

Comentário à Jurisprudência

A RESPONSABILIDADE CIVIL ADVINDA DA PERDA DE UMA CHANCE

DALVANEY ARAÚJO
Advogada

Trata-se de comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 788549-BA, Quarta Turma, relator ministro Fernandes Gonçalves, DJ 13/03/2006, p. 334, de cuja ementa se extrai:

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

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

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

No caso, a autora da ação havia participado do programa televisivo “Show do Milhão”, que consistia em um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo era um milhão de reais em barras de ouro. Esse valor seria repassado ao participante caso ele respondesse corretamente às perguntas feitas pelo programa.

Todas as questões direcionadas à autora foram respondidas satisfatoriamente, exceto a última indagação (pergunta do milhão). A autora preferiu não responder a essa última pergunta para salvaguardar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), já que, caso a respondesse incorretamente, perderia o valor já conquistado.

Contudo, na concepção da autora, a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda. agiu de má-fé ao elaborar uma pergunta sem resposta. Assim, propôs ação 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.

Em primeira instância, a autora teve êxito. Para o magistrado, a pergunta foi mal formulada, pois deixou a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade foi retirada da Enciclopédia Barsa. Concluiu que a pergunta realmente era irrespondível e, conseqüentemente, condenou a ré ao pagamento de quinhentos mil reais a título de vantagem esperada.

Houve interposição de recurso de apelação, mantendo o Tribunal de Justiça da Bahia a decisão primeva. A seguir, foi aviado o recurso especial por suposta violação ao art. 1.059 do Código Civil de 1916 sob a fundamentação de que a chance de a autora responder à pergunta era de 25%, já que eram quatro o número de assertivas.

Ao analisar o recurso, o relator Fernando Gonçalves asseverou que a conduta da ré fez com que a autora perdesse a oportunidade de ganhar o prêmio máximo. Assim, ponderou sua análise com base na teoria da perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance representa a perda de uma oportunidade esperada por um indivíduo que se encontrava em um processo aleatório que foi totalmente interrompido pela conduta de outrem, impedindo-o de auferir a vantagem esperada. A referida teoria também se aplica aos casos em que a vítima teve suas chances diminuídas. É a perda de uma chance de angariar determinado resultado ante a conduta lesiva de alguém.

Por exemplo, o fato de um advogado não interpor, de forma tempestiva, um recurso de apelação automaticamente levará ao não conhecimento deste, o que implicará perda para o cliente. Da mesma forma, o fato de um atleta não ter participado de determinado campeonato esportivo ou de um pintor não ter apresentado seu trabalho em determinada exposição, porque os respectivos agente e empresário não realizaram a inscrição em tempo hábil, configura perda de uma chance. Constituem ainda casos de perda de uma chance: a falta de diagnóstico feito por um médico levando o paciente a ter menos chances de cura; o estudante que não consegue prestar o exame de vestibular; o concursando que deixa de realizar o exame oral por causa do sistema de transporte. São, portanto, inúmeras as situações que podem levar à perda da vantagem esperada, que não necessariamente terá um resultado danoso final.

Esse dano advindo da perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito durante muito tempo por não se poder afirmar, com certeza absoluta, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida. É que a doutrina ortodoxa sempre pautou sua análise pela necessidade de um dano final, ignorando a existência de um dano diverso da vantagem esperada. (SAVI, 2006, p.4).

Ainda hoje, por mais que a teoria possua certo respaldo doutrinário e jurisprudencial, a sua aceitação ainda é limitada por essa especificidade quanto à certeza do dano. Apura-se um dano acerca de uma vantagem esperada, de uma oportunidade que se pretendia, mas de algo que não chegou a seu ponto derradeiro.

E, como “[...] aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta” (BOCCHIOLA *apud* SAVI, 2006, p. 1), tem-se a incerteza da teoria da perda de uma chance. É que se trata da perda da vantagem e não do fato danoso em si (dano final). A perda da vantagem esperada representa uma situação hipotética, materializada no dano final, que se sucederá conforme o processo aleatório. Só que esse processo pode ser interrompido devido a uma causa externa e, conseqüentemente, impõe à vítima a perda de uma vantagem. (SILVA, 2009).

