

BREVE ENSAIO SOBRE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Melford Vaughn Neto*

Raphael Pires do Amaral**

Igor Eugênio Torralbo Unello***

Resumo: O presente estudo abordará as principais características da teoria da perda de uma chance segundo entendimentos doutrinários, para que seja estudada a sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante a análise de alguns precedentes relevantes daquela Corte superior, de forma a concluir que a perda de uma chance exsurge como uma ferramenta jurídica que serve para coibir os danos provenientes da perda de uma vantagem séria e real.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil – Teoria da perda de uma chance – Superior Tribunal de Justiça – Indenização – Erro Médico – Caso Show do Milhão.

* Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP, tem LL.M. em Direito e Prática Empresarial pela Escola de Direito do Centro de Extensão Universitário, especialista em Direito Tributário e em Direito Administrativo. Diretor Secretário-Geral da 48ª Subseção da OAB/SP e membro do Conselho de Prerrogativas da 4ª Região da OAB/SP. Advogado, administrador de empresas, contabilista, professor universitário e consultor jurídico.

** Especialista em Direito Tributário pela PUC-Campinas, pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito do Trabalho. Advogado.

*** Graduando em Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie. Membro da Equipe Mackenzie na 3ª Competição Brasileira de Processo - Professor José Carlos Barbosa Moreira (*IBDP e Processualistas*). Membro do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (*CAPE-CNPQ*).

APPOINTMENTS ON THE THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE FROM THE VIEWPOINT OF THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Abstract: The following thesis will address the main characteristics of the theory of loss of a chance, according to doctrinal understandings, and its application by the Brazilian Superior Court of Justice, through the analysis of some relevant precedents of that Court, in order to conclude that the loss of a chance emerges as a legal tool for curbing the damage from the loss of a serious and real advantage.

Keywords: Civil liability – Theory of loss of a chance – Superior Court of Justice – Restitution – Medical failure – Game show case.

Sumário: 1. Introdução. 2. A teoria da perda de uma chance: delimitação conceitual e pressupostos de ressarcimento. 3. O *quantum* indenizatório. 4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance. 4.1. Caso Show do Milhão. 4.2. Responsabilidade por erro médico. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO



ma participante perde a possibilidade de ganhar o prêmio máximo (um milhão de reais) do programa televisivo em virtude da formulação de uma pergunta sem resposta; uma mulher é vítima de um atropelamento, fica desfigurada e perde a possibilidade de conseguir trabalho numa carreira em que a seleção é feita com base na aparência física; uma paciente não recebe o tratamento correto de sua enfermidade e perde a possibilidade de cura ou sobrevivência; uma criança perde a possibilidade de

fazer - no futuro - uso de suas células embrionárias, uma vez que a empresa contratada para essa finalidade deixa de coletá-las e armazená-las quando da realização de seu parto: o que há de comum em todas estas situações? Um ato ilícito e culposo; a privação da possibilidade de obter determinada vantagem ou evitar determinado prejuízo; e um evento probabilístico. Essas condicionantes culminam num singular denominador: a perda de uma chance.

Com o desenvolvimento da sociedade, o instituto da responsabilidade civil adequou-se paulatinamente às demandas do corpo social, com o aperfeiçoamento de seus pressupostos teóricos e de sua aplicação prática. Em seu nascimento, a responsabilidade civil tinha por escopo tutelar somente o aspecto subjetivo das relações - com a culpa *lato sensu* provada. Essa perspectiva privado-individualista transmutou-se ao longo tempo, de modo que passou-se a permitir elucubrações de cunho solidário, com o reconhecimento de uma responsabilidade objetiva - amparada na teoria do risco. Igualmente, o tempo permitiu uma nova ressignificação do dano – elemento basilar da obrigação de indenizar –, e por via de consequência, ensejou uma nova espécie de lesão, a qual se sublinha aquela decorrente da perda de uma chance – objeto deste estudo.

O presente ensaio possui a finalidade de analisar a teoria da perda de uma chance e sua aplicação. Aos olhos da doutrina e, por meio de uma análise de precedentes simbólicos, demonstrar-se-á como vem ocorrendo a aplicação do instituto no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de intérprete máxime da legislação infraconstitucional.¹

Este estudo utilizou de uma metodologia lógico-dedutiva, amparada numa investigação bibliográfica (doutrinas

¹ Uma análise interessante, nesse mesmo sentido, pode ser extraída de: ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero. *Teoria da perda de uma chance e o entendimento do STJ*, publicado em Migalhas, em 14/2/2020. Acesso em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/320497/teoria-da-perda-de-uma-chance-e-o-entendimento-do-stj>.

relativas à temática) e institucional (legislação e jurisprudência).

