

DÉBORA DE AZEVEDO OLIVEIRA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A SUA APLICAÇÃO NOS
CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2020

DÉBORA DE AZEVEDO OLIVEIRA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A SUA APLICAÇÃO NOS
CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS- 2020

DÉBORA DE AZEVEDO OLIVEIRA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A SUA APLICAÇÃO NOS
CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Anápolis, ____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A DEUS e a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão dessa etapa ímpar, em especial, meus Pais.

*“O seu melhor já é mais que o necessário”. Autor
Desconhecido.*

RESUMO

A presente monografia analisou a teoria da perda de uma chance e a sua aplicação nos casos de responsabilidade civil do Estado. O estudo é relevante para o cenário material e jurisprudencial. O objetivo geral desta monografia é analisar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do Estado. Para tanto, a abordagem metodológica utilizada consubstanciou-se em compilação bibliográfica, material documental e jurisprudencial, instrumentalizada por método positivista. A partir desse estudo verificou-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance em casos onde se busca a responsabilização estatal detêm particularidades e dificuldades únicas, que devem ser observadas pelos operadores do direito a fim de se consolidar a reparação do dano pela chance perdida.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Chance. Perdida. Aplicabilidade.

LISTA DE SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
REsp	Recurso Especial.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
TJGO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I- RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	3
1.1. Aspectos históricos e o conceito de responsabilidade civil	3
1.2. A responsabilidade civil extracontratual do Estado por condutas administrativas no direito brasileiro	7
1.3. Evolução histórica da responsabilidade estatal	8
1.3.1. Teoria da irresponsabilidade	10
1.3.2. Teoria da responsabilidade subjetiva- com culpa ou culpa administrativa	11
1.3.3. Teoria da responsabilidade objetiva ou do risco	12
1.4. Pressupostos da responsabilização estatal.....	13
1.5. Causas excludentes de responsabilidade	14
CAPÍTULO II- A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	17
2.1. Origem e noção conceitual.....	17
2.2. Pressupostos gerais e específicos: chance séria e real.....	21
2.3. Natureza Jurídica	24
2.4. Quantificação do dano pela perda de uma chance	27
CAPÍTULO III- A PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	31
3.1. Reconhecimento e aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na perspectiva atual	31
3.2. A chance perdida nos casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado- uma análise jurisprudencial	34
3.3. Posicionamentos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.....	39
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico prestou-se a analisar a teoria da perda de uma chance e a sua aplicação nos casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

A relevância deste estudo deve-se em razão da tendência de ampliação do conceito e da extensão dos danos ressarcíveis no campo da responsabilidade civil. Nesta temática, as expectativas tornam-se cada vez mais presentes nas relações obrigacionais entre indivíduos, tornando passível de ressarcimento as chances perdidas, e refletindo até mesmo nas relações reparatorias entre Estado-vítima.

Consoante a ausência de legislação expressa tratando da teoria, grande parcela da doutrina e dos juristas entendem ser aplicável a perda de uma chance, porém, de maneira não uníssona, ocasionando confusão no seu entendimento e controvérsias em julgados, o que reflete até mesmo nos casos de responsabilização de entidades públicas com fundamento na teoria da perda de uma chance.

O objetivo geral desta monografia é analisar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do Estado, promovendo uma abordagem doutrinária e jurisprudencial em torno do assunto.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada consubstanciou-se em compilação bibliográfica, material documental e jurisprudencial, instrumentalizada por método positivista.

A partir desse estudo, apresentou-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos em que se imputa a responsabilidade civil do Estado

detêm de particularidades e dificuldades únicas que devem ser observadas pelos operadores do direito, a fim de se esclarecer e consolidar a reparação do dano pela chance perdida.

No primeiro capítulo apresentou-se a responsabilidade civil do Estado, com a contextualização histórica, bem como conceitual do instituto da responsabilidade civil, ressaltando a sua presença nas mais diversas e antigas civilizações, até a sua evolução no direito brasileiro.

Logo após, adentrou-se na responsabilidade civil do Estado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, descrevendo o seu conceito e evolução histórica, desde a teoria da irresponsabilidade até a atualmente adotada teoria da responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo. Abordou-se, também, os pressupostos e as causas que excluem o dever estatal de reparar.

