

Reflexões sobre a teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida na França (*la perte d'une chance*) e tem aplicação quando um evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda¹.

O precedente mais antigo no Direito francês foi um caso apreciado em 17/7/89 pela Corte de Cassação, que reconheceu o direito de uma parte a ser indenizada pela conduta negligente de um auxiliar de justiça que tirou da parte a possibilidade de ganhar o processo².

Saliente-se que houve uma dedicação maior do tema por parte da doutrina e da jurisprudência francesa que, 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, um dano decorrente da perda da chance³.

Assim, passou a ser desenvolvida uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem que não pôde ser realizada, fazendo-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance⁴.

Na Itália, a inicial resistência ao acolhimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance sucumbiu às consistentes manifestações favoráveis de importantes juristas, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola⁵.

Segundo os autores italianos, existem características comuns entre a chance e o lucro cessante no que tange a prova do dano, pois em ambos os casos a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova da verossimilhança⁶.

¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2006, p.28

² SILVA, 2006, Op. Cit., p.10.

³ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. A responsabilidade civil pela perda da chance. Natureza jurídica e quantificação do dano. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 58-59

⁴ SAVI, 2012, Op. Cit., p. 9.

⁵ Ibid, p. 24

⁶ Ibid, p. 13-14.

No entanto, no lucro cessante, o autor não deve provar o lucro em si, mas os requisitos necessários à verificação desse lucro⁷, enquanto na perda de uma chance o acontecimento do resultado útil é impossível por definição. Assim, a perda de uma chance não poderia ser indenizável como lucro cessante, mas como dano emergente, pois a “*chance*” já fazia parte dos bens da vítima⁸. Como uma espécie de dano emergente restaria superado o problema da certeza do dano para concessão da indenização⁹.

No Brasil, nessa mesma linha, Sérgio Savi defende que, quando a perda da chance causar danos materiais, os mesmos devem ser considerados danos emergentes e, como tais, encontram previsão legal na primeira parte do art. 402 do CC. Para o autor, ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, “*elimina-se o problema da certeza do dano*”¹⁰.

Com efeito, se o dano material causado pela perda da chance enquadra-se no conceito de dano emergente, não haveria como se admitir o posicionamento contrário à integral reparação do dano sofrido pelas vítimas nesses casos, desde que as chances sejam sérias e reais¹¹.

De todo modo, a natureza jurídica do dano pela perda da chance é um tema que não possui unanimidade. Na doutrina a quem entenda, em razão das peculiaridades desse dano, impossível adequá-lo às noções estabelecidas do dano emergente ou lucro cessante, por isso propõem a criação de uma terceira modalidade dano, constituída exatamente pela perda das chances¹².

Sílvio de Salvo Venosa, afirma ser a perda da chance um terceiro gênero de indenização, que estaria “*a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante*” e que havendo certo grau de probabilidade, a mesma passa a entrar na esfera do dano ressarcível¹³.

Nessa linha, Caitlin Sampaio Mulholland, ao tratar da situação em que um advogado contratado para ajuizar uma determinada ação, deixa de intentá-la no prazo tempestivo, levando à impossibilidade de conhecimento do pedido, afirma que existirá a hipótese de perda

⁷ AMARAL, 2015. Op. Cit., p. 102-103.

⁸ SAVI, 2012, Op. Cit., p.16-17.

⁹ Ibid, p. 122.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid, p.123.

¹² AMARAL, 2015, Op. Cit., p.114

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198-200.

da chance do seu cliente ter a demanda devidamente ajuizada e discutida. Nesse caso, a indenização arbitrada não se confunde com o valor do dano emergente e do lucro cessante sofrido, na medida que não se sabe se de fato a demanda seria vencedora¹⁴.

Isto porque, com a perda da chance não ocorre uma diminuição do patrimônio do lesado (dano emergente), nem se representa a hipótese de uma perda de vantagem futura e certa (lucro cessante), mas a perda da possibilidade de alcançar uma vantagem futura ou evitar uma perda¹⁵. Nessa linha, faltariam requisitos para que o dano pelas chances perdidas possa ser considerado um dano emergente ou lucro cessante, até porque a forma de apreciação do *quantum debeatur* seria diversa da metodologia utilizada para apuração do montante indenizatório do dano pela perda da chance.

A indenização pela perda de uma chance ou de uma oportunidade pode ser entendida, assim, como um *tertium genus* na teoria da responsabilidade civil¹⁶, já que constitui o ressarcimento pela privação das chances de se obter um lucro ou de se evitar um determinado prejuízo¹⁷.

