara da teoria da perda de uma chance. (SILVA, 2009, p. 189)

O principal objetivo visado, no que diz respeito à reparação civil, trata-se, mais do que nunca, de uma valorização para reparação do

dano sofrido pela vítima, passando esta a possuir verdadeiras chances de ver seu dano reparável, eis que agora é possível provar no que consiste sua possibilidade de ser indenizada, já que poderá ser usado como fundamento que deixou de perceber uma vantagem ou não teve um prejuízo evitado em decorrência da conduta lesiva de outrem.

Em tal teoria, no caso de ser negada a indenização à vítima requerente, poder-se-ia ainda, considerar um retrocesso no que concerne à evolução da responsabilidade civil, com relação aos princípios elencados na Constituição Federal de 1988.

2.3 Requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante

Para se perquirir a configuração de uma chance, devem ser observados diversos fatores, dentre eles, o fator sorte, que veremos mais adiante.

2.3.1 Proporcionalidade de ganho

Para a configuração da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz, enumera os pressupostos necessários, comumente utilizados em nosso ordenamento: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, e que seja qualificada juridicamente; b) Ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima; c) Nexó de causalidade entre o dano e a ação. (DINIZ, 2011, p. 52-54)

Maria Helena Diniz ensina que:

ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico. (DINIZ, 2007, p. 37)

Ademais, quanto ao pressuposto denominado ação, leciona que o mesmo “consubstancia-se num ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada”. (DINIZ, 2007, p.37)

Quanto ao pressuposto denominado conduta, adentrando ao mérito da ação cometida pelo agente, entende Cavalieri Filho:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.25)

Quanto ao dever de reparar o dano, o mesmo se baseia na reprovabilidade da conduta cometida pelo agente, estando bem disposto no artigo 186, do Código Civil de 2002, senão vejamos:

o ato ilícito ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (dolo) ou negligência ou imprudência (culpa), viole direito ou cause dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos. (Código Civil de 2002)

Tratando-se assim do dever de indenizar, o entendimento de Maria Helena Diniz é no sentido de que “o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco”. (DINIZ, 2011, p. 53)

Quanto ao nexo de causalidade, conceitua Sílvio Venosa, que este “é o liame que une a conduta do agente ao dano” (2006, p.45). E na mesma linha de raciocínio, Cavalieri Filho afirma que “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (2012, p.49)

Com relação a tais pressupostos, vejamos por fim, como Maria Helena Diniz materializa as hipóteses em quê mesmo existindo o nexo de causalidade, não poderá incidir a responsabilidade civil:

Realmente não haverá a relação de causalidade se o evento se deu, p.ex., por culpa exclusiva da vítima (RF, 282:232); por culpa concorrente da vítima (CC, art. 945; RT, 477:111; 481:211; 480:88, AJ, 107:604), caso em que a indenização é devida pela metade (RT, 226:181) ou diminuída proporcionalmente (RT, 231:513); por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou caso fortuito (CC, art. 393), cessando, então, a responsabilidade ante a sua inevitabilidade (RT, 479:73, 469:84, 477:104, RF, 275:165). O mesmo se diga se houver cláusula de não indenizar, que em alguns casos é nula (art. 734, 2º parte). (DINIZ, 2011, p. 54)

Acerca dos critérios utilizados para a configuração de uma perda de chance juridicamente relevante, temos que a Responsabilidade Civil decorrente de tal modalidade ou teoria se caracteriza por sua diferença peculiar das demais formas de indenização comumente existentes, eis que para sua configuração, basta a identificação, sendo que a indenização ocorre diferentemente dos casos de perdas e ganhos.