2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E PRESSUPOSTOS DE RESSARCIMENTO

Antes de adentrar ao estudo dos pressupostos do fenômeno da perda de uma chance, convém, *prima facie*, analisar o seu conceito e, por consequência, delimitá-lo.

Segundo o dicionário de língua portuguesa Aurélio, a palavra ‘chance’ significa *situação que, independentemente de qualquer coisa, é favorável para que algo aconteça ou se realize*. Dessa semântica, extrai-se que o termo chance alcança dois caminhos diferentes que guardam intrinsecamente uma incerteza: o possível e a concretização desse possível.

Segundo Nils Jansen, resumidamente, a chance simboliza a possibilidade de obter determinado benefício ou evitar um possível dano ou prejuízo. Ela constitui um bem e pode ser entendida como a oposição ao conceito de risco. A chance de evitar um dano ou prejuízo reflete o risco da mesma se concretizar e a chance de ganhar um benefício reflete o risco de não obtê-lo, possibilitando sempre uma expectativa necessariamente hipotética².

Para Rafael Peteffi da Silva, a chance é a possibilidade obrigatoriamente hipotética que pode ser concretizada no proveito final de um percurso incerto. A perda dessa possibilidade de obter um ganho final, em virtude de um comportamento de terceiro, poderá ser equacionada em uma probabilidade (com valor determinado), de modo a conferir uma posição de certeza³.

Ampliando o campo e alçando a perda como seu elemento consequente, Ana Cláudia C. Z. M do Amaral leciona que

² JANSEN, Nils. *The Idea of a Lost Chance*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999, p. 279.

³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13-14.

a perda de uma chance “traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e, ainda de expectativa do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também evitar a ocorrência de um evento danoso”⁴.

À vista disso, há que se entender que o núcleo da perda de uma chance reside na exclusão da possibilidade de se obter um benefício vantajoso – ou evitar a ocorrência de um evento danoso – em virtude de um ato praticado por terceiro, que impossibilitou a continuidade de um processo incerto. A chance revela-se conceitualmente como parte integrante do patrimônio da pessoa por ser a possibilidade da obtenção de um ganho ou de evitar determinado prejuízo.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*, *perdida de oportunidade*, *loss of a chance*, *perdita di chance*) nasceu na França, em julho de 1889, quando a *Cour de Cassation* julgou precedente o pleito do autor de uma ação reparatória que foi indenizado pela perda de uma chance de prosseguir com uma demanda judicial - em obter ganho da causa -, em razão da conduta de um oficial de justiça que obstaculizou o normal andamento de sua ação judicial. Essa teoria originou-se estreitamente no esforço da composição do nexos causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima nas situações em que a vítima se priva da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo ocasionado pelo comportamento de terceiro⁵.

A opção por essa teoria foi se propagando a outros ornamentos jurídicos, além do francês, e atualmente é amplamente aceita – com as devidas ressalvas – pela doutrina e jurisprudência, que cercam – contemporaneamente – o debate sobre os

⁴ AMARAL, Ana Claudia C. Z. M. do. *Responsabilidade civil pela perda da chance*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 65.

⁵ PEDRO, Rute Teixeira. *Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões*. Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 5 (2008): 417-460, p. 455. FERREIRA, Rui Cardona. *A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspectivas de Ordenação Sistemática*. Revista O Direito, 144 (2012): 29-58, p.31. AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise à luz do princípio da dignidade humana*. Recife: Nossa Livraria, 2011, p. 62.

pressupostos de ressarcimento e os critérios de estabelecimento do *quantum* indenizatório.

Tarefa espinhosa é a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil pela perda da chance, haja vista a grande confusão doutrinária e jurisprudencial a respeito. Em contrapartida, é pacífico o entendimento de que há que observar pressupostos à configuração e aplicação da teoria supra identificada.

Tal confusão, segundo entende Cesar Asfor Rocha, deve-se ao tratamento inadequado que se deu ao instituto, não sendo raro se deparar com algum litigante aventureiro invocando a referida teoria para arriscar a sorte na tentativa indevida de se enriquecer à mingua de argumentos sólidos para justificar alegado o bom direito⁶.