Esse posicionamento conjuga as duas teses (lucro cessantes e dano emergente), observando na perda da chance características únicas e inerentes a modalidades diversas de danos¹⁸. Reconhece a chance com uma parte atual do patrimônio, mas também lhe atribui a característica de incerteza, demonstrada pela possibilidade de ocorrência.

Nesse diapasão, se a vítima comprovar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), restarão configurados os pressupostos do dever de indenizar¹⁹.

Sublinhe-se que a definição se o dano gerado pela perda da chance possui natureza patrimonial ou extrapatrimonial, deve ser feita tendo por base o bem, direito ou interesse violado²⁰.

¹⁴ “O que se estabelece é a compensação, em valor diverso da daquele da demanda pelo fato da perda da oportunidade de ter a ação ajuizada”. Vide MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 35-36.

¹⁵ AMARAL, 2015, Op. Cit., p.115.

¹⁶ Ibid., p.115-116.

¹⁷ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 8. Ed. Revista e Ampliada, São Paulo: Atlas, 2009, pp. 74-79.

¹⁸ Ibid, p. 116-117.

¹⁹ MARTINS-COSTA, 2003, Op. Cit., p. 362.

²⁰ AMARAL, 2015, Op. Cit., p.125.

Caso um advogado deixe de interpor um recurso em uma demanda que versa sobre interesse de natureza eminentemente extrapatrimonial (como por exemplo guarda de um menor), sem consequências diretas na esfera patrimonial que pudesse verificar, não há maneira de afirmar que o dano pela perda da chance seja dano patrimonial.

Por outro lado, caso um advogado deixe de interpor um recurso e uma demanda trabalhista que versa sobre pagamento de verbas rescisórias e contratuais, o dano pela perda da chance será de natureza patrimonial.

É importante sublinhar que o CC brasileiro, elaborado sob forte influência do CC francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque o CC estabelece em seu art. 186 uma cláusula geral de responsabilidade civil, dispondo expressamente que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*²¹.

Nesse diapasão, ao tratar das consequências do ato ilícito, o art. 927 do CC é categórico: *“aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”* Ou seja, o CC brasileiro, assim como os CC francês e Italiano, também utilizou um conceito amplo de dano, sem delimitar quais seriam as espécies de danos abarcados no conceito. Desse modo, não haveria no CC brasileiro qualquer entrave à indenização das chances perdidas²².

Pelo contrário, a interpretação sistemática das regras sobre responsabilidade civil traçadas pelo legislador nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance²³.

Nessa linha, é importante destacar que, além da existência da cláusula geral de responsabilidade civil em nosso CC, os arts. 402 e 944, ao estabelecerem que o credor terá direito a obter o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, e que a indenização se mede pela extensão do dano, acabaram por positivizar um importante princípio

²¹ SAVI, 2012. Op. cit., 2012, p. 104-105

²² Ibid., p. 105-106.

²³ SAVI, 2012. Op. cit., 2012, p. 106-107.

da responsabilidade civil²⁴, qual seja, o da reparação integral dos danos, estabelecendo um equilíbrio entre o dano e a reparação²⁵.

Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, a CRFB/88 ao estabelecer a dignidade humana como princípio fundamental da república (1º, III) e consagrar como objetivo fundamental da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (3º, I), acabou por transpor para o texto constitucional o princípio da reparação integral dos danos²⁶.

Segundo o ministro Luis Roberto Barroso, se a CRFB/88 estabelece que a reparação deve ser justa, eficaz e, portanto, plena, não há como se negar a necessidade de indenização dos casos em que alguém perde uma chance ou oportunidade em razão de ato de outrem²⁷.

Vê-se, assim, que ao se deparar com uma ação de responsabilidade civil, o julgador deverá procurar sempre atender ao princípio da reparação integral dos danos. Contudo, se em determinado caso concreto houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá reduzir equitativamente a indenização, pois, neste caso, privilegiará outro princípio constitucional, que é o da justiça²⁸.

Acresça-se que a evolução da responsabilidade civil fez com que o foco da atenção do julgador mudasse do ato ilícito para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos, como é o caso da perda da chance. Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra *“Danos à Pessoa Humana”*, explica que *“o Direito Civil atual inverteu o polo e concentra-se na pessoa da vítima, considerando que, se alguém sofre um dano imerecido, faz jus, em princípio, à indenização”*²⁹.

