

Economic Analysis of Law Review

A Teoria da Perda de uma Chance e a Microeconomia

Loss of a Chance Theory and the Economics

Paulo Franco¹

Universidade Federal Fluminense

Antonio Maristrello Porto²

Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ

RESUMO

O valor das indenizações determinadas pelos juízes é, constantemente, alvo de críticas e discussões. A pergunta que antecede e que alimenta esse debate é a seguinte: Indenizar o quê? A resposta simples e vazia seria: o dano. O Judiciário já trabalha com muitos tipos de danos indenizáveis, como os morais e materiais, os danos emergentes, os lucros cessantes e a perda de uma chance. E esta última espécie de dano, coberta pela doutrina da perda de uma chance, será nosso foco no presente artigo. Especialmente, a proposta é realizar uma análise econômica de tal doutrina, utilizando, sobretudo, o conceito de custo de oportunidade para completar ou expandir esse conceito.

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance; Custo de oportunidade; Responsabilidade Civil; Cálculo da Indenização.

JEL: K21, L49

ABSTRACT

The value of the indemnity determined by the judges is constantly subject to criticism and discussion. The question that precedes and fuels this debate is: Indemnify what? The simple and empty answer would be: the damage. The Judiciary already works with many types of damages, such as moral and material damages, emergent damages, loss of profits and loss of opportunity. And this last kind of harm, covered by the doctrine of the loss of a chance, will be our focus on this article. Especially, the proposal is to carry out an economic analysis of such doctrine, using, above all, the concept of opportunity cost to complete or expand this concept.

Keywords: Loss of a chance theory; Opportunity costs; Tort Law; Indemnity.

R: 26/09/17 **A:** 20/12/17 **P:** 30/04/18

¹ E-mail: pfmfranco@hotmail.com

² E-mail: antonio.maristrello@fgv.br

1. Introdução

O valor das indenizações determinadas pelos juízes é, constantemente, alvo de críticas e discussões. A pergunta que antecede e que alimenta esse debate é a seguinte: Indenizar o quê? A resposta simples e vazia seria: o dano. O Judiciário já trabalha com muitos tipos de danos indenizáveis, como os morais e materiais, os danos emergentes, os lucros cessantes e a perda de uma chance.³ E esta última espécie de dano, coberta pela doutrina da perda de uma chance, será nosso foco no presente artigo. Especialmente, a proposta é realizar uma análise econômica de tal doutrina, utilizando, sobretudo, o conceito de custo de oportunidade para completar ou expandir esse conceito.

Entendamos por perda de uma chance o perecimento da oportunidade que se tinha de obter determinada vantagem ou, ainda, a privação da possibilidade de que se tivesse evitado certo prejuízo. A chance perdida obsta situação futura melhor.

Pontuado o conceito, resta saber: acaso preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, há, pela sustação dessas chances, dever de indenizar? Em sendo positiva a resposta, qual a natureza desses danos porventura indenizáveis? Danos morais ou materiais? Danos emergentes, lucros cessantes ou um *tertium genus*? Qual a extensão desses danos? Quanto deve ser o valor da repercussão patrimonial que decorra da chance perdida? É o que, à luz do direito comparado acerca da *perte d'une chance* e de uma análise econômica do direito, nos dispomos a responder.

Para tanto, iniciaremos a seção II do nosso estudo com a exposição conceitual da teoria da perda de uma chance e a definição da amplitude de seu conteúdo jurídico. Em seguida, na seção III, passaremos à abordagem econômica dos custos de oportunidade. Na seção IV, promoveremos a análise econômica da responsabilidade civil em razão da perda de uma chance, o que faremos a partir de caso concretos em que houve decisão pela aplicação da teoria. E, finalmente, com a pretensão propositiva de que se consiga conjugar Direito e Economia a partir da correlação necessária entre perda de uma chance e custos de oportunidade, concluiremos na seção V.

2. A teoria da perda de uma chance: O que é, de onde vem e como veio?

A doutrina da perda de uma chance foi pela primeira vez concatenada em 1911, na Inglaterra, quando do julgamento do caso *Chaplin vs. Hicks*⁴.

³Economicamente, a indenização deveria tornar aquele que sofreu o dano indiferente, ou seja, o nível de utilidade daquele que sofreu o dano seria o mesmo quando comparados os dois estados do mundo possíveis, ou seja, sem o dano ou com o dano mais um determinado valor em dinheiro (indenização).

⁴[1911] 2 KB 786, Court of Appeal of England And Wales.

Chaplin, na qualidade de autora da demanda, participava de um concurso de beleza feminina. As mulheres que pretendessem participar do concurso deveriam enviar fotografias que seriam selecionadas pelos leitores de um determinado jornal. Chaplin estava muito bem na competição e figurava entre as 12 finalistas do concurso, cujo prêmio principal era a contratação das vencedoras como atrizes pelo réu, Hicks, um famoso ator e diretor teatral da época. Ocorre que Chaplin não recebeu tempestivamente a comunicação de sua posição como finalista e, em razão disso, segundo a autora, perdeu a chance de sagrar-se vencedora do concurso e, por conseguinte, signatária do contrato como atriz com Hicks. O pedido de Chaplin foi julgado procedente pela *Court of Appeal of England and Wales* e a autora recebeu 100libras, valor equivalente à probabilidade de sua vitória, a título de indenização pela perda da chance de ser campeã do certame.

Anos depois, na França, mais precisamente em 1965, deu-se novamente a invocação da teoria da perda de uma chance em dois casos julgados no mesmo ano pela Corte de Cassação Francesa, desta vez com enfoque na responsabilidade civil dos profissionais de saúde. Decidiu-se, em um primeiro momento, pela pertinência da perda de uma chance como fundamento para corroborar o dever de indenizar de médico que, no tratamento de paciente grávida, não cumpre com os deveres de cuidado a ele impostos e acaba por reduzir as chances de sobrevivência da gestante. Em outra oportunidade, também se aplicou a teoria para impor a um médico o dever de indenizar decorrente de diagnóstico equivocado que implicou perda da chance de cura de um paciente que, caso tivesse pronto atendimento de acordo com a enfermidade que o acometia, teria tratamento mais eficiente e eficaz.

A França também foi palco de outro caso, na década de 1990, em que se suscitou o debate acerca da perda de uma chance. Uma gestante se submeteu a um exame laboratorial para verificar se estava ou não acometida de rubéola e decidir sobre a realização de um aborto, tendo em vista que a doença poderia comprometer sobremaneira a vida da criança que por ela estava sendo gestada. Os exames realizados não indicaram quaisquer indícios de rubéola e, com isso, a mãe decidiu por prosseguir com sua gestação. Ocorre que, por algum erro de diagnóstico, a mãe estava sim com rubéola e, em razão disso, a criança nasceu com inúmeras deformidades físicas e mentais – o que, na França, autoriza a realização de aborto. Em outras palavras, a perda de uma chance foi aqui invocada como fundamento para justificar a requisição de indenização pela *wrongful life* decorrente do *wrongful birth* que, acaso antevisto pela equipe laboratorial, poderia ter sido evitado. Em outras palavras, perquiriu-se a indenização pela perda da oportunidade de não ter que viver uma vida repleta de problemas e limitações.

Como se posicionou o Poder Judiciário francês? Em primeira instância, a criança, já adulta, teve o pedido de indenização julgado procedente, corroborando-se a doutrina da perda de uma chance. No entanto, essa decisão foi reformada em segunda instância, ao argumento de que o direito à vida deveria preponderar.