No segundo capítulo, abordou-se a teoria da perda de uma chance, sua origem de traços Franceses, até a sua consagração no Brasil por meio do famoso *leading case*- “Show do Milhão”, no ano de 2005. Elucida-se seus pressupostos gerais e específicos: seriedade e realidade, elementos imprescindíveis, sem os quais a chance vem a ser uma mera exasperação subjetiva, não merecendo proteção jurídica.

Ainda, para compreender a teoria em comento, apresentou-se o impasse doutrinário e jurisprudencial quanto a sua natureza jurídica, a qual se encontra acometida de singularidades que refletem diretamente na avaliação quantitativa do dano.

Por fim, no último capítulo, demonstrou-se a possibilidade de responsabilização do Estado pela perda de uma legítima expectativa em razão de uma conduta (comissiva/ omissiva), exemplificando-a por meio da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que demonstram as tendências em torno dessa perspectiva.

CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No presente capítulo, será abordada a responsabilidade civil do Estado. Inicialmente, será feita a exposição dos aspectos históricos do instituto da responsabilidade civil, abarcando desde o período de talião até o reconhecimento da responsabilidade objetiva com o advento da Revolução Industrial. Posteriormente, será abarcado o seu conceito.

Adiante, será sistematicamente delineada a responsabilidade civil do Estado por atos administrativos no Direito Brasileiro, bosquejando desde as teorias que motivaram o seu reconhecimento até a sua efetivação na teoria objetiva- risco administrativo, a apresentação do seu conceito, pressupostos e a causas que excluem a responsabilidade estatal.

1.1. Aspectos históricos e o conceito de responsabilidade civil

Desde a Revolução Cognitiva, a espécie humana tem buscado a convivência em agrupamentos, os quais foram se formando mediante a reunião de centenas, milhares ou milhões de indivíduos. Este fato levou a humanidade à criação de uma gigantesca teia de relacionamento interpessoal (HARARI, 2017).

Não obstante no passado fossem aglomerações menores e mais modestas, hodiernamente, o ser humano vem se estabelecendo por meio de densos povoados, construindo, adquirindo e produzindo produtos de inúmeras formas (AMARAL, 2015). Mesmo em modestos grupos de indivíduos, o direito sempre

esteve presente na realidade dos povos desde a organização primitiva até a mais atual forma de sociedade.

Isso se justifica pois, no âmbito das relações humanas, não são raras as situações geradoras de consequências jurídicas, econômicas ou políticas. As primeiras relações estabelecidas entre indivíduos, que se deram entre elementos de uma mesma sociedade/ meio social, geraram um dever/obrigação que ocasionaram divergências, confrontos, crimes ou até mesmo disputas (TARTUCE, 2018).

Antigamente, no período de Talião, se houvesse conflitos, divergências ou crimes que viessem a resultar em danos, propagava-se a ideia da vingança privada, imediata e brutal. Nesse período, não se tinha a efetiva reparação do dano, mas sim, a represália em fazer o agressor sofrer de forma igualitária o dano ocasionado à vítima. Essa ideia de vingança figurou por muito tempo como sendo a única alternativa para reparar os danos ocasionados a vítima (TARTUCE, 2018).

Posteriormente, com o Código de Manu (hinduísta), adveio a reparação do dano por meio da compensação econômica, incidindo a aplicação de multa/ indenização ao prejudicado e, deflagrando, assim, o início da superação da ideia de vingança, da retaliação que se tinha no período anterior (TARTUCE, 2018).

Ressalta-se que, até esse momento, não se tinha a figura do Estado como interventor na resolução dos conflitos, somente as partes que buscavam fazer valer seus pretensos direitos pelos meios que lhe eram disponibilizados à época.

Mais adiante, com a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), no Direito Romano, houve a manifestação da compensação tarifada, na qual para quase todos os tipos de dano tinha-se um valor previamente estabelecido, sendo uma compensação imposta de forma obrigatória e independente da culpa. Entretanto, por ora, a vingança ainda era aplicada quando não fosse obtido acordo entre a vítima e o agressor (MOLTOCARO; TAMAOKI, s/d, *online*).

Nesse período, o Estado já intervinha nas relações jurídicas entre o agente causador do dano e a vítima, mas apenas nos casos de aplicação ao direito de retaliação (DINIZ, 2018).

Somente com a *Lex Aquilia de Damno* ou Lei Aquiliana, que houve a

inserção da culpa na responsabilidade civil, sobre esse contexto, ensina Maria Helena Diniz, que a Lei Aquiliana “[...] veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação” (2018, p.28).

