

RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESARIAL: A perda da chance como espécie de dano reparável

Flávio Filgueiras Nunes*

RESUMO

Durante longo tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda da oportunidade de obter um resultado favorável ou de se evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido. O presente trabalho objetiva difundir a teoria em comento, apresentando as situações de aplicação, bem com os requisitos que devem observados para a sua aplicação.

PALAVRA CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL – PERDA DA CHANCE.

* Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – MG. Professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora – MG. Professor do Curso de Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Santos Dumont. e - mail: ff_nunes@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A sugestão do estudo e pesquisa do tema abordado, a perda da chance como espécie de dano reparável, se deu em razão do exercício das atividades como advogado e consultor de empresas da região da zona da mata mineira.

O autor começou a realizar estudos sobre a relação das empresas com clientes, empregados e fornecedores com intuito de elaborar um relatório que apontasse o risco jurídico destas empresas na condução de destacada relação e os principais motivos ensejadores de demandas judiciais.

Durante a pesquisa, foram realizados vários encontros com clientes, fornecedores e trabalhadores das empresas estudadas. Foi realizada ainda pesquisa nos processos judiciais que destacadas empresas tivessem figurado no pólo passivo em razão do insucesso na relação contratual.

Ao final dos estudos chegou-se a conclusão que os problemas jurídicos enfrentados pelas empresas têm causa na ausência de preparo e informações sobre os reais efeitos que seus atos podem gerar no mundo jurídico, desencadeando, conseqüentemente, pleitos de reparação pelos danos causados.

Diante do quadro apresentado, o autor passou a realizar estudos sobre a responsabilidade civil das empresas na condução das relações empresariais. Com o avançar dos estudos, o pesquisador deparou-se com uma temática novíça e pouco debatida nos tribunais e principalmente dentro das empresas, *o dano causado pelas empresas resultantes da inobservância da chance de alcançar determinado resultado positivo ou de evitar um prejuízo*.

As pesquisas realizadas pelo autor sobre a temática demonstraram que o assunto é pouco debatido no meio científico, havendo poucos autores que se propõem a fazer uma análise sócio-jurídica da problemática, sendo carecedor de livros específicos sobre a aplicação nas relações travadas pelas empresa, sendo as principais fontes, ainda, as doutrinas de outros ramos do direito.

Espera-se que o presente trabalho sirva de estímulo para que outros se interessassem, vindo a escrever e debater sobre a temática. Espera-se que o presente trabalho seja fonte de orientação as empresas na condução de suas relações contratuais.

2 DESENVOLVIMENTO MODERNO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916 condensou em seu diploma uma série de evoluções, que para a época era exemplo de evolução jurídica face ao perfeito atendimento às necessidades sociais.

A sociedade da época experimentava um processo evolutivo acelerado, as concepções do século XIX ficavam para trás dando lugar ao progresso científico que culminaria no surgimento de novas modalidades de relações sociais.

Diante da evolução apresentada no transcorrer dos séculos XIX e XX, o Código de Bevilacqua acabou tornando-se obsoleto, restando muitas das soluções apresentadas pelo diploma superadas. Dentre os progressos ocorridos nos séculos anteriores, sem dúvida que a responsabilidade civil ocupa espaço destacado dentro do direito civil.

Para melhor compreender as transformações propiciadas pelo instituto da responsabilidade civil, importante torna-se o estudo de suas manifestações e os caminhos que apontam destacada evolução.

A revolução industrial foi o marco temporal evolutivo, vez que o novo processo produtivo gerasse o aumento substancial de exposição dos sujeitos envolvidos na operação da produção. Em razão do processo de evolução, a população que outrora se concentrava no campo, passou a desenvolver suas relações nos grandes centros, dando início ao processo de urbanização.

A urbanização surge como consequência do aumento populacional nos grandes centros, da migração do campo para as cidades na busca por melhores condições de vida que o desenvolvimento capitalista podia propiciar. Ocorre então o processo de massificação da sociedade como resultado da urbanização e da centralização do capital.