A partir dessas decisões apresentadas, a perda de uma chance experimentou considerável aprofundamento pela doutrina italiana⁵ e estadunidense⁶.

Em suma, a teoria da perda de uma chance trata, basicamente, da responsabilidade civil que decorre da supressão de uma oportunidade – a chance – que, integrante do patrimônio jurídico de alguém, é tolhida pela conduta ilícita⁷ de outrem – i.e., que não tenha sido perpetrada pela própria vítima. Em outras palavras, o que aqui se ressarce é a “*perda da possibilidade de se obter o resultado esperado ou de se evitar um possível dano, valorizando as possibilidades que se tinha para conseguir o resultado*”⁸.

A priori, convém respondermos à indagação trazida no início: a indenização pela perda de uma chance é reparação por dano moral ou material? A resposta, típica do mundo

⁵Muito embora apenas em 1983 a Itália tenha aplicado pela primeira vez a teoria da perda de uma chance, é possível encontrar, desde 1940, doutrina italiana a respeito da doutrina da perdittadi uma chance, cabendo aqui citar os autores Giovanni Pacchioni, Francesco Donato Busnelli, Maurizio Bocchiola e Adriano De Cupis. V., por todos, PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile Italiano. Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delitti, Padova: Cedam, 1940.; BUSNELLI, Francesco Donato. Perditadi una chance e risarcimentodel danno. In II Foro Italiano, v. LXXXVIII, parte quarta, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965.; BOCCHIOLA, Maurizio. Perditadi una chance e certezza del danno. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno XXX, 1976 e; CUPIS, Adriano de. II Danno: teoria generale della responsabilità civile. 2 ed. 2 v., Milano: Giuffrè, 1996.

⁶ “The 1966 Fourth Circuit decision in Hicks is considered by many as the seminal case on loss of chance. There, the decedent died of a bowel obstruction shortly after being examined and released by a physician at a naval base dispensary, who had diagnosed the decedent as having gastroenteritis. The court held that the physician had violated the applicable standard of care and that the plaintiff did not have to “show to a certainty that the patient would have lived had she been hospitalized and operated on promptly.” The Fourth Circuit stated: When a defendant’s negligent action or inaction has effectively terminated a person’s chance of survival, it does not lie in the defendant’s mouth to raise conjectures as to the measure of the chances that he has put beyond the possibility of realization. If there was any substantial possibility of survival and the defendant destroyed it, he is answerable. Rarely is it possible to demonstrate to an absolute certainty what would have happened in circumstances that the wrongdoer did not allow to come to pass. The law does not in the existing circumstances require the plaintiff to show a certainty that the patient would have lived had she been hospitalized and operated on promptly. Although Hicks was not a true loss of chance case, the above dictum has been repeatedly cited in support of recognizing claims for loss of chance”. Cf. WEIGAND, Tory A.. Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution. In Weigand Massachusetts Law Review. Disponível em: <http://www.massbar.org/publications/massachusetts-law-review/2002/v87-n1/loss-of-chance-in-medical>. Acesso em: 10.06.16.

⁷ Entenda-se por conduta ilícita aquela definida pelo art. 186 do NCC, segundo o qual “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.82

jurídico, não poderia ser outra: depende. A perda de uma chance pode assumir múltiplas feições de dano.

Isso porque, para que definamos tratar-se de dano moral ou material será preciso que investiguemos, antes, a razão pela qual se dá o dever de indenizar. Em poucas palavras, será dano moral o dano que decorrer de violação às chances que digam respeito a direitos extrapatrimoniais. Por outro lado, assumirá o perfil de dano material se se tratarem de danos provenientes de ofensas a direitos patrimoniais.

Está em consonância com esse entendimento o Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe:

E. 444, do CJF. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

É desnecessária, portanto, qualquer tentativa de rotular, em abstrato, a indenização pela perda de uma chance como uma ou outra espécie de dano. Isto somente poderá ocorrer de modo inequívoco mediante a aferição da (in)existência de direitos patrimoniais e existenciais. Ou seja, faz-se imprescindível a apreciação do caso concreto⁹. Aliás, a depender das circunstâncias, poder-se-ia cogitar até mesmo de uma perda de uma chance híbrida. É possível, para nós, que a perda da chance promova a ocorrência simultânea de danos morais e patrimoniais. Basta, para tanto, que afete tanto direitos existenciais quanto direitos patrimoniais.

Pensem em situações que envolvam perda de uma chance e direitos da personalidade em favor de artistas famosos ou de escritores renomados. Nestes casos haverá que se falar, para além das violações a direitos morais de integridade psicofísica e a direitos intelectuais do autor, em danos patrimoniais decorrentes dos impactos porventura percebidos na arte

⁹ Registre-se, no entanto, que no plano jurisprudencial há inúmeros julgados que associam acriticamente perda de uma chance e dano moral. V., a esse respeito, TJ-SP - Apelação APL 10176740420148260577 SP 1017674-04.2014.8.26.0577 (TJ-SP). Data de publicação: 16/10/2015. Ementa: Apelação. Recurso adesivo. Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. 1. Ilegitimidade de parte afastada. A presente ação versa sobre danos morais e materiais decorrentes de suposto descumprimento de contrato firmado entre a autora e a ré. É o que basta para a requerida ser parte legítima a figurar no polo passivo da demanda. 2. Aplicação da teoria da perda de uma chance. A autora perdeu a oportunidade de alcançar situação mais vantajosa, ou menos prejudicial, que muito provavelmente alcançaria, não fosse a conduta praticada pela ré. 3. Nos casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, não há ressarcimento da vantagem perdida propriamente dita, mas da perda da chance em se conquistar a vantagem. Descabe, sob este aspecto, a indenização por dano material, cabendo exclusivamente indenização de ordem moral. 4. A indenização concedida pela perda de uma chance não pode, em qualquer hipótese, resultar na própria vantagem esperada pelo lesado. Deve o montante ser fixado em percentual que incida sobre o total da vantagem que poderia ser obtida, levando em conta o grau de probabilidade de ser configurada sua expectativa. 5. Manutenção do valor fixado. 6. Na distribuição da sucumbência, considera-se o número de pedidos formulados na inicial e o número de pedidos julgados procedentes. 7. No presente caso, os litigantes foram vencidos em parcelas semelhantes, havendo sucumbência recíproca. Recursos não providos.

e obra deste. O mesmo se diga quanto à perda de uma chance aplicável no campo da medicina: falhas perpetradas por profissionais da saúde gerarão danos morais em favor da família e, também, por via de consequência, repercussões patrimoniais em favor dos herdeiros de quem se subtraiu a oportunidade.

Nada obstante, o discernimento conceitual entre perda de uma chance e dano moral, material ou híbrido, ainda que relevante, não apazigua a totalidade do nosso problema de pesquisa.

Agora, pensemos nas hipóteses em que o reflexo patrimonial proveniente da perda de uma chance se enquadre na categoria de dano material ou híbrido: de que tipo será este dano? Lucro cessante, dano emergente ou seria uma categoria jurídica peculiar de dano?

Começemos pela categoria mais fácil de testar à luz de nosso ordenamento jurídico¹⁰: perda de uma chance não se confunde com lucro cessante. Expliquemos.