No âmbito da culpa aquiliana a reparação do dano mediante a indenização pecuniária pelo agente causador somente se legitimaria se demonstrada a sua culpa. Nesse diapasão, o Poder Público intervinha nas relações e conflitos privados estabelecendo um valor prévio aos prejuízos causados e impondo ao lesado a composição em desfavor da vingança privada, tratava-se de uma contrapartida tarifada. Contudo, não havia distinção da responsabilidade civil para a penal, o que, posteriormente, só foi feito na Idade Média (DINIZ, 2018).

Adiante, com o Código Francês, não mais se admitiu a compensação tarifada e obrigatória. Estabeleceu-se princípios geradores para a responsabilidade civil, os quais tiveram como principal influência o jurista francês Domat (DINIZ 2018 apud Domat,1689).

Nesse contexto, Maria Helena Diniz afirma que a responsabilidade civil também evoluiu quanto ao seu fundamento, ou seja, na justificativa para que alguém deva ser obrigado a ressarcir o dano ocasionado. A essa altura, o ônus em reparar não mais se fundava somente na culpa, incluindo o risco (responsabilidade objetiva) em sua aferição (DINIZ, 2018 apud Domat,1689). Sobre esse período, Carlos Roberto Gonçalves complementa:

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.(2018, p.26).

Estabeleceu-se então princípios gerais norteadores para a responsabilidade civil, abandonando a imposição de uma compensação obrigatória, e distinguindo a responsabilidade civil da penal.

Ademais, com os tempos modernos após a Revolução Industrial, o advento das máquinas, a crescente produção e circulação de mercadorias pelas indústrias, o uso de meios de locomoção, bem como o aumento populacional, potencializou a exposição a insalubridades e riscos de acidente de trabalho (DINIZ, 2018).

Nesse período, a reparação com base somente na culpa não se mostrava suficiente para cobrir os prejuízos causados pelos perigos das atividades humanas, fazendo-se necessário, a objetivação da responsabilidade através do risco, a qual prescindia de comprovação do elemento culpa. Desse modo, todo risco gerado por atividade exercida passa a ser garantido pela reparação e independentemente da aferição de culpa, como reflexo dessa inserção é o artigo 927 e parágrafo único do Código Civil de 2002 (DINIZ, 2018).

No Direito Brasileiro, a evolução da responsabilidade subjetiva (com culpa) se deu por meio da culpa presumida, que teve como marco inicial o Decreto Lei nº 2.681/1912, mais precisamente em seu artigo 17, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Mais adiante, com Lei nº 6453/1977 que trata sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, também disciplinou em casos específicos de acidente nuclear a obrigação pela reparação do dano por parte do operador, livremente de culpa (TARTUCE, 2018).

Dito isso, em razão do desenvolvimento histórico e evolucionário da ideia de responsabilidade no transcorrer dos anos- que abarcaram desde a vingança privada até a incisiva aplicação da responsabilidade objetiva e subjetiva-, busca-se conceituar o instituto da responsabilidade civil, contudo, muitas são as divergências doutrinárias com relação a um conceito uníssono do presente instituto, existindo autores que se baseiam na definição de culpa, e outros que tomam como premissa o ônus de reparar o dano (DINIZ, 2018).

Entretanto, abstraindo as discordâncias doutrinárias em torno do assunto e analisando em linhas gerais as várias definições acerca do tema, entende-se por

responsabilidade civil a imposição de medidas que obriguem o agente causador do dano a reparar o prejuízo, seja patrimonial ou extrapatrimonial, ocasionado em razão de um ato lesivo que violou a esfera juridicamente protegida de outrem. Em linhas gerais, trata-se do dever de indenizar o dano causado (DINIZ, 2018; TARTUCE, 2018).

1.2. A responsabilidade civil extracontratual do Estado por condutas administrativas no direito brasileiro

O Estado é um sujeito de direitos e deveres que tem para si prerrogativas e obrigações previstas em lei e, conseqüentemente, encargos coletivos suportados em razão de atividades administrativas que venha a desempenhar em prol da coletividade. Se qualquer atividade que venha a executar objetivar em prejuízos materiais a determinado indivíduo, ser-lhe-á imputado a obrigação em ressarcir os agravos advindos de sua conduta (MELLO, 2019).