Inicialmente, coloca-se como primeiro pressuposto a existência (possível) de um fato positivo no futuro que possa ocorrer, porém que detém uma concretização incerta. Ato contínuo, como segundo pressuposto, verificar-se-á se a pessoa lesada, malgrado a incerteza de concretização do fato positivo, está hábil – com chance séria e real – para atingir o resultado futuro, sem a presença de quaisquer elementos impeditivos, modificativos ou extintivos. Por terceiro e último pressuposto, há que existir um ato praticado por um terceiro, capaz de eliminar peremptoriamente as chances existentes de atingir o fato positivo (resultado).⁷

Esse ato praticado por terceiro, tido como ato ilícito, decorrente da perda de uma chance, como bem elucidou Vera Andrighi⁸, se concretiza quando o autor do dano, por sua ação ou

⁶ ROCHA, Cesar Asfor. *A teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ, Brasília, 2019, p. 168-169.

⁷ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra Editora, 2008, p. 198-201.

⁸ ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro* - Fátima Nancy Andrighi,

omissão, causa uma obstrução na continuidade do exercício de uma chance de enriquecimento lícito que a vítima possuía. Nessa linha, a ilicitude do ato decorre da privação da vítima vivenciar a chance concreta e verossímil de obter um enriquecimento ou de evitar um prejuízo.

Ainda, a chance perdida deve colacionar características específicas⁹, tais como: *Neutralidade e aleatoriedade* – a chance deve ser neutra por existir um possível resultado positivo ou negativo dos fatos em virtude da sua natureza aleatória; e *Autônoma e atual* – a chance deve ser a possibilidade de atingir determinado fato, este constituído em si mesmo e avaliável economicamente, e atual por já estar incluído ao patrimônio da pessoa lesada.

Sobre a matéria, tem-se as valiosas lições de Sérgio Cavalieri Filho¹⁰:

“A doutrina francesa, aplicada pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que ‘a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; de que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo’ (Responsabilidade civil, 9ª edição, Forense, p.42). O cuidado do juiz, neste ponto, é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito.”

Como visto no excerto supramencionado, é comum, no

coordenadora. São Paulo: Atlas, 2014, p. 251.

⁹ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra Editora, 2008, p. 208-221.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91-92.

estudo das fontes de responsabilidade civil, confundir a teoria da perda de uma chance com os lucros cessantes, uma vez que nos dois casos, a vítima do ato ilícito deixa de obter uma vantagem esperada.

A diferença, no entanto, resta clara. Analisando-se os requisitos que ensejam a aplicação da teoria da perda de uma chance, tem-se, como elementos imprescindíveis, a verossimilhança e o grau de probabilidade de concretização da chance que foi obstada pelo ato ilícito. Ela só será aplicável quando houver a “frustração de uma expectativa, uma oportunidade futura, dentro da lógica do razoável, que ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, essa chance deve ser séria e real”¹¹.

Em outras palavras, a oportunidade perdida deve guardar uma altíssima expectativa de concretização para fazer jus à obrigação de indenizar, uma vez que, no direito civil brasileiro, danos meramente hipotéticos não servem de esteio para a criação de um dever indenizatório.

Tendo por escopo evitar condenações indenizatórias por dano hipotético, o Superior Tribunal de Justiça entende que, para a aplicação da teoria da perda da oportunidade, esta deve ser *real e séria*¹².

Nesse passo, convém trazer a lume, trecho interessante de julgado relatado pelo eminente ministro Luis Felipe Salomão, nos autos do recurso especial n. 1.540.153/RS¹³. Naquela oportunidade, o ministro evidenciou que “a teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo

¹¹ TARTUCE, Flavio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 423.

¹² Conforme PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra Editora, 2008, p. 215 e seguintes; e VINEY, Geneviève e Jourdain, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité*. 3ª edição. L.G.D.J., 2006, p. 97 e seguintes.

¹³ REsp 1.540.153/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 6/6/2018; vide item 4 da ementa do aresto.

ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade)”.

Fazendo par às orientações esposadas acima, ressaltam-se as lições de Vera Andrighi¹⁴:

“Para configurar a possibilidade de ocorrer a perda da chance é necessária a prova da existência concreta da chance que dispunha a vítima, e que foi obstruída por ação ou omissão ilícita do ofensor. A vítima vivenciava uma situação concreta da vida, que lhe favorecia a chance de obter um bem, cuja possibilidade foi obstruída pelo ofensor. A chance perdida, para dar ensejo à responsabilidade civil deve apresentar alto grau de probabilidade de que a vítima receberia um benefício, não fora a ação do agente. Urge que precedentemente haja uma cadeia fática na vida da vítima, que a levaria a um benefício futuro ou a evitação de um prejuízo. Relevante para a doutrina é o acentuado grau de probabilidade de obter o benefício. No direito italiano, por exemplo, a configuração da perda da chance somente é indenizada, se provado que a vítima teria, no mínimo 50% de possibilidade de obter o benefício futuro.”