É premissa da indenização por lucro cessante que a vítima do dano causado tenha condições de demonstrar o que e o quanto deixou de auferir como lucro. Esta certeza, todavia, não é perceptível na indenização decorrente da perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance pressupõe uma única certeza em favor da vítima: a da oportunidade perdida. É dizer, as consequências do impedimento da chance são desconhecidas por todos ou, quando muito, refletem meras presunções. E de presunção não cuida a teoria da perda de uma chance.

É da essência do lucro cessante que a vítima comprove que efetivamente deixou de lucrar. É imprescindível atestar o *quantum* da cessão de lucro ou da diminuição de rentabilidade.

Isso, porém, não ocorre na perda de uma chance. O máximo que se pode provar nesta é a própria existência da chance. É a chance que motiva a indenização. E é isto que se indeniza. Nada mais.

Por essa razão, o mesmo Enunciado nº 444 do CJE, em consonância com a jurisprudência contemporânea dominante, exige que a chance indenizável seja séria e real. Com isso,

¹⁰ De todo modo, há quem defenda essa posição: “entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério equitativo distinguindo a mera ‘possibilidade’ da ‘probabilidade’, e tendo em conta que talvez algum caso seja indenizável a mera ‘possibilidade’, se bem que em menor quantidade de que a ‘probabilidade’, base dos lucros cessantes propriamente ditos”. Cf. BRIZ, Jaime Santos. La responsabilidad civil. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986, p. 269

se excluem ilações e probabilidades da incidência da responsabilidade civil por perda de uma chance. Afinal, “*aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta*”¹¹ e jamais poderá servir de parâmetro para que se defina o que, à título de lucros cessantes, se deixou de ganhar:

Recurso Especial nº 1.255.413 - DF (2011/0127879-6). Relator Min. Mauro Campbell Marques. EMENTA. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISAO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRACAO. LUCROS CESSANTES. NAO-CABIMENTO NA ESPÉCIE. [...] 3. A parte recorrente não tem direito aos lucros cessantes, a teor de que **a ausência de qualquer início de projeto aquático impede que se tenha em consideração expectativa razoável de lucro.** [...] No caso em debate, nem mesmo houve início da construção do empreendimento e da atividade empresarial relativa ao projeto aquático, **o que torna remotos, incertos e apenas imagináveis os lucros cessantes pretendidos. Nem sequer é garantido o sucesso do parque, sendo impossível calcular o faturamento a ser obtido se aberto fosse.** Com isso, não se pode acolher o pedido recursal baseado em mera presunção de rentabilidade.

Não seria equivocado, por esse motivo, apontar que seriedade e realidade da oportunidade são pressupostos adicionais à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Equivocado seria esquecermo-nos de mais um requisito apontado pela jurisprudência pátria, a saber, a atualidade da chance. “*O dano deve ser real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade*”¹². “*O dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável*”¹³:

AgRg no REsp 1220911 RS 2010/0208503-0. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento em 17/03/2011. Publicado no DJe em 25/03/2011. EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. [...] 3. A pretensão não encontra amparo na “teoria da perda de uma chance” (perte d’une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: “se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92). 4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos. 5. *De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir*

¹¹BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno XXX, 1976, p. 60.

¹²REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009.

¹³Idem.

na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras [...], grifamos.

Teríamos, assim, o extenso rol de seriedade de 1) oportunidade; 2) realidade da chance; 3) atualidade do ensejo; 4) conduta do agente; 5) dano provocado; 6) nexo causal ocorrido; e, em sendo o caso, 7) culpa em sentido amplo do ofensor. *A contrario sensu*, não sendo séria, real e atual a chance, tampouco existam os pressupostos genéricos da responsabilidade civil, não haverá que se falar em dever de indenizar.

Sigamos em frente. Poder-se-ia indagar: estaria a perda de uma chance atrelada a dano emergente? Há quem pense que sim. E, adiantamos, com eles concordamos.

Partamos de um princípio: a indenização motivada pela perda de uma chance tem como escopo um decréscimo patrimonial sofrido pela vítima que possuía a aludida oportunidade. O reflexo patrimonial de indenização se justifica pela supressão de algo que pertencia à esfera jurídica do ofendido e que dele foi suprimido. Isto posto, pergunta-se: que patrimônio é este que havia e não há mais? A chance. Nada mais do que isto.

A oportunidade é o motivo primário da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A chance tem, pois, conteúdo notadamente econômico e juridicamente aferível. É a perda desta chance que fez com que o patrimônio da vítima decrescesse. O que se quer ressarcir é essa chance perdida. É esta que reclama indenização: não o que se esperava por hipótese ou presunção lucrar¹⁴.

Assim, a perda de uma chance coincide com o prejuízo suportado pela vítima. Coincide, portanto, com a conceituação de dano emergente, conclusão esta que encontra ressonância na doutrina contemporânea¹⁵.

Como já dissemos, é também essa nossa posição. Não se pune o dano material hipotético; se pune o dano material sério, real e, para alguns, atual. E nada é mais sério, real e atual do que a chance que, integrante do patrimônio jurídico da vítima, foi tolhida pela conduta

¹⁴ Afinal, se tais variáveis fossem cediças, indenizar-se-ia por lucro cessante, não por perda de uma chance. O lucro cessante está para o juízo de certeza assim como a perda de uma chance está para o juízo de probabilidade. Esta é de aplicação residual em relação àquela e, assim, reforçemos, ainda que se trate de perda de uma chance, o que se indenizará será a chance em si, e não a probabilidade, esta não indenizável à título de dano material.

¹⁵ A “vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe [...] no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada”. Cf. SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 11.

ilícita de outrem. O que aqui se indeniza é a própria chance perdida – e não a mera probabilidade de um proveito posterior que sequer poderia vir a ser implementado:

Recurso Especial nº 1.104.665 - RS (2008/0251457-1). Relator Ministro. Massami Uyeda. RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido, grifamos.

Citemos, por fim, Silvio de Salvo Venosa, para quem a perda de uma chance é categoria peculiar de dano. É, para além das tipologias clássicas de lucro cessante e dano emergente, *tertium genus* destacado dos demais danos patrimoniais¹⁶. E, não deixemos de dizer, Silvio Venosa encontra ressonância jurisprudencial:

Recurso Especial nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. EMENTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une 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. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimen-

¹⁶ A teoria da perda de uma chance estaria, para Venosa, "a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante". Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.272.

tada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido, grifamos.

Em suma, por tudo que até aqui se expôs, a perda de uma chance poderá ensejar responsabilidade civil por dano extrapatrimonial ou patrimonial, a depender dos interesses subjacentes que estejam em jogo. Além disso, caso se trate de indenização decorrente da perda de uma chance em âmbito patrimonial, esta poderá assumir as feições de lucro cessante, dano emergente ou, ainda, como uma terceira categoria jurídica autônoma.

Isso posto, sedimentado o acertado consenso quanto à aplicabilidade da teoria, é perceptível a dificuldade de definição do *quantum debeatur* da perda de uma chance. Qual o valor justo para se quantificar a chance perdida? Se, por um lado, lucro cessante e dano emergente têm valores definíveis e palpáveis, o mesmo não se pode dizer da quantificação da chance. Naqueles, basta que se fixe tudo aquilo que a vítima efetivamente deixou de obter. Mas e nesta? Quanto vale uma chance? Como resolver a questão?

Será preciso que fuçamos do direito para que se possa perquirir fundamentos na economia.