Como consequência do princípio da igualdade previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) (artigo 5º, *caput*), e em função do princípio constitucional da isonomia, advém a responsabilidade estatal como forma de garantir a realização dos direitos fundamentais de uma forma equânime.

Em efeito a essa isonomia, o Estado de direito, com fundamento no princípio do ônus e encargos sociais, assegura que a distribuição do ônus seja sopesada de forma igualitária, não ocorrendo que somente uns sustentem o peso de atividades desenvolvidas em prol da coletividade (DINIZ, 2018).

Em reflexo a esses encargos Estatais, existem dois critérios na seara doutrinária brasileira que estabelecem a forma pela qual se devem enquadrar as instituições como pertencentes ou não à estrutura da Administração Pública brasileira.

Pelo critério objetivo (também conhecido como material ou funcional), a Administração Pública representa o conjunto de atividades que costumam ser consideradas próprias da função administrativa (ALEXANDRINO, 2018). No sentido

subjetivo, também conhecido como formal ou orgânico, não se leva em consideração a atividade exercida, mas sim o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes que o ordenamento jurídico reconhece como sendo pertencentes ao aparato estatal (administração pública).

No Brasil, o critério adotado é o subjetivo/ formal/ orgânico, do qual depreende-se que a responsabilidade civil deve ser imputada diretamente à pessoa jurídica integrante da Administração Pública (condição atribuída em lei – seja criando ou autorizando sua criação) à qual pertença o agente público causador do dano (ALEXANDRINO, 2018).

Dessa forma, a responsabilidade civil recai sobre as entidades às quais a lei atribui a condição de integrante do aparelho estatal, tal como os entes federativos, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, dentre outras (administração indireta) (ALEXANDRINO, 2018).

Ademais, a incumbência aos pertencentes da administração pública de reparar tem reflexo em todos os seus âmbitos funcionais, quais sejam: administrativo, legislativo e executivo. No presente trabalho monográfico será abordada a responsabilidade extracontratual, pois esta independe de disposições contratuais e princípios próprios regentes em um contrato firmado entre Estado e particular (DI PIETRO, 2019).

Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado consubstancia-se na obrigação das pessoas jurídicas de direito público, e as de direito privado prestadoras de um serviço público, em reparar os prejuízos- de cunho patrimonial ou extrapatrimonial (moral e/ou estético) -, que, em razão de ação ou omissão, ato lícito ou ilícito, jurídico ou material, imputável a um agente público (no exercício dessa qualidade), venha a causar lesão a direito de terceiro (CARVALHO FILHO, 2019; DI PIETRO, 2019).

Por conseguinte, é importante pontuar que a responsabilidade civil do Estado só se extingue com a efetiva indenização do dano, que, nas execuções em face do Poder Público, dá-se mediante a observância ao regime dos precatórios ou requisições de pequeno valor, conforme dispõe o artigo 100 da Carta Magna.

1.3. Evolução histórica da responsabilidade estatal

A responsabilidade estatal nem sempre esteve presente na esfera jurídica, aliás, a ideia de que o Estado tem a obrigação de reparar os danos ocasionados a determinado indivíduo ascendeu com o Estado de Direito, simbolicamente já mencionado no presente trabalho (MELLO, 2019).

Inicialmente, a responsabilização do Estado teve como premissa a tese da irresponsabilidade, teoria que foi adotada no período absolutista. Posteriormente, com o avanço da sociedade e das relações sociais, a noção de um Estado absoluto e soberano foi superada pelas teorias civilistas fundamentadas na culpa (com culpa e culpa administrativa), e veio a ser gradativamente, substituída com o acolhimento da responsabilidade publicista de traços franceses (DI PIETRO, 2019).

Marco importante para essa progressão do regime de responsabilização foi o caso Agnes Blanco (Bordeaux- 1873), ponto primordial para a aplicação dos princípios do direito público nos casos de responsabilização das entidades públicas (DI PIETRO, 2019).

O famoso caso envolveu uma ação de indenização proposta pelo pai da jovem Agnes Blanco, que foi vítima de atropelamento ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux- França por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de fumo.