Note-se, assim, a inversão do fundamento geral de responsabilidade, que hoje tem por princípio geral a ideia de que a vítima não deve ficar irressarcida, em lugar da máxima que vigia anteriormente na matriz liberal, isto é, *“nenhuma responsabilidade sem culpa”*³⁰.

²⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.309-310.

²⁵ SAVI, Sergio. Op. cit., 2012, p.107-108.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2ª Edição Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p.286.

²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103/104.

²⁸ MORAES, 2017. Op. cit., p.132.

²⁹ MORAES, 2017. Op. cit., p.304.

³⁰ Ibid., p.302.

Esse novo fundamento para a responsabilização que foi desenvolvido revela que se passou a admitir a responsabilidade daqueles que causassem danos simplesmente em razão do exercício de suas atividades³¹.

A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações subjetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos do direito civil à luz da CF, o que permitirá a mais efetiva realização de justiça³².

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos, será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Sublinhe-se que, não interfere na qualificação da perda de uma chance a distinção estrutural que existe entre responsabilidade civil por ação ou omissão³³.

Vê-se que 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 do dano decorrente da perda de uma chance.

O acolhimento da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance pelo STJ

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance é amplamente acolhida pelo STJ. Note-se que a ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial 1.254.141/PR³⁴

³¹ A teoria da responsabilidade objetiva passou a fundamentar no risco a responsabilização dos causadores do dano, sem a necessidade de se aferir o elemento psicológico (culpa) destes. Em matéria de responsabilidade civil isto significa que, no lugar da punição do agente do ilícito, seja, ao invés, enfatizada a proteção da vítima de um dano injusto.

³² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 113 e 121.

³³ TEPEDINO. 2023, Op. Cit., p.137-153.

³⁴ O acórdão está assim ementado: DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si,

que julgou ação relacionada a erro médico, consignou que a responsabilidade civil pela perda da chance consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

Nessas hipóteses, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou outra pessoa. Com isso, de maneira eficiente, pode ser solucionada a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar.

Já no julgamento do REsp no 1.079.185 - MG, ao tratar de uma ação de responsabilidade civil de advogado por perda de prazo de apelação, a ministra Nancy Andrichi declarou: *“Não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá também, ser considerada um “agregador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral³⁵”*.

De aplicação normalmente complexa, a teoria da perda de uma chance em casos de perda de prazo por advogado é continuamente analisada pelo STJ. No julgamento do Agravo em REsp no 878.524-SP³⁶, a 4ª turma do STJ negou provimento ao agravo interno onde a

pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada

³⁵ O acórdão está assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: ALDEIR BATISTA DE AGUILAR. RECORRIDO: ANTÔNIO ABDALA JÚNIOR - REsp no 1.079.185 – MG.”

³⁶ STJ. REsp no 878.524-SP. Ministro Relator. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 16/05/2019.

agravante invocava a responsabilidade civil dos advogados que falharam na prestação de serviços advocatícios, em decorrência da perda de prazo processual para a interposição de recurso, subtraindo sua única chance de obter o ressarcimento dos prejuízos suportados.

No julgamento, o órgão colegiado declarou que o fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso não ensejaria automaticamente a responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, pois é fundamental verificar probabilidade séria e real que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

Nesse caso, o acórdão, com base nos elementos de prova, concluiu inexistirem chances concretas de êxito do recurso apresentado intempestivamente pelo advogado.

Importante observar que, para o acolhimento da teoria da perda de uma chance em caso de perda de prazo por advogado, não se está a exigir certeza de ganho de causa, o que seria impossível. No entanto, também não se admite que mera perda de prazo para interposição de recurso pelo advogado possa ensejar, por si só, o direito à indenização. O que se exige é a existência de concretas expectativas de êxito.

No julgamento do REsp no 1758767/SP³⁷, a 3ª turma do STJ declarou, no mesmo sentido, que a ausência de probabilidade de sucesso no recurso que deixou de ser interposto

³⁷ O acórdão está assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO NO RECURSO CONSIDERADO INTEMPESTIVO. 1. Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento consequentemente interposto, ocasionando a «perda da chance» de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais. 2. Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios. 3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos. 4. A responsabilidade civil subjetiva do advogado, por inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, do nexo causal e do dano causado a seu cliente. 5. Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento «dano» se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável. 6. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto. 7. Na origem, com base na análise da fundamentação do acórdão recorrido e, ainda, das razões do referido apelo excepcional, a conclusão foi de que o recurso estava fadado ao insucesso em face do enunciado 7/STJ. Insindicabilidade. 8. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 9. Pretensão indenizatória improcedente. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1758767/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018.

tempestivamente pelo advogado não enseja responsabilidade civil do advogado quando ausente a probabilidade de sucesso do recurso.