3. A economia dos custos de oportunidade: Contribuições da economia para o Direito

Não há como quantificar o quanto se ganharia a partir daquilo que se almejava e tornou-se inviável em decorrência da chance perdida. A única comprovação possível é, como dissemos, quanto à (in)existência da chance. E, a partir daí, surgirá o problema: qual o valor dessa chance? Ademais, que valor os juizes deverão atribuir a essa chance quando da condenação do ofensor em favor do ofendido?

Nossa missão é lançar luz sobre o tema a fim de arrefecer a insegurança jurídica que hoje paira sobre as decisões judiciais que se deparam com a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. E, para que consigamos atingir nosso objetivo, um possível caminho seria, a nosso sentir, o de nos valermos da teoria econômica dos custos de oportunidade, sobre a qual passamos a expor.

É sabido que escolhas importam em renúncias. No entanto, o que não se sabe é o valor de cada uma dessas oportunidades renunciadas ou perdidas. Quanto custa o sacrifício de escolher uma dentre duas ou mais opções possíveis? É disso que cuida a teoria econômica dos custos de oportunidade.

Durante esse processo decisório constante em que nos encontramos, por vezes tomamos decisões menos vantajosas do que outras. Quando isso acontece, incorremos em um sacrifício por não termos escolhido alguma ou algumas das demais opções que poderiam significar maior satisfação de nossos interesses. Nesse cenário, o custo de oportunidade corresponde ao valor do benefício que seria gerado àquele a quem incumbia a decisão caso ele tivesse escolhido agir de modo diverso ao que agiu.

Em outras palavras, como bem define Mankiw:

Custo de oportunidade de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo. Ao tomarem qualquer decisão, como a de frequentar a faculdade, por exemplo, os tomadores de decisões precisam estar cientes dos custos de oportunidade que acompanham cada ação possível. Atletas universitários que podem ganhar milhões se abandonarem os estudos e se dedicarem ao esporte profissional estão bem cientes de que, para eles, o custo de oportunidade de cursar a faculdade é muito elevado. Não é de surpreender que muitas vezes concluam que o benefício de estudar não compensa o custo de fazê-lo¹⁷.

Tentemos ilustrar essa possibilidade a partir de uma situação hipotética.

Imaginemos que determinado indivíduo disponha de uma certa quantia limitada em dinheiro com a qual pretende se casar ou comprar uma bicicleta. Levemos em consideração que ele possuía a quantia necessária para concretizar quaisquer das opções e que inexistiam impedimentos para que ele se casasse ou pedalasse. Admitamos, ainda, que ele devesse escolher entre uma ou outra opção. Suponhamos que o benefício gerado pelo casamento corresponda a R\$ 200,00 e que a vantagem proporcionada pela aquisição da bicicleta equivalha a R\$ 400,00¹⁸. Qual o custo de oportunidade dessa escolha?

Inicialmente, devemos compreender que o cálculo do custo de oportunidade dependerá da escolha do indivíduo. Caso o agente econômico opte pelo casamento, o custo de oportunidade será igual ao que ele deixou de ganhar por ter escolhido comprar uma bicicleta. Em outras palavras, o custo de oportunidade da opção por se casar será obtido a partir do cálculo do valor do benefício que seria auferido na hipótese de ter escolhido comprar uma bicicleta. Por outro lado, se o indivíduo decidir comprar a bicicleta, o custo de oportunidade será igual

¹⁷ MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. 5ª Edição, Cengage Learning, 2009, p. 6.

¹⁸ Entendamos que os valores de R\$ 200,00 e R\$ 400,00 compreendem benefícios diretos e indiretos, não só de índole monetária. “O conceito de custo de oportunidade incorpora, portanto, a noção de que os recursos (humanos, monetários e materiais) utilizados para salvar a vida de uma pessoa não estão mais disponíveis para serem utilizados para outra (ou outras). Neste sentido, não se trata de negar a concepção, tão comum entre os profissionais de saúde, de que a vida não tem preço, mas sim reconhecer que ela tem um custo que se expressa também em termos da saúde de outras”, cf. IUNES, Roberto F.. A concepção econômica de custos. *The economic concept of costs* In PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães. *Economia da saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília, Insituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 1995, nota de rodapé nº 3, p. 228.

ao valor da vantagem que deixará de ganhar caso tivesse decidido se casar. Ou seja, o custo de oportunidade coincidiria com o valor do benefício proporcionado pela compra da bicicleta.

Ilustrativamente, seriam esses os custos de oportunidade de cada uma das escolhas do nosso indivíduo hipotético:

Opção	Benefício Gerado	Custo de Oportunidade	Resultante
Casar	R\$ 200	R\$ 400	$(R\$ 200) - (R\$ 400) = (- R\$ 200)$
Comprar uma bicicleta	R\$ 400	R\$ 200	$(R\$ 400) - (R\$ 200) = (R\$ 200)$

Ao confrontarmos as resultantes das alternativas disponíveis ao indivíduo optante, vemos que seria mais vantajoso, segundo a teoria econômica, que o indivíduo optasse por comprar uma bicicleta ao invés de se casar. Disso se conclui que será eficiente a escolha cujo benefício gerado seja maior do que o custo de oportunidade por não ter escolhido outra opção mais vantajosa. Como bem destaca Varian, *“abrir mão da oportunidade de consumir o bem 2 é o custo econômico real de consumir mais do bem 1”*¹⁹.

É comum usarmos valores monetários para simplificar a comparação entre escolhas do indivíduo. Dessa forma, o valor que atribuímos a determinada escolha representa o ganho de utilidade que teríamos caso escolhêssemos determinada ação, e não o ganho efetivo em dinheiro. Portanto, nesse caso, como o ganho da aquisição da bicicleta é maior que o do casamento, isso quer dizer que o indivíduo atribui uma utilidade maior a comprar uma bicicleta do que a se casar. Logo, como se percebe da tabela apresentada para o caso hipotético, a opção “casar” tem metade da utilidade de comprar a bicicleta.

Em suma, o que queremos dizer é que o cálculo da indenização pela perda de uma chance perpassará a racionalidade dos custos de oportunidade a fim de que, a partir dela, possamos encontrar o valor da utilidade perdida, o qual coincidirá com o *quantum debeatur* a ser pago pelo causador do ato ilícito supressivo da oportunidade.

Por fim, importa esclarecer que só foi possível aplicar o raciocínio dos custos de oportunidade à hipótese porque (1) nela se discutia uma escolha possível dentre duas outras opções igualmente possíveis; (2) as alternativas eram factíveis no momento da escolha; (3) a escolha por uma opção implicava renúncia às demais e; (4) os benefícios gerados por quaisquer das alternativas eram diferentes entre si. No caso específico, não havia dúvidas de que (1) o indivíduo podia se casar, bem como que (2) dispunha de dinheiro para comprar uma bicicleta. Do mesmo modo, (3) a escolha por comprar uma bicicleta impunha renúncia ao matrimônio e vice-versa, assim como (4) os benefícios gerados por quaisquer das alternativas

¹⁹ VARIAN, Hal R.. Microeconomia: Uma abordagem moderna. Elsevier, 2012, p. 25.

eleitas, R\$ 400 e R\$ 200, respectivamente, eram diversos. A realidade das opções e a seriedade das alternativas – a exemplo do que se exige à aplicação da teoria da perda de uma chance – são, do mesmo modo que a singularidade das escolhas e dos benefícios por elas gerados, pressupostos para o cálculo dos custos de oportunidade.