A prova quanto a essa perda da vantagem é feita por meio de estimativas e probabilidades, que apresentam certos graus de precisão, dado o avanço tecnológico que a sociedade vem vivenciando. Assim, a ciência jurídica tem aceitado esse método para promover a análise e aplicar a teoria da perda de uma chance.

Nessa perspectiva, assinala Savi (2006) que “[...] hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor do dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.” (SAVI, 2006, p. 2).

Portanto, por meio de estatística e cálculos de probabilidade, é possível avaliar se a chance era de fato séria e real, não se tratando de mera hipótese de perda ou uma simples expectativa. Esclarece Venosa (2004) que, se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. Isso porque a “chance” deve ser avaliada quando existe certo grau de probabilidade, como no caso de um cavalo obter vitórias em um determinado torneio ou de um recurso não interposto ser bem-sucedido. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constitui uma probabilidade concreta, já que a oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade (VENOSA, 2004, p. 245).

O grau de probabilidade que ditará se a chance é séria e real vai depender dos entendimentos a serem adotados. O direito italiano admite a indenização pela perda de uma chance quando a vítima evidenciar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%. Caso contrário, não se pode afirmar que as chances seriam sérias e reais.

Esse entendimento é adotado por doutrinadores brasileiros, dentre eles, Sérgio Savi. Assinala o dito autor que, se não for atingido tal patamar de 50%, o juiz deve julgar o caso improcedente. Agora se a vítima provar que “[...] tinha mais de 50% (cinquenta por cento) de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado estará o *an debeatur*, faltando, somente, quantificar esse dano (*quantum debeatur*)” (SAVI, 2006, p. 102-103).

Frise-se que, para o referido doutrinador, assim como para alguns doutrinadores italianos, a perda de uma chance constitui uma categoria de dano emergente. Sobre essa temática, afirma o autor que:

[...] ao se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, o fato danoso não repercute sobre a vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vítima já existente e a ela pertencente. (SAVI, 2006, p. 102).

Já no Direito estadunidense, alguns doutrinadores tratam o “dano” advindo da perda de uma chance como dano autônomo, independente, uma terceira modalidade de dano. Outros o colocam sob a perspectiva da causalidade parcial, ou seja, a conduta do lesador representou tão somente causas parciais para a perda da vantagem esperada pela vítima.

Sobre a quantificação do dano feito a partir da incidência dessa teoria da causalidade parcial, que ocorre geralmente nos casos da perda de uma chance na seara médica, Silva (2009) assinala que os operadores do Direito estadunidense aplicam o padrão *more likely than not* nos casos inerente ao sistema causal.

Afirma o autor que:

Caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria identificada a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada) sofrido pela vítima, tornando inaplicável, portanto, a utilização da teoria da perda de uma chance. Assim, somente são verificadas ações julgadas de acordo com o modelo da teoria da perda de uma chance quando o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir vantagem. (SILVA, 2009, p. 141-142).

O valor da reparação a ser pago a título de indenização pela perda de uma chance será analisado tendo-se em vista a perda da vantagem esperada e não do dano em si, de modo que o valor a ser pago será sempre inferior ao valor que a vítima receberia caso auferisse a oportunidade esperada. Isso porque a análise pautar-se-á pela vantagem perdida e não pelo eventual benefício perdido (dano final).

Nesse caso, assevera Bocchiola que a quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, que partirá do dano final e fará incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem. (BOCCHIOLA *apud* SAVI, 2006, p. 103).

Já na concepção de Silva (2009), que se vale dos entendimentos da doutrina estadunidense, a chance perdida é derivada da vantagem esperada e varia conforme esta nos casos em que a perda de uma chance se caracteriza como um dano autônomo, independente. Nos casos em que a chance perdida não passe de uma parcela do dano final, verificada por meio da utilização da causalidade parcial, o autor adota a fórmula proposta por Paul Speark, que pauta sua análise pelas ações coletivas dentro da seara médica.