Insta verificar que a perda de uma chance é focada em um dano injusto. Cumpre-se observar o ensinamento de Pietro Perlingieri, citado por Sérgio Savi em sua obra *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance* no tocante à tal questão:

A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações objetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos de Direito Civil à luz da Constituição. (SAVI, 2012, p. 119)

No que concerne à citada indenização pretendida, inicialmente a mesma decorre da perda de uma oportunidade pela vítima, que se vê prejudicada direta e indiretamente, pelo autor que lhe diminui a possibilidade de acréscimo ao seu patrimônio, sendo que assim, esse é responsabilizado por ter lhe causado um prejuízo direito e imediato, eis que a privou de uma oportunidade de ganho, ou seja, um resultado útil, ou mesmo não evitou que lhe fosse causado um prejuízo, tendo assim, o resultado final sido impedido pela ação ou omissão do agente causador do dano, que efetivamente é material, podendo, também ser moral.

De tal modo, por meio da Teoria da Perda de uma Chance as situações poderão ser observadas por meio do gênero das situações objetivas, que darão ensejo à indenização pretendida.

Tais situações, por meio da aceitabilidade da perda de uma chance, poderão ser visualizadas e julgadas de modo conjunto, eis que agora, observar-se-á o fator que deu causa à perda ou prejuízo sofrido pelo lesado.

Assim, o que se pretende indenizar não é a perda da vantagem que se esperou, mas a perda da chance de se obter uma vantagem patrimonial ou de se evitar um prejuízo posterior.

Por fim, no âmbito brasileiro, devem ser observados os motivos para admissão da indenização das chances perdidas.

Com fulcro em tal assunto, voltemos à didática expressa por Sérgio Savi, que é conhecedor do tema em análise e motivador em tais questões:

O Código Civil Brasileiro, elaborado sob a forte influência do Código Civil Francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque, o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil. (SAVI, 2012, p. 104)

Com relação à citação do Código Civil que permeia nosso ordenamento jurídico, vejamos o que estabelece seu artigo 927:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Código Civil Brasileiro, 2002)

Dessa forma, infere-se que embora o critério para aceitabilidade e fixação da perda de uma chance seja baseado nos Códigos Civil francês e italiano, o Código brasileiro também utiliza um conceito de dano, sem expressar quais as modalidades ali elencadas.

Prevalendo-se para as fixações de indenização o ordenamento inserido no Código Civil brasileiro, tem-se que não há nele impedimento para se postular e conseguinte aferir indenização em decorrência de perdas, senão vejamos:

Não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexa causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance. (SAVI, 2012, p. 106)

De tal modo, conclui-se que não pode haver qualquer motivo que obste o recebimento de indenização em decorrência de perdas, se houver assim, motivos que a ensejaram, devendo de tal modo, ser observada a atitude do ofensor, a perda em questão e o nexa de causalidade entre ambas.

2.4 A fixação da perda de uma chance em decorrência do fator sorte

Anteriormente mencionado, mas sem ainda adentrar no mérito acerca de tal questão, o fator sorte é algo que pode ser observado e que serve para postulação e percebimento de indenização.

A sorte na questão da responsabilidade civil por perdas pode ser perquirida mediante jogos de loterias, rifas, programas de televisão ou rádio que envolvam perguntas e respostas, bem como a capacidade e o conhecimento do participante para se chegar ao resultado final.

Acontece que, não raramente, o indivíduo durante a participação em tais eventos, muitas vezes, sem perceber, se vê privado de um resultado futuro, eis que de má-fé o bilhete de loteria deixa de ser registrado, a rifa sequer tem os prêmios que se diz sortear e o pior, jamais será sorteada, os organizadores dos programas de televisão e rádio elaboram perguntas mal formuladas, com mais de uma opção e até irrespondíveis.

Assim, diante de tais situações, há possibilidade de se chegar ao percebimento da indenização, eis que para o critério de fixação da mesma basta a perda cumulada com a conduta do ofensor, que se trata de quem proferiu o dano experimentado ao lesado, tudo isso, observado conjuntamente ao nexo causal.

Sendo assim, em decorrência de tais acontecimentos é que se chegou a um julgado nesse sentido, conhecidíssimo, que será tratado a seguir: O caso Show do Milhão.