Logo, a teoria da perda de uma chance possui pressupostos próximos daqueles exigidos para configurar a responsabilidade civil em geral, sendo eles a existência de um ato ilícito praticado por um terceiro e a ocorrência de prejuízo à vítima, com o acréscimo de uma concreta existência da chance que possua um alto grau de possibilidade de se converter na vantagem esperada.

3. O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Esclarecidos os preceitos gerais para a aplicação da teoria da perda de uma oportunidade, resta, portanto, definir os critérios para quantificar a indenização arbitrada pela obstrução de uma chance.

¹⁴ ANDRIGHI, Vera. *In Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro* - Fátima Nancy Andrighi, coordenadora. São Paulo: Atlas, 2014, p. 255.

Um grande desafio contemporâneo é a determinação de critérios de quantificação do dano oriundo da perda de uma chance, que assente parâmetros à fixação do *quantum debeatur*.

Verifica-se, numa escala global, distintos métodos a serem utilizados para fixar o valor do dano resultante da perda de uma chance. Um primeiro, escolhido pelo Conselho de Estado francês, exige um grau mínimo de cinquenta por cento (50%) de probabilidade de se alcançar a vantagem esperada. Com esse entendimento, alcançada essa porcentagem, a reparação deverá equivaler à integralidade do resultado final, assim como, a chance serviria tão-somente como meio de determinar a sua resarcibilidade, vez que probabilidade (maior ou menor) de se alcançar a vantagem esperada não influenciaria no *quantum indenizatório*.¹⁵

Esse raciocínio é parecido com alguns métodos aplicados no direito norte-americano, especificamente no âmbito do direito médico, em que se aplicou a reparação integral mesmo quando com o comportamento do agente tenha reduzido, por exemplo, em apenas cinquenta e cinco por cento as chances de o dano final ser evitado pela vítima. Nota-se uma simplificação da comprovação do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano final.¹⁶

A professora Rute Teixeira Pedro¹⁷ sustenta que é necessária uma dupla avaliação. Primeiro, deve-se verificar a utilidade econômica que seria alcançada com o resultado final e, em seguida, a probabilidade de alcançá-lo. O *quantum indenizatório* será o montante da vantagem esperada, reduzida proporcionalmente à porcentagem que represente o grau dessa

¹⁵ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra Editora, 2008, p. 227-228.

¹⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 145.

¹⁷ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra Editora, 2008, p. 230-232.

probabilidade.¹⁸

O professor Giovanni Nanni assevera que a indenização pela perda de uma chance deve ser calculada “por um grau de probabilidade, de acordo com o caso concreto, levando em consideração o valor total que seria possível obter caso a vantagem futura tivesse sido realizada (resultado final favorável), porém aplicando-se um percentual que reduz tal montante à probabilidade da *chance perdida*, que é a quantia indenizável”.¹⁹

Professor de economia da Universidade de Dayton (Ohio, Estados Unidos), Ralph Frasca apresenta uma análise econômica sobre a quantificação do dano, entendendo que mesmo não sendo tarefa da economia interpretar a lei, esta poderá desempenhar um papel importante à tarefa da quantificação, inclusive, contribuindo com decisões judiciais mais consistentes. Para o professor, o *quantum* deverá se basear no custo de oportunidade (*opportunity cost*), representado pelo valor da perda de uma chance:

“From an economic point of view, all damage calculations should be based upon opportunity cost, which is the value of a lost chance or opportunity. The legal system, however, may require damage estimates that reflect legal rather than economic theory. Legal rules can exclude or include items that would be treated differently using standard economic methodology. Of course, the economist is not expected to be an expert on legal rules. Accordingly, she must typically defer to the retaining attorney for advice on these matters. However, a certain familiarity with these rules can enhance the economist's productivity and the productivity of the court system. This is particularly true when it comes to loss of chance rules. In a loss of chance case, the economist may be asked to calculate the loss to survivors given any one of three assumptions: 1) an estimate of loss assuming full recovery; 2) an estimate of loss assuming

¹⁸ A jurisprudência portuguesa tem aplicado exatamente esse método referente ao *quantum* indenizatório, como se pode verificar na decisão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo do Supremo Tribunal de Justiça n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, de 05/02/2013, relatado por Helder Roque, publicado na internet em www.dgsi.pt.