É que o autor, diferentemente de Savi, promove a divisão da teoria da perda de uma chance em dois grupos. No primeiro grupo, autônomo independente, o processo aleatório no qual a vítima se encontrava para se auferir determinada vantagem foi totalmente interrompido pelo lesador e aquele teve sua chance perdida. Já no segundo grupo o processo aleatório não foi totalmente interrompido e tal fator representou a perda ou diminuição de chances da vítima - esse seria o caso da seara médica.

Silva (2009), para explicar a quantificação da teoria da perda de uma chance, vale-se do entendimento de King Jr. e Paul Speaker.

King Jr. pondera sobre quantificação da chance perdida valendo-se de variáveis múltiplas. Para ele, quando dois fatores aleatórios são combinados para a constituição de um evento, a probabilidade de tal evento acontecer decresce exponencialmente. A regra que motiva a junção de dois ou mais fatores aleatórios pode ser descrita da seguinte forma: a probabilidade de dois eventos ocorrerem é igual à probabilidade de tal evento ocorrer, multiplicada pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, depois de se saber que o primeiro evento de fato aconteceu. (KING JR. *apud* SILVA, 2009, p. 146).

A certeza de cem por cento em relação ao nexo causal, como já evidenciado é raramente atingida. Em regra, o juiz chega à conclusão de que um dano foi 'consequência certa e direta' de determinado ato por meio de um julgamento probabilístico. Dessa forma, é usual que os juizes considerem que determinado fator, quando apresenta um alto grau de probabilidade de ser verificado (maior ou igual a noventa por cento), não seja incluído no cálculo do princípio da *conjunction*. (KING JR. *apud* SILVA, 2009, p. 147)

Já Paul Speaker, com base na concepção de René Savatier, afirma que, se o dano final já aconteceu, deve-se perguntar qual a causa do dano final e não quantas chances foram perdidas, uma vez que considerar o aumento de probabilidade de gerar um dano como uma espécie de prejuízo autônomo somente faria sentido nos casos em que uma coletividade de pessoas sofresse um determinado prejuízo. (SPEAKER *apud* SILVA, 2009, p. 148).

Para o autor, dentro de uma coletividade de pessoas lesionadas, é possível separar esse grupo que efetivamente sofreu o dano final daquele para o qual a conduta equivocada do réu não representou nenhum dano efetivo concedendo a reparação apenas ao primeiro. Assim, seria possível conceder uma reparação integral para o que o autor chama de verdadeiras vítimas, o que seria impossível pela aplicação do método integral. (SPEAKER *apud* SILVA, 2009, p. 148).

Não cabe aqui uma análise pormenorizada da teoria da perda de uma chance, já que se trata tão somente de um comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Até mesmo porque, dadas a especificidade da matéria e a complexidade do tema, seria preciso um estudo mais aprofundado para analisar todo o entorno dela, o que seria

impossível neste breve comentário. Por isso, limitou-se a uma breve explicação dessa teoria, apenas como forma de se permear o estudo do acórdão.

Analizando-se, pois, o caso em tela, tem-se que nele, assim como nos demais envolvendo a teoria da perda de uma chance, não há como se afirmar de forma absoluta que a participante do “Show do Milhão” acertaria a questão que lhe fora proposta. Assim, a análise deve-se pautar pela vantagem por ela esperada e se, de fato, a chance perdida era séria e real.

Fazendo essa análise, o relator manifestou-se da seguinte forma:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à ‘pergunta do milhão’. Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais)). (GONÇALVES [rel.]. STJ. Resp. n.º 788549-BA, DJ 13/03/2006 p. 334).

No entendimento do relator, as chances de a participante acertar a questão formulada eram sérias e reais, uma vez que ela demonstrou um excepcional desempenho nas demais perguntas que lhe foram feitas. Mas não se pode afirmar que ela de fato responderia corretamente, já que estamos trabalhando com um fato que não aconteceu. Na verdade, houve uma interrupção nesse processo aleatório que a fez perder a vantagem esperada: o prêmio de um milhão de reais. A questão foi mal formulada: nos enunciados constava que a resposta seria de acordo com a Constituição Federal e a resposta tida como certa era conforme a Enciclopédia Barsa.