3. DOIS IMPORTANTES JULGADOS PROFERIDOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Antes de apresentar entendimentos jurisprudenciais brasileiros quanto à aceitabilidade da indenização fixada pela perda de uma chance, insta iniciar o assunto e explicá-lo, descrevendo o que dizem os doutrinadores acerca de tal aplicabilidade pela doutrina e pela jurisprudência.

Quanto à manifestação pela doutrina, anteriormente havia muita resistência da aceitação da perda de uma chance pela mesma, eis que se analisavam os casos de recurso.

De acordo com a citação de Carvalho Santos (1956), na doutrina de Rafael Peteffi da Silva, “parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada”. (SILVA, 2009, p.189)

Assim, diante de tal posicionamento, para se iniciar a aceitabilidade da teoria das perdas, necessário era observar a possibilidade real e séria da chance, conforme destaca Rafael Peteffi da Silva, elucidando Miguel Kfoury Neto:

A chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria. (SILVA, 2009, p.191)

De tal modo, ao se admitir que o credor possa obter o que de fato perdeu, e o que minimamente não lucrou, elenca-se um importante princípio da responsabilidade civil, que é denominado reparação integral dos danos.

Traçando os objetivos pertinentes a tal princípio, ensina Sérgio Savi:

Este princípio é, portanto, verdadeiro princípio de justiça que deverá sempre nortear a atividade do intérprete quando da necessidade de se aferir o que deve ser objeto de reparação na responsabilidade civil. Apesar de reconhecido por grande parte da doutrina, há notícia de decisões judiciais que simplesmente ignoram a existência deste princípio. (SAVI, 2012, p. 108)

Lamenta-se, portanto, que alguns tribunais não reconheçam o mencionado princípio da reparação integral dos danos, que serve para embasar e fundamentar as perdas de chances.

Rafael Peteffi da Silva cita duas problemáticas, quais sejam, a da teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance e a modalidade em que para se aplicar a perda de uma chance necessário é recorrer a causalidade parcial. Vejamos:

A indenização das chances subtraídas pela conduta do réu é o único caminho para que a vítima seja reparada de alguma forma. Como a doutrina tradicional não aceita a causalidade parcial, utilizando-se do conceito de ‘tudo ou nada’, as chances perdidas de-

vem ser isoladas como um prejuízo independente. (SILVA, 2009, p. 104-105)

Assim, tratar-se-á da modalidade tradicional, em que se admite a perda de uma chance decorrida de um prejuízo independente, eis que é a corrente majoritária de entendimento dos mais nomeados doutrinadores.

Sérgio Savi, concordando com tal modalidade de aplicabilidade da perda de uma chance, elucida:

percebe-se que, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas – se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante –, desde os clássicos até os autores contemporâneos, a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização. (SAVI, 2012, p. 46)

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, verifica-se que o mesmo vem se tornando cada vez mais presente em nosso ordenamento jurídico.

Apesar das instâncias primeiras ainda encontrarem dificuldades para fixar uma indenização baseada em perda de uma chance, muitos tribunais em segunda instância já tem decidido favoravelmente quanto a tal pleito.

Alguns julgadores entendem que a perda da chance deve ser considerada uma modalidade de dano moral, ou em outras palavras, que seria capaz apenas de gerar um dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há farta jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os tribunais, na maiorias vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucros cessantes. Raramente encontramos julgados entendendo que a perda de uma chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente. (SAVI, 2012, p. 47)

De tal modo, citaremos, a seguir, uma decisão, renomada em nosso ordenamento, que tratou do acolhimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou corretamente o caso conhecido por “Show do Milhão”.