Expressando a importância da ocorrência da massificação para evolução do instituto da responsabilidade civil, o jurista Fernando Noronha em sua obra Introdução à responsabilidade civil (NORONHA, Fernando. 2007. p. 539) traz a seguinte ponderação, vejamos:

Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, tal palavra é

massificação: massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias: nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações com os jornais, a rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, por atos de membro não identificado e com a obrigação de reparar os danos transindividuais, [...]; no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses transindividuais e ainda dos chamados interesses individuais homogêneos [...]; nas relações contratuais, com os contratos padronizados e de adesão, impostos pelos empresários aos consumidores e até pelas grandes empresas às menores; mesmo no âmbito das relações de consumo já são possíveis convenções coletivas, vistas no Código de Defesa do Consumidor (art. 107)!

Verifica-se que a revolução industrial propiciou o desenvolvimento da responsabilidade civil manifestado através dos fenômenos: da expansão dos danos suscetíveis de reparação; da objetivação da responsabilidade; e da coletivização da responsabilidade.

Sobre os fenômenos comenta Noronha (2007 p.540):

O fenômeno da *ampliação dos danos suscetíveis de reparação* traduz-se essencialmente (ainda que não unicamente [...]) na extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais e na tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível. O fenômeno da *objetivação*, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.

Em razão dos fenômenos apresentados a responsabilidade civil continua em constante evolução em razão do clamor social por reparação a toda a espécie de dano suportado pela sociedade de forma coletiva ou individual.

Com base na evolução do instituto da responsabilidade civil passaremos ao estudo da mitigação de um dos seus pressupostos, o dano e a aplicação da teoria da perda da chance de obter um resultado favorável que é o alvo do presente trabalho.

3 NOVAS CONCEPÇÕES DE DANO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Consoante exposto anteriormente, o instituto da responsabilidade civil, acompanhando o desenvolvimento social proporcionado principalmente pela revolução industrial, sofreu variadas modificações.

Fundado na dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil deixou de considerar como seu principal viés a condenação de um agente culpado, para passar a focar a reparação da vítima prejudicada em consonância com a aspiração social de reparação mais abrangente possível.

Consoante exposição apresentada no tópico anterior, o alargamento dos danos aptos de reparação está estreitamente ligado com os fenômenos de desenvolvimento hodierno da responsabilidade civil: a objetivação e coletivização.

De acordo com elementos característicos da evolução da responsabilidade civil moderna (objetivação e coletivização), a prova da culpa é desprezível, caindo para a coletividade o ônus de arcar com de arcar com certas espécies de danos, apresentando um novo paradigma de dano indenizável, deixando de lado a antiga visão de reparação exclusivamente de danos patrimoniais, certos e tangíveis.

Desta forma, de acordo com o novo modelo solidário motivador de mudanças no mundo jurídico, deixou-se de lado a preocupação com a imputação da culpa para o encontro do objetivo de reparação do dano sofrido. Assim, danos que anteriormente não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou puramente emocionais passaram a ser reparados.

Certamente, a ampliação do número de danos reparáveis está relacionado diretamente às mudanças tecnológicas e epistemológicas e aos empenhos dos cientistas no sentido de criarem meios a facilitarem a vida em sociedade. No entanto, o instituto da responsabilidade civil, necessitava de novos esforços para identificar e quantificar os possíveis malefícios causados pelas novas descobertas científicas e seus potenciais efeitos danosos para a sociedade ainda não sabidos. Com o progresso tecnológico o Direito

passou a considerar a probabilidade como ferramenta aplicável a reparação de danos advindos de conflitos sociais. A incerteza passou a integrar as formas de soluções jurídicas.

Os juristas perceberam que a interpelação eventual de um processo no qual se encontra um ente poderia ser suficiente para caracterização de um dano reparável – a chance perdida – mas de quantificação incerta.

Os estudos estatísticos colaboraram em muito para a percepção dos juristas que a probabilidade poderia ser uma aliada na compreensão e aplicação da nova espécie de ocorrência dano, visto que a simples interrupção da busca de um resultado já geraria, muitas vezes, uma lesão que de acordo com os anseios sociais, deveria ser indenizável. Desta forma, passou-se a analisar com mais presteza a quantificação e a probabilidade de ocorrência de lesão, corroborando para o reconhecimento da chance não aproveitada como uma espécie de dano reparável.