Acresça-se que, de acordo com o ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino³⁸, a característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade. *“A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível”*.

Os julgados do STJ sobre o tema revelam que, a perda de uma chance é técnica decisória criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante de lesões a interesses aleatórios. Dessa forma, a teoria não se aplica na reparação de *“danos fantasiosos”*, e não serve para acolher *“meras expectativas”*³⁹.

Note-se, ademais, que na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa⁴⁰.

A quantificação do dano

Além das dificuldades inerentes à identificação da possibilidade de chance séria e real eventualmente perdida, surge uma dificuldade ainda maior, qual seja, a do arbitramento do valor da chance perdida pelo Magistrado.

A quantificação do dano deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que pode partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

³⁸ STJ, Recurso Especial no 1.291.247/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/10/2014.

³⁹ STJ, Recurso Especial 1.540.153/RS, Quarta Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/04/2018, DJ em 25/04/2018.

⁴⁰ Trecho acórdão: “Note-se: o liame fundamental para caracterizar a responsabilidade nessa via não se coloca entre a conduta dos bancos e o evento final, valorização das ações. Interessa ver a relação entre a conduta e a própria oportunidade perdida, o que independe, em absoluto, de qualquer elasticidade do conceito de nexo de causalidade”. Quanto ao valor arbitrado: “A praxe do autor era da venda das ações poucos dias após a aquisição. Então, a apuração deverá observar a diferença entre o valor pelo qual foram vendidas as suas ações (R\$ 0,21) e a média da cotação dos dois dias seguintes ao da venda (28/11/2007), que foi de R\$ 0,33, posto que não se pode presumir que alcançaria vender no máximo, mas também não se mostra razoável fixá-la no mínimo. (R\$72.000,00)”.

Conforme afirma Judith Martins Costa, inexistindo regra própria para avaliação do dano ou para sua liquidação, deve ser aplicada outra cláusula geral, que estava prevista no art. 1.553 do CC de 1916, que a remete ao arbitramento⁴¹.

Sérgio Savi, por sua vez, afirma que a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no valor da indenização. Para o autor, a quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada⁴².

Com relação às dificuldades de quantificação do dano nos casos de perda de chance, é interessante analisarmos o caso “*show do milhão*” (REsp 788.459), que pode ser considerado o verdadeiro leading case em matéria de responsabilidade civil por perda de uma chance.

Em sessão de julgamento realizada em 08/11/2005 a 4º turma do STJ enfrentou o tema. Cuidava-se de ação de indenização proposta por uma participante do programa perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA, empresa do grupo econômico “*Sílvio Santos*”, pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa “*Show do Milhão*”, consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais.

A autora logrou êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como “*pergunta do milhão*”, não respondida por preferir salvaguardar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00, posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, ponderou a autora haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo.

Ao julgar o REsp 788.459 – BA, a 4º turma do STJ declarou que:

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: A reconstrução do Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.35.

⁴² SAVI, 2012. Op. cit., p. 123

1. não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante (ou seja, ausente um dos pressupostos “acréscimo patrimonial” apto a qualificar o lucro cessante);

2. não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano;

3. resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade.

Quanto ao valor do ressarcimento, o acórdão do STJ declarou que a quantia de R\$ 125.000,00 - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens - reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Vê-se que o critério eleito de quantificação do dano que se amolda à forma de indenização baseada em probabilidades, se revela, nesse caso específico, “*data venia*”, equivocado.

Ao limitar a condenação em 125.000,00 - equivalente a um quarto do valor em comento, a decisão do STJ acaba por não coibir a conduta danosa da emissora, pois estrategicamente e de má-fé poderá sempre formular perguntas “do milhão” sem respostas corretas, para jamais pagar o valor integral do prêmio, limitando seu risco financeiro ao valor máximo de R\$ 625.000,00.

Apesar de reconhecer a possibilidade de reparação da chance perdida, desde que séria e real, o STJ revela dificuldades, não só no momento da quantificação do dano, mas também no momento de harmonizar os conceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, como veremos a seguir.