A economia dos custos de oportunidade se dispõe a calcular o quanto se deixou de ganhar a partir de uma chance séria e real que, mais vantajosa, poderia ter acontecido caso o indivíduo racional e livre para escolher tivesse optado por ela. Paralelamente, a teoria da perda de uma chance entende que há dever de indenizar em favor de todo aquele que, por ato ilícito de outrem, se vê tolhido de uma oportunidade que, igualmente séria e real, integrava seu patrimônio jurídico e econômico. Ou seja, em ambos os casos, o que se investiga – seja para fins de cálculo do custo de oportunidade, seja para mensurar a indenização pela perda de uma chance – é a aferição da privação de obtenção de resultados melhores a partir da escolha de outras alternativas. Assim, dada a similitude dos institutos, pensamos que o cálculo das indenizações que reconhecem a teoria da perda de uma chance deveria perpassar o cálculo do custo da oportunidade perdida por aquele que teve sua oportunidade suprimida pela conduta de outrem.

Delineado o contorno teórico da teoria dos custos de oportunidade, passemos à tarefa de correlacionar o cenário econômico com a racionalidade jurídica.

Vamos imaginar a seguinte situação: uma determinada pessoa pretende adquirir um imóvel. Após muito pesquisar o mercado imobiliário da região desejada, duas opções A e B se destacaram: ambas na mesma rua, com o mesmo estado de conservação, com a mesma quantidade de quartos e com a mesma quantidade de vagas na garagem. O imóvel A custava R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e o outro, B, custava R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Utilizando o critério do preço, o comprador desejoso decide iniciar negociações com o proprietário do imóvel A, as quais culminaram na assinatura de uma promessa de compra e venda que, ao menos, corroborava o interesse das partes na compra e venda da propriedade em questão.

Feito isso, os negociantes combinaram data e hora para o pagamento e entrega das chaves. O proprietário, porém, não compareceu. Foi acordada nova data, na qual, mais uma vez, o proprietário alegou não poder estar presente. Uma terceira data foi marcada e, novamente, o vendedor faltou o compromisso. Para piorar, ainda disse ter desistido da celebração do negócio jurídico. O descaso do promitente vendedor foi tanto que, indignado, o promissário comprador decidiu negociar com o proprietário do imóvel B. Ocorre que, nesse ínterim, houve valorização expressiva dos imóveis da região e aquele que antes custava R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), passou a custar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Diante da situação hipotética, a prática do promitente vendedor constitui ato ilícito passível de indenização? É dizer, a frustração da legítima expectativa gerada no comprador desejoso enseja reparação civil?

Certamente que sim. A tutela jurídica que paira sobre o princípio contratual clássico do *pacta sunt servanda* – i.e., o dever de que se cumpra o que se acordou – estimula a cooperação entre as partes, até mesmo como uma forma de potencializar a boa-fé objetiva, também

um princípio regente dos contratos. Além disso, é preciso compreender que as partes investiram na celebração do acordo escrito: o promissário comprador investiu com confiança para celebrar a promessa do promitente vendedor, o qual, por sua vez, tem que investir no cumprimento do contrato. A confiança que aqui se faz presente tem função de duplo aumento, a saber, o ganho das partes aumenta com o adimplemento das promessas e, do mesmo modo, as perdas se potencializam com seu inadimplemento. O propósito do contrato deveria ser a assecuração de um nível ótimo de confiança – *reliance*.

A expectativa de indenização pela ruptura da confiança gera incentivos para o cumprimento das avenças. Essa expectativa, porém, não pode se dar sobre todo e qualquer investimento feito, sob pena de que a super-expectativa e a super-confiança geradas causem danos excessivos. É preciso que, para o propósito da eficiência econômica, a confiança do promissário seja ótima.

E, para que assim seja, pensamos que a teoria da perda de uma chance deva se acoplar ao cálculo dos custos de oportunidade. O comprador desejoso perdeu a chance de adquirir o imóvel B, que também lhe agradaria, por acreditar que o compromisso celebrado com o promitente vendedor do imóvel A seria cumprido. Há, certamente, incidência da teoria da perda de uma chance a fim de que o promitente comprador seja devidamente indenizado. Remanesce, todavia, a dúvida: qual deve ser o valor dessa indenização? Acreditamos, como já dissemos, que a resposta possa ser obtida a partir do raciocínio dos custos de oportunidade:

Opção	Preço	Preço Atualizado	Custo de Oportunidade
Compra do Imóvel A	R\$ 100.000,00	Desistência pelo Vendedor	-
Compra do Imóvel B	R\$ 120.000,00	R\$ 200.000,00	R\$ 80.000,00

Tendo em vista a desistência do promitente vendedor, não há como calcular os custos de oportunidade dessa possibilidade porque, como visto anteriormente, a teoria pressupõe que as opções estejam disponíveis no momento da escolha. Assim, diante da recusa por parte do vendedor, devemos raciocinar os custos de oportunidade a partir da alternativa que se mostra disponível, dentre as eleitas pelo comprador, no momento de aposição da escolha, qual seja, a de adquirir o imóvel B pela quantia de R\$ 200.000,00.

Nesse cenário, o custo de oportunidade pela chance perdida de ter adquirido imóvel semelhante a um preço melhor é R\$ 80.000,00, isto é, o valor da oportunidade perdida ou de quanto o comprador desejoso deixou de auferir de benefício. Caso não tivesse perdido, em

razão da conduta ilícita de outrem, a chance de comprar o imóvel B quando o mesmo se encontrava a R\$ 120.000,00, o comprador desejoso não teria incorrido no dano equivalente ao valor da diferença entre o preço de venda pretérito e o custo atualizado que teria de ser pago por ele.

Ao confiar no compromisso celebrado com o promitente vendedor do imóvel A, o promissário comprador foi impedido de beneficiar ou evitar uma desvantagem por conta daquele. A chance de ter pago um valor menor (R\$ 120.000,00) do que o preço atual (R\$ 200.000,00) já integrava o patrimônio jurídico do promissário comprador e, portanto, sua perda deve ser indenizada para reparar sua confiança ótima, que, não podendo ser excessiva, será consentânea ao custo de oportunidade da alternativa perdida, qual seja, R\$ 80.000,00.

Visto isso, convém questionar: como se posicionam os Tribunais brasileiros em relação ao tema? Que parâmetros utilizam os julgadores para que consigam encontrar o valor da chance perdida? Aliás, há – como deveria haver – parâmetros?

É o que pretendemos descobrir. Sigamos para o estudo da jurisprudência selecionada.

4. Por uma Análise Econômica da Responsabilidade Civil pela perda e uma chance: Análise da Jurisprudência selecionada.

Nessa seção olharemos para a jurisprudência e dela selecionaremos alguns dos julgados em que a teoria da perda de uma chance foi aplicada. Então, a partir desses acórdãos, analisaremos os argumentos jurídicos sob a ótica da economia dos custos de oportunidade.