¹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *A fixação do dano na jurisprudência arbitral*. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. IX, n. 36, 2012, p. 20.

the patient's preexisting probability of recovery; or 3) an estimate of loss assuming an incremental change in the patient's probability of recovery. Only the third estimate is similar to an opportunity cost estimate of damages. However, depending upon the jurisdiction, each of these calculations can represent a legally appropriate presentation of loss by the economic expert. The correct presentation will be determined by the loss of chance rule in the relevant venue. An understanding of these rules can clarify the economist's role in support of litigation."²⁰

A partir dessas elucubrações genéricas, tem-se sinteticamente que o montante da indenização pela perda de uma chance será fixado, com base nas peculiaridades do caso concreto e por meio de um grau de probabilidade dessa chance perdida, analisado pelas lentes da seriedade e realidade.²¹

Explanadas as principais asserções sobre a teoria da perda de uma chance à ótica da doutrina, passa-se a esmiuçar alguns relevantes julgados do Superior Tribunal de Justiça com o escopo de analisar como vem sendo aplicada a teoria pela Corte Superior, tendo em vista seu objetivo de zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira.

4. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

4.1. CASO SHOW DO MILHÃO

Para alguns, o REsp n. 788.459/BA²² é o mais

²⁰ FRASCA, Ralph. Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages, em *Journal of Legal Economics* 15, 2008-2009, p. 93.

²¹ SÉRGIO CAVALIERI FILHO preceitua que a “indenização deverá ser da chance, da perda da possibilidade, de alguém auferir alguma vantagem, e não dos ganhos perdidos” – o que, por lógica, caracterizaria lucros cessantes. Conforme CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

²² REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334.

emblemático precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance, servindo, para muitos, como o *leading case* acerca da matéria.

O caso versa, na origem, sobre ação indenizatória proposta por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, participante de uma das edições do programa “Show do Milhão”, contra empresa do conglomerado econômico Sílvio Santos, em que a demandante pretendia o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido naquela edição do programa, que foi ao ar em junho do ano de 2000.

Ana Lúcia expôs que logrou êxito em todas as respostas referentes às questões formuladas durante o programa, salvo a última indagação, que valia o prêmio máximo de um milhão de reais, conhecida como a “pergunta do milhão”. Não encontrando resposta correta para a última questão²³, a Autora preferiu não arriscar um chute, no intuito de salvaguardar a premiação até então já acumulada de R\$ 500.000,00, haja vista que caso o fizesse e errasse, sairia do programa com apenas R\$ 300,00.

Aduziu que teria sido elaborada, de má-fé, uma questão sabidamente sem resposta certa, o que daria azo ao pagamento dos danos materiais pleiteados, no valor equivalente ao prêmio máximo, bem como danos morais pela frustração de alegado “sonho acalentado por longo tempo”.

A sentença de piso acolheu o pedido condenatório a título de dano material, sob o fundamento de que a pergunta, nos termos em que fora formulada, não continha resposta correta, não atribuindo assim, chances para que a Autora atingisse o pretendido prêmio. O pleito extrapatrimonial, por sua vez, foi

²³ A saber, a aludida pergunta discutida no processo indagava sobre a porcentagem do território brasileiro que a Constituição Federal reconhece aos índios, sendo as alternativas: a) 22%; b) 2%; c) 4%; e d) 10%. Contudo, não há consignação de percentual relativo à porcentagem de terras reservadas aos indígenas na Carta Constitucional de 1988, não havendo, portanto, resposta correta. O equívoco, nas palavras da empresa, se deu diante de uma má formulação na pergunta, que deixou a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa.

relegado ao talante do julgador e, assim, a ré foi condenada a pagar a quantia remanescente de R\$ 500.000,00.

A empresa apelou da sentença, contudo, a 1ª Câmara Cível do TJBA negou provimento ao recurso, em acórdão atacado pela via do recurso especial. O apelo nobre, arrimado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, ao que importa, apontou violação dos arts. 118 e 1.059 do Código Civil de 1916²⁴.

Sustentou a recorrente que a condenação no importe do prêmio máximo era injusta, porquanto a participante teria feito uma escolha pessoal ao deixar de responder a “pergunta do milhão”, inviabilizando eventuais lucros cessantes alegados por força de sua concorrência culposa.

Subsidiariamente, pleiteou a redução do *quantum* indenizatório, pois mesmo que a pergunta possuísse uma resposta certa, haveria apenas uma possibilidade de êxito dentre quatro alternativas, propondo o valor de R\$ 125.000,00 como proporcional às reais chances de acerto.