3.1 O caso “SHOW DO MILHÃO”

A decisão ocorrida com relação ao caso “Show do Milhão”, protagonizado no programa do apresentador Sílvio Santos, pode ser considerada um excelente julgado de amparo em matéria de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

O julgamento ocorrera no dia 8 de novembro de 2005. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o tema, deixando claros os objetivos que permeiam a responsabilidade civil por perda de uma chance. A seguir, a ementa do acórdão em questão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, Recurso Especial n.788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13.3.2006)

Conforme se verifica do relatório da presente decisão, com relação aos fatos, a autora teria participado do programa de televisão “Show do Milhão”, apresentado por Sílvio Santos e vinculado à emissora SBT.

O denominado “Show do Milhão” tratava-se de um programa de perguntas e respostas acerca de conhecimentos gerais, no qual o participante se chegasse ao resultado final, com resposta correta a uma série de perguntas, perceberia o prêmio máximo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro.

De acordo com o regulamento do programa, quanto mais perguntas respondidas, maior é o montante recebido pelo participante, sendo que, se o mesmo acertar a penúltima pergunta acumulará R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

A demandante havia participado do referido programa e logrado êxito em responder até a penúltima pergunta, tendo chegado à “pergunta do milhão”, acumulando de tal forma os R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Quando a autora tomou conhecimento da “pergunta do milhão” resolveu parar com o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), e optou por não respondê-la, eis que entendeu que a mesma fora mal formulada, não havendo nas opções resposta correta.

Diante de tal posicionamento, entendendo que a produção do programa agiu mediante má-fé ingressou em juízo postulando o ressarcimento por danos materiais e morais, sendo o dano material equivalente ao valor do prêmio máximo não percebido devido ao incidente ocorrido, e o dano moral correspondente à justificativa de ter seu sonho frustrado.

A “pergunta do milhão” foi a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do Território Brasileiro?”. Como possíveis respostas, o programa apresentou quatro alternativas: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%.

No julgamento em primeiro grau, a demandante teve seu pleito material acolhido, já que a empresa apelante justificou ter a pergunta uma resposta, a qual estaria estabelecida no artigo 231 da Constituição Federal de 1998, porém tal justificativa não foi acolhida, pois a redação do mencionado artigo não se enquadrava em nenhuma das hipóteses inseridas como resposta.

Dessa forma a autora se utilizou do argumento de má-fé na elaboração da pergunta deliberadamente sem resposta, tendo tal empresa sido condenada a pagar à autora R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), com acréscimo de juros legais, a partir do ato lesivo.

Houve apelação pela BF Utilidades Domésticas Ltda. que teve o provimento negado, em decorrência da evidenciada má-fé da apelante, tendo sido constatada a impropriedade da pergunta, eis que apontou a Constituição Federal como fonte, embora tenha sido a resposta retirada da Enciclopédia Barsa.

Para apreciação da decisão foi adotado o ordenamento do Código Civil de 1916, vigente à época do ajuizamento da demanda, que se

deu em 15 de junho de 2000, tendo sido analisado o artigo 1.059 do mesmo, que dispunha:

Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (Código Civil de 1916)

Quanto à decisão em segunda instância, entendeu o Superior Tribunal de Justiça reformar, em parte, a decisão proferida em primeiro grau no que concerne ao valor anteriormente fixado, porém manteve a decisão em caráter condenatório, de acordo com o seguinte entendimento:

Firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta 'irrespondível', não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente havia deixado de lucrar. (STJ, Recurso Especial n.788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13.3.2006)

Por fim, condenou a BF Utilidades Domésticas Ltda. ao pagamento de indenização à autora no percentual de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), eis que entendeu o posicionamento da apelante, no sentido de que se fosse ser mantida a indenização, a mesma deveria ser equivalente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor total pleiteado pela autora, eis que assim refletiria as reais possibilidades de êxito desta.