Começemos pelo caso de político que perde a chance de ser eleito. Um candidato a Vereador, que se encontrava no topo das pesquisas de intenções de voto, é surpreendido, às vésperas das eleições, com notícias desabonadoras – e reconhecidamente inverídicas – divulgadas a seu respeito por emissora de rádio local. Confundiu-se a emissora de rádio – maliciosamente ou não²⁰ – ao reportar a cassação, pela prática de atos ilícitos, da candidatura de político homônimo que, a despeito de ser filiado ao mesmo partido do candidato vitimado, era de localidade diversa da dele. Sobrevém o resultado das eleições e, por apenas 8 votos de diferença, o candidato não foi eleito para o cargo que disputava. Indignado, o político requereu reparação civil ao argumento de que a chance da eleição foi perdida em decorrência da publicação inverídica das reportagens, o que foi acolhido pela 1ª e 2ª instâncias do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e mantido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Resp nº 821.004 - MG (2006/0035112-2). Rel. Min. Sidnei Beneti. EMENTA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE

²⁰O que desafiaria o debate acerca da *knowledge of falsity*, da *reckless disregard of whether it was false or not* e da existência de *serious doubts* a respeito do conteúdo da informação noticiada, os quais servem de parâmetro, em outros ordenamentos jurídicos, para definir quando há ou não dever de indenizar por parte dos meios de comunicação. V., quanto a isso, o Recurso Especial nº 680.794-PR cujo voto do relator Min. Luis Felipe Salomão reconhece a pertinência desses critérios.

GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NAO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NAO REEXAMINÁVEL PELO STJ. [...] II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a **possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida**. III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que **era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes**, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.V.- Recurso Especial improvido.

Reconhecida a chance perdida, coube ao Poder Judiciário quantificar o valor dessa chance. Em 1ª instância, fixou-se o valor equivalente a 30 salários mínimos a título de danos morais, acrescidos da quantia correspondente ao valor do subsídio mensal do cargo de Vereador pelo período de 4 anos de mandato (R\$ 82.944,00). Em 2ª instância, a condenação foi reduzida para a quantia de R\$ 41.472,00, *i.e.*, o valor da remuneração que, caso não tivesse perdido a chance de ser eleito, proporcionalmente receberia o candidato pela metade do tempo de mandato. Por quê? Porque, de acordo com o TJMG, esse valor seria convergente à probabilidade de sua eleição que – reitere-se, segundo o TJMG – seria de 50%.

Ocorre que, com o devido respeito, o cálculo da probabilidade de eleição do candidato não é tão simples como deu a entender o TJMG, como se houvesse apenas duas variáveis possíveis a serem consideradas, eleito e não eleito, cada uma com 50% de expectativa de acontecer. Muitas outras variáveis deveriam ter integrado a equação: qual o número de eleitores do Município em questão? Qual o número de candidatos que disputavam a eleição para o cargo de Vereador? Qual o coeficiente eleitoral de Carangola/MG? Qual a posição do candidato no *ranking* das intenções de voto em comparação com os demais candidatos? Como ficou esse *ranking* após a divulgação das notícias pela rádio? Qual o impacto da emissora de rádio? Enfim, um sem número de variáveis deveriam ter sido levadas em conta para calcular a probabilidade da eleição do candidato a Vereador.

Qual a solução? A nosso sentir, melhor teria sido calcular o custo da oportunidade perdida pelo pretense Vereador, o que levaria em conta a utilidade esperada pelo político, o que, certamente, não coincidiria com o valor que seria por ele recebido ao longo de metadado mandato – o que, convenhamos, não faz muito sentido, tendo em vista que seria preciso aferir, estatisticamente, quantos políticos, em eleições anteriores, deixaram de cumprir integralmente seus mandatos e, ainda, quantos desses que deixaram de cumpri-los, o fizeram por circunstâncias alheias a sua vontade. Somente assim seria possível chegar próximo a um valor condizente ao quanto realmente valia a chance perdida.

Sigamos para o caso do advogado que perde prazo em desfavor de seu cliente. O advogado detém capacidade postulatória para se manifestar em Juízo e, de um modo geral,

praticar os atos processuais pertinentes em favor daqueles que, mediante um instrumento de mandato, outorgam a ele o poder-dever de representá-los. A relação entre advogado e cliente é qualificada pela confiança que este deposita naquele. E, em razão disso, a desídia do patrono pode gerar o dever de indenizar em favor do cliente prejudicado.

No entanto, a não apresentação de contestação ou a não interposição de recurso não bastam, por si, para que se configure a perda de uma chance porventura pertencente ao cliente. Será preciso demonstrar a seriedade e a realidade da probabilidade de êxito da demanda proposta ou dos meios de impugnação apresentados, consoante decidiu a 4ª Turma do STJ:

REsp nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. EMEN-
TA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA
CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PE-
LO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMEN-
TE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA
DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO
EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (*perte
d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emer-
gente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro,
precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que mui-
to provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a per-
da de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida
ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indiví-
duo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos
acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabili-
dade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e di-
ante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, **as demandas
que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a par-
tir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo,
eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só
fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em
apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática respon-
sabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente
necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a
parte teria de se sagrar vitoriosa.** 3. Assim, a pretensão à indenização por danos
materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir total-
mente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento
extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolu-
tamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma
chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso
especial conhecido em parte e provido.

Ultrapassada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance à rela-
ção jurídica que se estabelece no binômio advogado-cliente, remanesce a árdua tarefa de
quantificar o benefício não auferido ou o prejuízo suportado que correspondam à chance per-
dida pelo cliente com a conduta negligente de seu advogado. Na hipótese dos autos referentes
ao REsp nº 1.190.180, o cliente contratou dois advogados para que o defendessem em um
outro processo em que era réu. Os advogados, porém, descuidaram de sua representação e,
inclusive, perderam o prazo para apresentar tempestivamente sua contestação. Por consequen-
te, o cliente foi condenado a pagar, na ação em que era réu, a vultosa quantia de R\$
335.938,96, acrescidos de honorários e custas. Revoltoso, o cliente demandou os advogados
EALR, V. 9, nº 1, p. 202-225, Jan-Abr, 2018

para requerer indenização com base na teoria da perda de uma chance. Segundo o cliente, caso os advogados por ele contratados não tivessem sido descuidados em sua defesa, a demanda contra ele proposta não teria sido julgada procedente.

Em relação aos valores de condenação, o juiz de 1ª instância julgou procedente o pedido do cliente e condenou os advogados a o indenizarem no valor de R\$ 93.600,00, acrescidos das respectivas verbas sucumbenciais. Em 2ª instância, porém, o quantum indenizatório foi reduzido para o montante de R\$ 25.000,00, a título de danos morais – o que fez com que o STJ, no REsp em comento, anulasse a decisão do TJRS por considerá-la *extra petita*, tendo em vista que o autor requereu apenas danos materiais na inicial. Nesse caso, por se tratar de danos morais, não houve qualquer fundamentação econômica para ratificar o valor de R\$ 25.000,00, pelo que os parâmetros foram, exclusivamente, de índole moral, tendo o Magistrado de piso considerado o valor justo por ser necessária e suficiente para atenuar o sentimento de frustração experimentado pelo cliente²¹. A insegurança jurídica que paira sobre a definição do valor de indenização da perda de uma chance compromete a juridicidade da teoria e até mesmo o dever constitucional de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas.

Passemos para o **caso do sorteio que já foi sorteado**. Uma determinada consumidora se dirigiu a um supermercado e, ao pagar suas compras, descobriu que estaria participando de uma promoção na qual seriam sorteados vales-compras e imóveis aos vencedores. Para tanto, recebeu um bilhete promocional que lhe garantia o direito de participação nos respectivos sorteios. O tempo passa e a sortuda consumidora recebe um comunicado para lhe dar duas notícias: uma boa e outra ruim. A notícia boa era a de que a consumidora havia sido selecionada para ganhar um vale-compras e que todos os sorteados contemplados com vales-compras concorreriam aos imóveis que também seriam sorteados. A notícia ruim era a de que o sorteio das casas já havia ocorrido há algum tempo sem sua participação e que, portanto, ela ficaria apenas com o vale-compras. Decepcionada, a consumidora ingressou com ação contra o supermercado.