Os ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, conheceram em parte do recurso e, nessa extensão, deram-lhe provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00. A ementa do acórdão, relatado pelo ministro Fernando Gonçalves, expõe a síntese do julgamento:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIIDADE 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

²⁴ Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresse, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

Convém destacar que a fundamentação do voto do ministro relator ressalva que, apesar do desempenho até então impecável da Autora/Recorrida no programa, não há como se afirmar categoricamente que ela acertaria a pergunta do milhão, caso esta fosse formulada dentro dos parâmetros regulares para o programa, o que afasta o elemento de certeza.

Segue o ministro sustentando que inúmeros fatores poderiam contribuir para o equívoco da participante, tais como a progressiva dificuldade das perguntas elaboradas no programa, bem como a enorme carga emocional que lhe acometeria. Assim, mesmo na esfera da probabilidade, não haveria como afirmar que a natural condução dos fatos culminaria, necessariamente, no acerto da questão.

Nesse ponto, como dito no capítulo antecedente, faz-se aqui um parêntese para recordar que a aplicação da teoria da perda de uma chance requer um significativo grau de probabilidade de efetivação da chance obstada, a ponto de se poder afirmar que se a condução dos eventos não sofresse alteração gerada pelo ato ilícito, o benefício seria convertido à vítima.

Também chama atenção a clara distinção que o julgado nos traz entre o dano pela perda de uma chance e o dano emergente²⁵, sendo um modelo interessante para o estudo da diferença entre os institutos.

Pelo dano emergente, a vítima receberia o prêmio total de um milhão de reais, todavia, como não há a certeza que ela acertaria a pergunta do milhão, caso a questão fosse formulada corretamente, a vítima apenas perdeu a oportunidade de fazer jus

²⁵ Essa distinção também foi analisada por acórdão da lavra da Desembargadora Maria Amarante Brito, integrante da 6ª Turma Cível do TJDF, nos autos da apelação cível n. 20100110348573, cujo trecho da ementa consigna que “ A teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”.

ao prêmio. Isto é, tal perda só não enseja a reparação pela quantia total em jogo, pois configura dano hipotético.

Nessa linha, a Quarta Turma levou em consideração, para o arbitramento do *quantum* indenizatório, que houve conduta ensejadora de evidente dano, que culminou na perda de oportunidade de auferir o prêmio máximo pela participante do programa. Assim, utiliza-se da probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens para chegar à quantia sugerida no recurso especial, de R\$ 125.000,00.

Tecendo breve comentário àquele aresto, embora brilhante a fundamentação desenvolvida pelo ministro Fernando Gonçalves e pensando que a indenização arbitrada, à luz da lídima justiça, faz jus à perda que a participante teve coma má elaboração da questão final, parece-nos haver uma contradição entre o desenvolvimento do *decisum* e seu resultado prático-jurídico.

Isto é, não obstante tenha sido rechaçada a indenização com base nos requisitos para a caracterização dos lucros cessantes, como o próprio voto do acórdão bem ressalta, não há como afirmar que a Autora iria acertar a “pergunta do milhão” caso esta fosse elaborada nos moldes regulares, de forma a não estar presente o alto grau de probabilidade de concretização da chance perdida, implicando em carência de elemento essencial para que fosse aplicada a teoria da perda de uma chance ao caso concreto.

Também é interessante considerar que não havia qualquer cenário em que a participante do programa, frente à pergunta do milhão, pudesse auferir o prêmio R\$ 125.000,00, inexistindo chance nesse sentido. Ademais, com o ganho de causa, a autora acumulou o prêmio de R\$ 500.000,00 recebido no final do show, com os R\$ 125.000,00 arbitrados pela Quarta Turma do STJ, totalizando a quantia de R\$ 625.000,00.

Assim, por mais que a Autora/Recorrida tenha sofrido prejuízo injusto, decorrente da formulação de pergunta sem resposta valendo o prêmio máximo do programa (um milhão de

reais), juridicamente, à nossa ótica, não há indenização a ser arbitrada com base na ruptura de sua oportunidade pela teoria aqui estudada.

4.2. RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO.

Outro espectro frequente de aplicação da teoria da perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça ocorre em casos de responsabilidade por erro médico, pois, aos olhos daquela Corte, a teoria pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por equívoco profissional, na medida em que este tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura do paciente.

Como exemplo, passemos a analisar o julgamento do recurso especial n. 1.677.083/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²⁶. Fazendo um breve retrospecto fático, tem-se que foi ajuizada ação indenizatória a título de danos materiais e morais por Rogério Rodrigues de Oliveira contra o Hospital Alvorada Taguatinga Ltda.