Assim, foi conhecido o recurso especial e lhe dado parcial provimento para reduzir a indenização anteriormente fixada para o montante de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Necessário demonstrar o entendimento de Miguel Maria Serpa Lopes, citado no referido acórdão:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia

uma *probabilidade suficiente*, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria *chance*, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi *achance*, cuja natureza é sempre problemática na sua realização. (LOPES, 2000, p. 391)

Importante ainda explicar que no concernente a tal acórdão, foi afastada a invocação da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, eis que a fundamentação é una e somente deve ser utilizada para se configurar decisão recorrida com mais de um fundamento suficiente, sendo inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

3.2 Julgado que admite perda de uma chance autônoma

Anteriormente, mencionou-se a problemática da diferenciação de perda de uma chance de lucros cessantes e dano emergente. É o que ensina a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NEGLIGÊNCIA. PERDA DE CHANCE. Teoria da Perda de chance é utilizada para calcular indenização quando há um dano atual, porém incerto, dito 'dano hipotético'. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante). Ausência de produção de provas testemunhal na ação trabalhista patrocinada e a conseqüente insuficiência de demonstração da justa causa, sendo que o advogado tinha perfeitas condições de fazê-lo. Ocorrendo a perda da chance, nisso já se reside o prejuízo. QUANTUM CONDENATÓRIO. Critérios para mensuração. Inexistência de parâmetros legais, sendo deixada ao prudente arbítrio do julgador. Deve atentar este para a função reparadora da indenização, que, antes de tudo, demanda a aplicação do princípio da equidade, a fim de que a parte sofredora do abalo moral não venha a locupletar-se com enriquecimento indevido. Julgada parcialmente procedente a demanda. Invertido o ônus da sucumbência (TJRS, 2009, AC n. 70025788159, DJ 23.7.2009).

Em tal julgado, edificou-se a aplicação da teoria da perda de uma chance, que não se enquadrava como dano emergente, lucro cessante ou dano moral, tendo o dano sido reconhecido decorrente da perda de chance como categoria autônoma.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo abordou-se em breves comentários a historicidade e conceito da Responsabilidade Civil e Perda de uma Chance.

Também se procurou demonstrar como vem ocorrendo os julgamentos e aceitabilidade da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, bem como os critérios utilizados para a fixação da indenização por perda juridicamente relevante.

A partir dos instrumentos jurídicos (Código Civil, Constituição Federal, Doutrinas e Jurisprudências) foi possível averiguar os critérios utilizados pelos Tribunais para fixação de indenização baseados em perda de uma chance, admitindo-se, ainda, o fator sorte.

Neste estudo percebeu-se a relevância das leis pátrias existentes que buscam estabelecer quais os critérios devem ser utilizados para se pleitear uma perda de chance juridicamente possível e para concessão da mesma.

A pesquisa bibliográfica fez compreender que há leis bem elaboradas e entendimentos diversos, que servem de busca e aprimoramento ao tema, os quais devem ser observados e entendidos antes de se aceitar a teoria da Perda de uma Chance.

Mostrou-se ainda um dos julgados mais relevantes ao nosso ordenamento brasileiro, que demonstra de forma correta como deve ser aplicada a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance e como deve ser fixado o critério para se delimitar o *quantum* indenizatório.

Por fim, demonstrou-se um julgado que esclarece a diferença tão peculiar e ao mesmo tempo, tão discutida pelos mais renomados juristas e doutrinadores quanto à problemática utilizada para diferenciação de perda de uma chance, lucros cessantes e dano emergente, para se chegar a admissão de uma chance perdida, em categoria autônoma.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar o tema, foi possível vislumbrar a relevância do instituto e sua perfeita aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, a salvaguardar, por meio de indenização, os direitos daqueles que se veem tolhidos de uma oportunidade pela ação ou omissão de outrem.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Apelação Cível nº 70025788159*. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Érgio Roque Menine. Julgamento: 23 de Jul de 2009. Disponível em: <<http://www.strs.jus.br>>, acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>, acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Lei n.º 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>, acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Lei n.º 3.071*, de 1º Janeiro de 1916. Institui o Código Civil Brasileiro, revogado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Recurso Especial nº 788.459*. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 8 nov. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acesso em 11 ago. de 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. VII, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, v. II, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil Por Perda de uma Chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffida. *Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. IV, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