Após desenvolvimento regular da demanda, o processo chegou ao STJ, que considerou que houve violação do dever contratual de assegurar as condições da promoção ofertada aos consumidores e que, por conta disso, nasceria o dever de indenizar decorrente da perda da chance de ter participado do sorteio referente às casas. Em outras palavras, a consumidora perdeu a chance de ganhar uma das casas que faziam parte do sorteio.

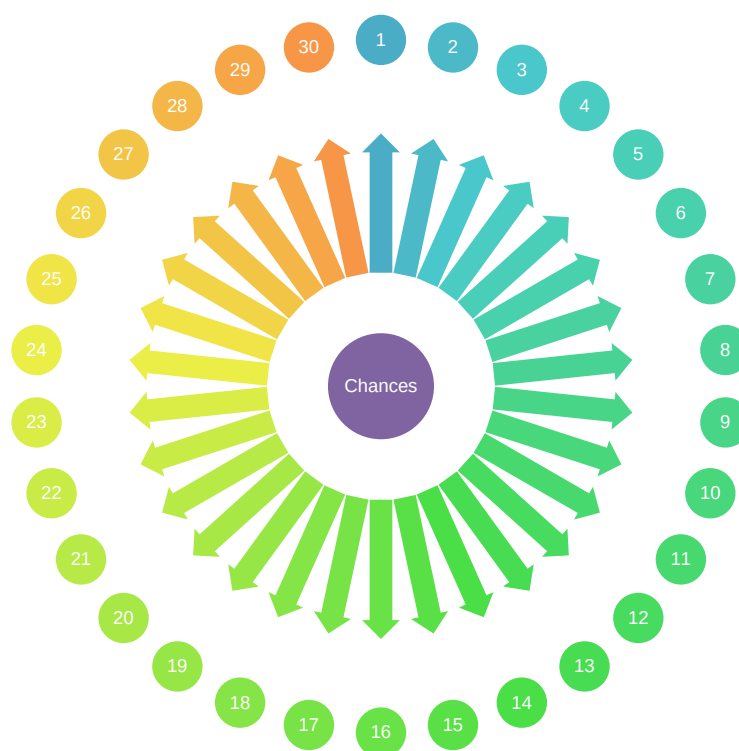
Feito o breve relato do caso e sedimentada a possibilidade de aplicação da teoria, qual deveria ser o valor da indenização pela perda de uma chance?

O sorteio das casas ocorreria, como dito, entre aqueles sorteados que tivessem sido contemplados com vales-compras. No total, foram 900 pessoas sorteadas com vales-compras, as quais, em tese, concorreriam a uma dentre 30 casas que seriam posteriormente sorteadas. O valor da avaliação de cada uma dessas 30 casas era, à época, de R\$ 40.000,00. Como decidiu

²¹ Apenas para esclarecer, o STJ anulou o acórdão do Tribunal de Justiça por considerá-lo incompatível com o princípio da adstrição, da correlação lógica ou da congruência. Os autos retornaram à 2ª instância e lá se decidiu pela improcedência do pedido autoral. Justa ou injusta, a decisão final foi no sentido de que, por questões de forma jurídica, a parte lesada nada devia receber.

o STJ? Uma vez que 900 pessoas concorriam a 30 casas, a 4ª Turma do STJ entendeu por bem condenar o supermercado ao pagamento de $1/30$ do valor de cada casa. Ousamos, no entanto, discordar da decisão.

Embora a consumidora tivesse $1/30$ de chance de ganhar uma casa, estavam em jogo, no total, 30 casas. Ou seja, a chance dela era equivalente a, na verdade, 30 sorteios – e não a $1/30$ do valor de uma casa. O cálculo do custo de oportunidade pela perda da chance de ter podido participar dos 30 sorteios deve levar em consideração o valor total de cada uma dessas chances. Assim, na medida que em cada um desses sorteios se disputava um bem cujo valor era de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e que 30 (trinta) sorteios seriam realizados para selecionar ganhadores, o raciocínio dos custos de oportunidade nos permitirá chegar à utilidade esperada pela consumidora:



Explicando o gráfico, se há 30 chances para ser contemplada com um prêmio de R\$ 40.000,00, o valor justo da indenização pela perda dessa chance específica seria equivalente a $1/30$ de R\$ 1.200.000,00, *i.e.*, o valor total correspondente às chances da consumidora. O ressarcimento pela perda da chance deveria ser, portanto, de R\$ 40.000,00, o que acabaria coincidindo, sem quaisquer problemas teóricos, com o valor de uma das casas sorteadas. É bem verdade que a perda de uma chance não se presta a remunerar a integralidade do benefício que se esperava obter, o que, *prima facie*, afastaria o valor de R\$ 40.000,00. Ocorre que, por mais que esse seja o valor de uma das 30 casas, é preciso perceber que a consumidora não tinha apenas uma chance de ganhar a casa: na verdade, ela possuía 30 chances – que teriam o valor

total de R\$ 1.200.000,00 – de ganhar uma casa, de modo que a quantia de R\$ 40.000,00 não corresponde ao proveito que ela poderia ganhar.

Assim, a condenação a 1/30 de R\$ 40.000,00 não remunerou a chance da consumidora. Ressarcir, apenas, 1/30 das 30 chances que ela possuía.

Finalmente, chegamos ao famoso caso do programa televisivo Show do Milhão.

O Show do Milhão era um programa de televisão que consistia em um jogo de perguntas e respostas que poderia render ao participante o prêmio que intitulava a atração. Os interessados se inscreviam como pretensos participantes e aqueles que fossem selecionados se submeteriam a uma sabatina que poderia premiá-los com a quantia de R\$ 1.000.000,00 em barras de ouro. Uma determinada participante mostrou desempenho exemplar e, respondendo corretamente todas as perguntas que lhe foram questionadas, logrou êxito em chegar até a pergunta que valia o prêmio máximo do programa. Lá chegando, porém, se deparou com uma pergunta que, em tese, não sabia responder e optou por desistir de sua participação – o que lhe conferiria o prêmio de R\$ 500.000,00 até então acumulados.

Ocorre que, ao chegar à casa e pesquisar a indagação proposta pelo programa, a participante verificou que havia equívocos no enunciado da questão que indagava sobre informação supostamente constante da Constituição mas que lá não se encontrava. Insatisfeita, a participante demandou a BF Utilidades Domésticas, pessoa jurídica que seria a responsável pelo pagamento dos valores de prêmio aos vencedores, requerendo a invocação da teoria da perda de uma chance em razão da supressão de sua oportunidade de ter ganhado R\$ 1.000.000,00.

Em 1ª instância, decidiu-se pela procedência do pedido da participante para condenar a ré ao pagamento do que deixou de ganhar, i.e., R\$ 500.000,00– o que se somaria aos outros R\$ 500.000,00 que já tinham sido pagos à participante.