Análise do voto divergente proferido pela ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp no 1.291.247. a utilização equivocada da teoria da perda de uma chance pelo STJ

A análise do acórdão proferido pela 3ª turma do STJ no julgamento REsp 1.291.247⁴³, e, principalmente, do voto divergente da ministra Nancy Andrighi, revelam a utilização equivocada da teoria da perda de uma chance para fundamentar o deferimento de uma indenização no âmbito da responsabilidade civil.

3ª turma do STJ analisava um caso em que ocorreu o inadimplemento de obrigação de coletar e armazenar células-tronco embrionárias de recém-nascido saudável. A sociedade empresária contratada pelos pais (Cryopraxis Criobiologia Ltda) não compareceu para colher o sangue do cordão umbilical do recém-nascido até trinta minutos após parto.

O órgão colegiado, por maioria, nos termos do voto do ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, que foi acompanhado pelos ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (presidente) e João Otávio de Noronha (vencidos os ministros Nancy Andrighi e Sidnei Beneti) declarou que a criança teria direito a ser indenizada – com base na teoria da perda de uma chance – pois, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais, não teve coletadas células-tronco embrionárias do seu cordão umbilical no único momento em que isso seria possível: a hora do parto.

Assim, a 3ª turma do STJ entendeu configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance – afirmando que *“é possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização de células-tronco retiradas do cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização”*.

As indenizações foram arbitradas em R\$ 60.000,00 para criança e em R\$ 15.000,00 para cada um dos pais.

No entanto, analisando o voto divergente (voto-vista) da ministra Nancy Andrighi⁴⁴, percebemos que essa situação não configura, tecnicamente, dano pela perda da chance, em

⁴³ O acórdão está assim ementado: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM-NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

⁴⁴ 2 STJ. REsp 1.291.247. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19.08.14. Vide voto-vista da Ministra Nancy Andrighi.

razão da ausência de processo aleatório em curso que tenha sido indevidamente interrompido, mas hipótese de inadimplemento contratual.

A ministra declarou que, embora evidente o inadimplemento contratual da recorrida, que foi condenada a indenizar os pais, não há a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido, senão apenas a perda de uma possibilidade de tratamento se e somente se ele vier a contrair uma patologia ou correr tal risco e se essa patologia puder ser prevenida ou curada pelo uso das células-tronco, que deveriam ter sido coletadas e não o foram⁴⁵.

Ou seja, a probabilidade de ser curado não se fazia presente no momento do fato lesivo, pois o menor nasceu saudável, não podendo ser visualizado no plano concreto, qualquer vantagem que não foi obtida, ou o prejuízo que não foi evitado⁴⁶. A certeza da probabilidade haveria caso a criança tivesse recebido o diagnóstico de uma doença com chances concretas de prevenção ou cura por meio das células embrionárias não utilizadas. Por isso, a solução do caso, a rigor, não pressupõe a análise do dano pela perda da chance⁴⁷.

Não obstante exista uma chance que foi perdida com o inadimplemento contratual, a hipótese não se enquadra na moldura de responsabilidade pela perda da chance, embora sua frustração configure dano ressarcível⁴⁸.

É importante notar que no caso do inadimplemento da coleta e armazenamento das células tronco resta flagrante a mera frustração do interesse existencial dos pais e do filho e obter e preservar material que pode, no futuro, ter a chance de vir a curar filho na remota hipótese de desenvolvimento de determinadas doenças que poderiam ser curadas com células-tronco conforme o avanço da medicina.

Inexiste na espécie, portanto, um processo aleatório um curso indevidamente interrompido, para que se pudesse invocar a teoria da perda de uma chance para fundamentar a indenização por danos morais ao recém-nascido⁴⁹.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ TEPEDINO, 2023. Op. Cit., p. 137-153.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ TEPEDINO, 2023. Op. Cit., p. 137-153.

É inegável, portanto, nos termos do voto vencido da ministra Nancy Andriahi, que a frustração desse interesse existencial, com o inadimplemento absoluto do contrato, ensejaria indenização por danos morais, sendo tecnicamente incorreto invocar a aplicação da teoria da perda da chance⁵⁰.

Acresça-se que a quantificação do dano sequer poderia passar pela análise da baixa probabilidade de a criança desenvolver alguma doença e posteriormente vir a ser curado com a utilização de células-tronco, sob pena de configuração de mero dano hipotético⁵¹.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.