De fato, na análise do caso, o desempenho que a participante teve durante o programa demonstra que ela teria chances reais e sérias de responder à questão “milionária” caso ela tivesse sido formulada em parâmetros mais bem delineados, o que não aconteceu e automaticamente gerou o dever de reparar o dano, já que tal conduta não lhe permitiu angariar a vantagem esperada.

A esse respeito, o relator se manifestou da seguinte forma:

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.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação [...]. (GONÇALVES [rel.]. STJ. Resp. n.º 788549-BA, DJ 13/03/2006 p. 334).

Contudo, essa reparação não poderia ser integral, já que estamos falando da perda de uma chance e não do evento final. Essa indenização deve ser analisada dentro de um critério de probabilidade e estatística a partir de uma percentagem de chances que a autora teria de acertar a questão. No caso, considerando que eram quatro as assertivas, o relator ponderou pela divisão do valor a título indenizatório de R\$500.000,00 (quinhentos mil) por quatro e chegou ao valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil).

Nas palavras de Gonçalves (2006):

Destarte, 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. [...] A quantia sugerida pela recorrente – R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) – 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. (GONÇALVES [rel.]. STJ. Resp. n.º 788549-BA, DJ 13/03/2006 p. 334).

A fixação do valor nesse patamar, na concepção de Silva (2009), foi baixa, já que “[...] a vítima demonstrou ter um conhecimento enciclopédico impressionante e, mesmo com a complexidade da ‘pergunta do milhão’, qualquer criança em tenra idade ou um amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a pergunta” (SILVA, 2009, p. 202-203).

Já Savi (2006) afirma que a fundamentação do acórdão foi excelente. Todavia, o caso concreto não representa uma chance séria e real. Isso porque o autor adota o posicionamento da doutrina italiana de que somente aquelas oportunidades que atingirem patamar superior a 50% são consideradas como reais e sérias.

Não obstante o entendimento do autor, há que se vislumbrar que de fato houve chances sérias e reais de a participante acertar a questão não se podendo afirmar que ela acertaria com certeza absoluta, mas a probabilidade era grande. A conduta lesiva da ré na má formulação da pergunta deve ser objeto de reparação ainda que não se atinja o patamar de 50%, que, diga-se de passagem, é muito vago para a quantificação do dano.

Ademais, cada caso é um caso e com o estabelecimento desse patamar mínimo, o direito à reparação de muitos indivíduos seria ferido. A título exemplificativo, Silva (2009) cita os casos de aprovação em determinado concurso público ou licitação pública. Neles, se, na última fase da prova oral ou do processo licitatório, houvesse mais de dois candidatos ou licitantes, ainda que se configurassem chances sérias e reais e existisse a perda da vantagem em face da conduta do agente, de acordo com a teoria italiana, não se poderia conceber a aplicação da teoria. Ora, se configurada a seriedade da chance num patamar de 30% ou 40%, no caso de haver três ou mais licitantes ou concursandos, seria injusta a não aplicação da teoria.

Contudo, há de se salientar que a fundamentação feita pelo relator foi esplendorosa. Analisou-se pormenorizadamente cada faceta da teoria diante do caso concreto. E, no caso da quantificação do dano, muito embora ela não tenha sido satisfatória, houve a demonstração da metodologia empregada, o que representa um avanço, já que muitos tribunais, quando lhe são submetidos casos acerca de chance perdida, não o fazem.

Portanto, o acórdão evidencia a aceitação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que há sim o dever de reparação quando uma pessoa tem suas chances perdidas em razão da conduta de outrem que interrompe o processo aleatório no qual se encontra ou quando o agente não o interrompe mas promove a diminuição da possibilidade de a vítima auferir a vantagem.

Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788549-BA. Recorrido: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernandes Gonçalves. DJ 13/03/2006 p. 334. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. 111 p.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e estrangeiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 263 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 4.