4 CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DA CHANCE

A palavra *chance* nos remete a reflexão de algo que pode acontecer. Em um primeiro momento passa a noção de evento futuro, incerto que depende algo para se concretizar. Já a expressão *perda* envia a ideia algo que deixou de fazer parte de uma matéria. Aquilo que não faz mais parte de conjunto.

A junção das palavras perda e chance passa a compreensão do tolhimento de algo que iria acontecer, de um evento futuro. E justamente nessa incerteza repousa a barreira ainda encontrada pelos juristas para reparação de destacada espécie de dano.

Para o estudo da responsabilidade civil, perda da chance ocorre quando um acontecimento é interrompido por um determinado fato antijurídico, restando frustrada a oportunidade almejada.

A oportunidade perdida pode advir de dois infortúnios distintos: tolhimento de se alcançar uma vantagem que não poderá ser conquistada em outro momento, ou na frustração de se evitar um prejuízo que mais tarde se verificou.

Na primeira perda da chance houve interrupção de um processo vantajoso que estava por acontecer, ocasionando a frustração da chance de obter uma vantagem futura. Já na segunda possibilidade apresentada houve perda da oportunidade de se evitar

um processo danoso, gerando a *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido*.

As duas situações destacadas de perda da oportunidade têm como marco inicial um momento pretérito em que existia uma chance real que agora se encontra tolhida, mas que servem como referência para a realização de estudos probabilísticos sobre o que ocorreria se não acontecesse o fato antijurídico comentado. Percebe-se que em ambos os casos a verificação do valor do dano depende de elementos que se projetam para um momento futuro, dependendo do apontamento da probabilidade de havia de obtê-la no futuro, como também a verificação do grau de possibilidade que havia de se evitar um prejuízo.

Percebe-se que a perda da chance, em si, caracteriza um dano, que deverá ser reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Quando da verificação da ocorrência da perda da chance, desloca-se de uma circunstância real, em que havia a probabilidade de fazer algo para obter um proveito, ou para evitar uma lesão. Parte-se de uma ocasião em que havia uma oportunidade real, que foi frustrada.

A oportunidade vantajosa que a vítima podia ansiar, se tivesse aproveitado a oportunidade, será sempre de natureza casual. Entretanto, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria *chance perdida*, ou seja, pela oportunidade, que se desperdiçou, de obter no futuro o proveito, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer.

A distinção em relação aos demais danos está em que esse prejuízo será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia de se alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. A análise probabilística é que determinará o *quantum* indenizatório.

Necessária é a compreensão de que abordar os danos resultantes da perda de oportunidade, não equivale a promover a análise da distinção entre danos certos e eventuais, tampouco entre danos presentes e futuros. Por oportuno, os danos eventuais, enquanto danos contrapostos aos certos, nunca poderão ser objeto de uma obrigação de reparação.

A perda de chance pode dizer respeito tanto a danos presentes como a futuros. Os danos ligados a chances não tolhidas devem ser danos que não sejam consequência adequada de um só determinado fato antijurídico, como também sejam objeto de prova suficiente para demonstrar a sua ocorrência, se danos presentes, ou a

verossimilhança de que virão a ocorrer, se danos futuros. Ademais, em relação aos danos futuros, também na responsabilidade por perda de chances a respectiva prova será normalmente mais difícil do que no caso de danos presentes.

Importante destacar que mesmo não sendo a perda da chance a a equivalência de responsabilidade por danos eventuais, tampouco por danos futuros, é oportuno por razões acadêmicas analisar ambas.