Narra a peça vestibular que a esposa do Autor, em seus últimos meses de vida, sentindo-se mal, após a realização de consultas médicas nas dependências da empresa ré, passou por diversos exames laboratoriais, mas os profissionais responsáveis não lograram êxito em diagnosticar o quadro compatível com a hipótese de Leucemia.

A paciente ainda teria retornado ao hospital se queixando sobre fortes dores de cabeça, manchas roxas pelo corpo e por um corte em seu dedo que, tendo decorrido vários dias desde que infeccionado, já não mais cicatrizava. Contudo, uma funcionária do hospital, debochando da situação, disse que “ela não tinha nada, que só queria passar o natal em casa com a família, e que lhe daria o atestado médico para abonar a falta ao emprego

²⁶ REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017.

naqueles dias”.

Dois dias depois, no natal do ano de 2010, a mulher, em virtude do quadro clínico negligenciado pelos profissionais médicos, passou mal e caiu de uma escada, batendo a cabeça e vindo a óbito por força de traumatismo crânio-encefálico.

O Magistrado de primeiro grau, arrimado em prova técnica que atestava o quadro gravíssimo da paciente, compatível com Leucose Aguda, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na petição inicial para condenar a ré ao pagamento dos danos morais, fixados em R\$ 100.000,00. Quanto ao pleito patrimonial, entendeu não ter havido demonstração de prejuízos.

Em grau recursal, o Tribunal deu parcial provimento ao apelo do hospital para reduzir a indenização para R\$ 50.000,00. Aquela corte aplicou a teoria da perda de uma chance, pois entendeu que caso a paciente estivesse no hospital internada, tal como sugeria o resultado do exame laboratorial, a queda da escada poderia ter sido evitada, bem como o agravamento de seu quadro clínico, que teria contribuído ao óbito.

A matéria *sub jucide* foi levada ao apreço da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, por meio de acórdão da lavra do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, negou provimento ao recurso especial.

O aresto destaca que “a teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda de uma chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica)”.

O voto do ministro relator ainda cita notável lição de Sérgio Cavalieri Filho²⁷ sobre a aplicação atípica da teoria da perda

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

de uma chance aos serviços médico-hospitalares, a saber:

“Em última instância, o problema gira em torno do nexa causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico.”

Destaque-se que o liame causal a ser apreciado no caso, entre a conduta negligente e o resultado morte era de difícil identificação, uma vez que a morte da paciente não teria decorrido diretamente do agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência, não se podendo afirmar com certeza que o acidente ocorreu em virtude das tonturas decorrentes da doença que lhe acometia na época.

Com o intuito de justificar a existência do nexa causal, o Relator, utilizando-se de precedente de relatoria da Ministra Nancy Andrighi²⁸, consignou que o dano sofrido pela paciente tem como concausa a conduta negligente dos funcionários do hospital, pois, apesar de não terem os médicos provocado a doença que culminou na morte, estes concorrem com uma obrigação de executarem sua função com a finalidade de oportunizar a cura, o que não teria sido identificado no caso concreto.

Entretanto, o eminente ministro ressalta que a paciente não procurou, por uma só vez, os serviços do demandado, tendo sido diligente e queixosa quanto ao seu quadro clínico instável,

²⁸ REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013.

ao passo que o profissional médico, sem ter aguardado o resultado do exame laboratorial, lavrou um atestado para afastar-lhe do trabalho por dois dias, autorizando seu repouso em casa.

Portanto, o liame causal, a luz da teoria da perda de uma chance, reside na ligação entre a conduta dos funcionários do hospital, que não aguardaram o resultado do exame para apurar as possíveis consequências que dele poderiam resultar e até, eventualmente, recomendar a internação da paciente, e o resultado morte, decorrente da tontura que, como descreve o Autor, ocorrera em virtude do grave quadro clínico de sua esposa.

Ressalte-se que nem sempre haverá, no caso concreto, um erro médico crasso, passível de caracterizar, *per si*, a frustração de uma chance real de cura. A título exemplificativo, destaca-se a fundamentação esposada pela ministra Nancy Andrichi no julgamento do recurso especial n. 1.662.338/SP²⁹, que afastou a incidência da teoria da perda de uma chance, a saber:

“Maria Fernanda, filha do casal recorrente, foi acometida de um mal súbito, tendo acordado todos na casa com seus gritos. Apresentava as mãos paralisadas, estáticas, perdeu a fala (somente balbuciava palavras sem nexos) e o controle fisiológico (estava toda suja de fezes). Nessas circunstâncias, foi levada ao Pronto-Socorro de Penápolis (SP) e foi atendida pelo médico, também recorrente, que ouviu o relato dos familiares, fez exame clínico na paciente, mediu sua pressão arterial, examinou seus olhos, bateu em seu joelho e receitou um medicamento chamado “Dormonid”.