Houve apelo por parte da BF Utilidades Domésticas, mas o Tribunal de Justiça da Bahia manteve a decisão. Ainda inconformados, os advogados da ré interpuseram novo recurso especial que, apreciado pelo STJ, reformou a decisão do Tribunal de Justiça para reduzir a condenação para o patamar de R\$ 125.000,00, sob o argumento de que esse valor corresponderia a 1/4da chance de acerrar a resposta correta da pergunta que valia R\$ 500.000,00:

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.(REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006);

Ousamos, mais uma vez, discordar do STJ. O valor de R\$ 125.000,00 não se coaduna com a chance perdida pela participante. Não há como presumir que alguém que respondeu corretamente todas as questões até então postas teria, apenas, 1/4 de chance de acertar mais uma pergunta. Ademais, igualmente não nos é dado pressupor que a participante não sabia a resposta certa da questão – que, como vimos, sequer possuía resposta correta.

De todo modo, assim como não concordamos com a quantia de R\$ 125.000,00, também divergimos da condenação anterior de R\$ 500.000,00, na medida em que perda de uma chance não se confunde com lucros cessantes. Compreendemos a alegação da autora no sentido de que, por inexistirem respostas corretas, a questão deveria ser anulada a fim de garantir-lhe a premiação integral do programa. No entanto, não concordamos com essa posição. É que, ainda que equivocado o gabarito, não podemos deixar de notar que havia ao menos uma resposta que, segundo o sistema do programa, se mostraria como correta. Caso a participante tivesse arriscado quaisquer das alternativas, poder-se-ia questionar a validade do gabarito e, caso confirmada sua impertinência, talvez fosse o caso de anulação, conduzindo a uma premiação integral – afinal, não há como cogitar da realização de novo questionamento em data e programa posteriores porque não haveria como garantir que a participante estaria tão bem quanto estava naquele dia. Todavia, em razão da desistência da participante, pensemos a hipótese assumindo que ao menos uma das respostas era apontada como correta pelo Show do Milhão.

Admitamos que a alternativa correta fosse a letra A e que, portanto, a escolha por quaisquer das demais alternativas (B, C e D) faria com que a participante errasse a questão. As conseqüências possíveis seriam a de (1) acertar a resposta e sagrar-se vencedora do programa com o prêmio de R\$ 1.000.000,00; (2) arriscar alguma das alternativas incorretas e, por conseguinte, perder tudo o que até ali houvesse ganhado²² e; (3) desistir de responder à pergunta final e, com isso, garantir o prêmio de R\$ 500.000,00 que até então tinha conquistado.

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que não cabia à participante optar entre (1) ganhar; (2) perder ou; (3) desistir. Essas seriam apenas os resultados possíveis diante de suas opções. Isso porque, não havia como a participante escolher acertar ou errar a questão. Ela só poderia escolher entre respondê-la ou não. O fato é que, quando do cálculo do custo de oportunidade, a participante ponderaria, dentre suas escolhas, aquela que seria capaz de conferir a utilidade por ela esperada, qual seja, a obtenção do prêmio de R\$ 1.000.000,00.

Por esse motivo, ainda que se entenda que a participante tinha 1/4 de chance de acertar a resposta correta da pergunta, é preciso enxergar que essa razão deveria ser calculada sobre a utilidade esperada por ela e não sobre o valor de R\$ 500.000,00, como fez o STJ. A nosso sentir, o custo de oportunidade por ter optado por não responder à questão seria equivalente a R\$ 250.000,00, *i.e.*, 1/4 de R\$ 1.000.000,00, cujo resultado corresponderia à chance perdida.

²² Na verdade, o candidato sairia do programa com R\$ 300,00 (trezentos reais) referentes ao prêmio de participação.

Em suma, na medida em que o raciocínio do custo de oportunidade acaba por revelar o cálculo da utilidade esperada, pensamos que a indenização pela perda de uma chance deve refletir justamente esses valores a fim de que possa ser, a um só tempo, justa e eficiente.

5. Considerações Finais

A intuição de que devemos aproximar a teoria jurídica da perda de uma chance e a economia dos custos de oportunidade tem como pretensão o afastamento da insegurança jurídica que hoje paira sobre o tema. Reconhece-se a juridicidade da indenização pela perda de uma chance, mas faltam parâmetros objetivos que contribuam para definir o valor a que ela deva corresponder. Essa foi a missão que aqui empreendemos.

A teoria da perda de uma chance e a do custo de oportunidade têm em comum o fato de que, em ambas as situações, a oportunidade perdida é a grande protagonista. O que difere as duas teorias, porém, é o motivo pelo qual essas oportunidades se perderam.

Ao passo que para o cálculo do custo de oportunidade o que importa é o valor da oportunidade perdida em decorrência de uma escolha equivocada por iniciativa exclusiva do próprio optante, a teoria da perda de uma chance se ocupa de raciocinar o impacto econômico no patrimônio do potencial optante que, pela conduta de outrem, se vê premido de uma ou mais oportunidades que estavam a seu dispor – e que, mais do que isso, já pertenciam a sua órbita jurídica de direitos e deveres.

Nossa pretensão é a de lançar nova luz sobre um tema que, embora debatido desde longa data, ainda não havia experimentado a inédita abordagem que aqui expusemos.

6. Referências

AAGAARD, Tood S.. Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases. *Michigan Law Review*, Vol. 96, No. 5, 1998. *The Michigan Law Review Association*. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1290180>. Acesso em: 22.11.16.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Responsabilidade Civil do advogado*. RT, São Paulo, n. 697, 1993.

BOCCHIOLA, Maurizio. Perditadi una chance e certezza Del danno. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XXX, 1976.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Perditadi una chance e risarcimento* Del danno. In *II Foro Italiano*, v. LXXXVIII, parte quarta, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965.

BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. 4ª ed., Madri: Montecorvo, 1986.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUPIS, Adriano de. *II Danno: teoria generale della responsabilita civile*. 2 ed. 2 v., Milano: Giuffré, 1996.

DIAS, Sergio Novais. *Da Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma chance*. São

Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, vol. 840.

IUNES, Roberto F. A concepção econômica de custos. The economic concept of costs In PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães. *Economia da saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília, Insituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 1995.

JANSEN, Nils. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, No. 2, 1999. Oxford University Press. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20468270>. Acesso em: 16.05.17.

PACCHIONI, Giovanni. *Diritto Civile Italiano*. Parte seconda: Diritto Delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delitti, Padova: Cedam, 1940.

PEEL, Edwin. 'Loss of a Chance' Revisited: Gregg v Scott. *The Modern Law Review*, Vol. 66, No. 4, 2003. Wiley on behalf of the Modern Law Review. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3699009>. Acesso em: 18.09.16

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown & Company, 1972.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade civil do advogado*. Revista de Direito Privado, São

Paulo, n. 10, 2002.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. 5ª Edição, Cengage Learning, 2009, p. 6.

NORONHA, Fernando. Resposabilidade por perdas de chances. In: *Revista de Direito Privado*. n. 23. Julho-Setembro de 2005.

REECE, Helen. Losses of Chances in the Law. *The Modern Law Review*, Vol. 59, No. 2, 1996. Wiley on behalf of the Modern Law Review. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1097413>. Acesso em: 18.09.16.

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

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. M.. *Dano Moral: Questões Controvertidas*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

EALR, V. 9, nº 1, p. 202-225, Jan-Abr, 2018

224

STAUCH, Marc. Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 17, No. 2, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/764589>. Acesso em: 13.03.17.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARIAN, Hal R.. *Microeconomia: Uma abordagem moderna*. Elsevier, 2012, p. 25.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.