A análise da diferenciação entre danos certos e eventuais é oportuna para evitar o risco de confusão de chances perdidas com danos eventuais. O dano da perda de oportunidade, para ser indenizável, terá de ser certo, ainda que oriundo apenas da possibilidade de ocorrência, por ocasião da chance que ficou perdida, de obter o resultado favorável, ou de evitar o infortúnio; sendo relevante saber se a oportunidade não tivesse sido perdida traria o benefício esperado, ou inversamente, do grau de possibilidade de o prejuízo ser evitado, apenas para aferição do valor da reparação do dano de acordo com a ciência da probabilidade,

Já a diferenciação entre danos presentes e futuros é válida, para reafirmação que mesmo que uma chance diga sempre respeito a algo imaginado para o futuro, a uma oportunidade que poderia ser aproveitada para alcançar qualquer coisa, a responsabilidade pela perda de chance vai traduzir-se umas vezes em danos relativos a eventos que não aconteceram e que só poderiam vir a verificar-se no futuro (danos futuros), e outras vezes em danos que já aconteceram, mas que poderiam ter sido evitados (danos presentes).

Assim, observa-se que o dano pela chance tolhida é dano certo que pode dizer respeito à perda de uma oportunidade que poderia acontecer no futuro ou à frustração da possibilidade de ter evitado um infortúnio efetivamente verificado; esse dano da perda de chance diferencia-se do dano final na medida que é dano provável, mas incerto.

CONCLUSÃO

O direito brasileiro, diante dos apelos sociais de reparação integral das diversas formas de prejuízo, avanços tecnológicos e científicos, passou a vislumbrar mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos. Diante do quadro social apresentado e inspirado pelos estudos jurídicos do direito comparado, juristas brasileiros passaram a reconhecer a

possibilidade de mitigação do elemento dano e conseqüentemente a possibilidade de reparação dos danos decorrentes da perda da oportunidade de se obter um resultado favorável ou evitar um prejuízo.

Inicialmente inúmeras críticas e restrições foram impostas à responsabilidade civil por perda de chance. Os opositores defendiam que se tratava de possibilidade de indenização de dano hipotético, eventual, o que foi rebatido na exposição apresentada no presente trabalho. Frise-se que não se trata de reparação da vantagem almejada que não foi alcançada, visto que o futuro é incerto, não havendo formas de se apontar de forma idônea qual seria o resultado final. Desta forma, mesmo que fosse sacado o ato ilícito da cadeia dos fatos que antecederam o resultado final, não poderia este ser demonstrado.

Na aplicação da teoria da perda de uma chance, o que se almeja não é a recompensa pela vantagem não obtida, mas sim recompensa pela perda da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo. Ademais, a oportunidade perdida ou o prejuízo não evitado somente poderá ser recompensado se a chance for séria e real.

Ponto que causa dificuldade entre os juristas para aplicação da teoria da perda de uma chance é o arbitramento do quanto da indenização. Diante da ausência de previsão legal e por se tratar de uma teoria que se aplica de forma interdisciplinar com as ciências exatas, deverá o jurista utilizar-se dos ensinamentos da probabilidade para aferição da dimensão da chance perdida e possibilidade de evitar um prejuízo e desta forma arbitrar o montante a ser indenizado.

Não obstante, para existir o dever de ressarcir deverão estar presentes os seguintes requisitos: uma ação ou omissão; a existência da perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo; um nexó de causalidade entre os requisitos anteriores e por fim uma vantagem ou prejuízo real e possível.

CORPORATE CIVIL RESPONSABILITIES: OPPORTUNITY LOSS AS A REPAIRABLE DAMAGE

ABSTRACT

For a long time, Law practice has ignored the possibility of holding responsible the damage maker from the opportunity failure of obtaining a desirable result or to avoid loss, arguing that

something that has not happened, cannot be an object of certainty, to provide repairing. Likely the doctrine attitude, courts are used to demand, by the victim who alleged opportunity failure, doubtless proof that if the referred fact didn't occur, one would achieve the desired result. The current assignment has the objective of publishing the commented theory, presenting applicable situations, and also the requirements that should be observed.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 2 v.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. rev. Aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. rev., ampl. e atual, v. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COUTO DE CASTRO, Guilherme. **A responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, in FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil. v. XIII: Da responsabilidade civil das preferências e privilégios creditórios**, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. Ver. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação, in **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Comentários ao novo código civil**. v. V, t. II, Do Inadimplemento das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador – Responsabilidades**: danos material, moral, estético e pela perda de uma chance. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. **Direito, Estado e sociedade**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. p. 95-113, ago./dez. 99.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.