Após um período de sono, a paciente acordou e foi reexaminada pelo médico que afirmou estar tudo sob controle, dando-lhe alta por volta das 10:00 horas da manhã, com recomendação de uma alimentação leve e que permanecesse em observação pelos familiares, pois no dia seguinte conversaria novamente com Maria Fernanda e pediria alguns exames. Entretanto, já em casa, às 17:00 horas, em razão de um Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico, Maria Fernanda morreu, conforme atestado em sua Certidão de Óbito.

²⁹ REsp 1662338/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018

(...) o TJ/SP ponderou que a chance de sobrevivência da paciente foi frustrada pela conduta do médico, ainda que presentes as seguintes características: i) a paciente era uma jovem saudável, atleta, de 21 anos de idade, não apresentava histórico de problemas neurológicos; ii) a conduta do médico não constitui causa autônoma e suficiente para o óbito; iii) a natureza da morte é um dado raro e extraordinário ligado à ciência médica. (...)

Partindo dos contornos fáticos delineados pelo acórdão do TJ/SP, não é possível concluir que houve erro crasso passível de caracterizar uma frustração de chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de sobrevivência da vítima. Inclusive, a própria perícia utilizada como razão de decidir concluiu que havia risco baixo de evolução desfavorável ante a ausência de alterações no exame clínico e que a alta hospitalar ‘é conduta que pode ser adotada’.

Logo, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.”

Por fim, quanto a apuração do valor a ser pago, o aresto destaca que “na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo se mensurar pela chance perdida, como bem jurídico autônomo”, não tendo acolhido o pleito de redução do *quantum* indenizatório, pela sua inviabilidade na estreita via do recurso especial.

5. CONCLUSÃO

Frente ao quanto demonstrado no presente ensaio, conclui-se que a teoria da perda de uma chance vem se desenvolvendo no direito brasileiro graças a sua crescente difusão na doutrina e correta aplicação no âmbito da jurisprudência brasileira, em destaque especial à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, rendendo elogios por parte do ex-ministro Cesar Asfor Rocha, que destacou, em artigo próprio, que a teoria tem sido

aplicada pelo Tribunal da Cidadania “sempre com parcimônia, cautela e ampla fundamentação”³⁰.

Percebe-se, assim, que os magistrados, em um panorama geral, se encontram preparados para o enfrentamento das mais variadas questões que possam envolver a aqui estudada teoria, sendo poucos os julgados que a aplicam mal, o que contribui para a sedimentação do entendimento de sua aplicação, bem como para o enfrentamento de litigantes aventureiros que tentam utilizar-se da teoria da perda de uma chance com o intuito de alcançar o enriquecimento imerecido.



6. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero. *Teoria da perda de uma chance e o entendimento do STJ*, publicado em Migalhas, em 14/2/2020.
- AMARAL, Ana Claudia C. Z. M. do. *Responsabilidade civil pela perda da chance*. Curitiba: Juruá, 2015.
- ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro* - Fátima Nancy Andrichi, coordenadora. São Paulo: Atlas, 2014.
- AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise à luz do princípio da dignidade humana*. Recife: Nossa Livraria, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012
- FERREIRA, Rui Cardona. *A Perda de Chance - Análise*

³⁰ ROCHA, Cesar Asfor. *A teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ, Brasília, 2019, p. 189.

- Comparativa e Perspectivas de Ordenação Sistemática*. Revista O Direito, 144 (2012): 29-58.
- FRASCA, Ralph. *Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages*, em Journal of Legal Economics 15, 2008-2009, p. 93.
- JANSEN, Nils. *The Idea of a Lost Chance*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999, p. 279
- NANNI, Giovanni Ettore. *A fixação do dano na jurisprudência arbitral*. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. IX, n. 36, 2012, p. 20.
- PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra Editora, 2008.
- PEDRO, Rute Teixeira. *Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões*. Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 5 (2008): 417-460.
- ROCHA, Cesar Asfor. *A teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ, Brasília, 2019.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- TARTUCE, Flavio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité*. 3ª edição. L.G.D.J., 2006.