Há época, o Tribunal de conflitos decidiu que se tratava de matéria de competência do tribunal administrativo por versar sobre responsabilidade decorrente de funcionamento de serviço público, e que não predominava a competência da jurisdição comum e nem a aplicação do direito civil (NOHARA, 2019). O Tribunal fundamentou que, em se tratando de casos que versem sobre responsabilidade do Estado não vigora a aplicação das normas e princípios do Código civil, e sim a sujeição a regras especiais.

No Brasil, a irresponsabilidade do Estado nunca foi aplicada, entretanto há corrente doutrinária divergente, como Diógenes Gasparini (2012) e Irene Patrícia Nohara (2019), que defendem a sua predominância no antigo Brasil Colônia, sob a primazia de que há época os colonos não possuíam direito a indenização por

eventuais danos causados pelos agentes portugueses.

As constituições de 1824 e 1891 jamais fizeram menção à responsabilização estatal, disciplinando apenas a obrigação em reparar por partes dos funcionários públicos. Entretanto, há essa época leis infraconstitucionais manifestavam a responsabilidade civil do Estado, a qual era vista pela jurisprudência como solidária entre o agente público e o Estado. Somente com o advento do Código Civil de 1916, em seu artigo 15, que num primeiro momento abarcou-se a responsabilidade Estado na forma subjetiva, necessitando da comprovação do dolo ou da culpa no atos praticados pelo poder público (DI PIETRO, 2019; MAZZA, 2018).

Conquanto, com a Constituição Federal de 1946, necessariamente em seu artigo 194, que se consagrou a responsabilidade objetiva do Estado, passando o poder público a responder independentemente da aferição do elemento culpa, de forma objetiva (NOHARA,2019).

Hodiernamente, a CF/88 adota duas regras de responsabilidade ao proferir a leitura do seu artigo 37 §6º: a responsabilidade objetiva do Estado, e a responsabilidade subjetiva do agente público (DI PIETRO, 2019). Com o objetivo de melhor compreender as teorias adotadas ao longo da evolução histórica da responsabilização do poder público, a seguir, essas serão analisadas ponderadamente.

1.3.1. Teoria da irresponsabilidade

Adotada em Monarquias absolutistas, a Teoria da Irresponsabilidade tinha como propósito a soberania, onde o Soberano era a personificação do próprio Estado e exercia a tutela do direito- daí os princípios de que o rei não errava (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e de que o que agrada o rei tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*) (DI PIETRO, 2019).

A autoridade do Estado era como a representação de Deus na Terra, assim, se Deus não erra, não há que se falar em responsabilidade atribuída ao

Estado. Qualquer suposição de responsabilidade estatal traduzia em uma violação ao poder soberano incontestável e máximo (DI PIETRO, 2019).

Essa corrente não perdurou por muito tempo, em razão das injustiças causadas. Pois, se é o Estado quem ampara o direito, o mesmo deve sofrer sanção quando sua atividade causar prejuízo a terceiros, dado que é um sujeito de direitos (conforme fora retro mencionado) (DI PIETRO, 2019). Essa tese da irresponsabilidade foi superada pelo Estado de Direito, onde os poderes do Estado foram limitados às leis. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho contribui afirmando:

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável foi substituída pela do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas (2018, p. 814).

Atualmente a teoria da irresponsabilidade se encontrada integralmente ultrapassada em vários países, ainda que nos Estados Unidos na Inglaterra a progressão dessa tese tenha sido tardia em comparação aos demais países (GASPARINI, 2012).

1.3.2. Teoria da responsabilidade subjetiva- com culpa ou culpa administrativa

Dada a superação da irresponsabilidade do Estado, surgiu a responsabilidade estatal com culpa. Nesse contexto, o exercício do poder passa a ser regido pelos princípios da legalidade e da justicialidade, ascendendo-se a premissa “lex facit regem” – a lei quem determina a atuação e limites dos governantes (NOHARA, 2019).

A responsabilização subjetiva do Estado se dava com a demonstração da culpa na ação danosa do agente. Dessa forma, a vítima alcançava a reparação dos danos sofridos quando demonstrava os 4 (quatro) elementos: conduta, nexos de causalidade e o efeito dano- praticado com dolo ou culpa.

Ocorre que, essa teoria foi dividida em dois momentos. Em uma primeira conjectura, apenas os atos de gestão do Estado, ou seja, aqueles praticados sem

que a administração exerça sua supremacia sobre os particulares, poderiam ser objeto de reparação (teoria civilista com culpa). Os atos de império, praticados com o exercício do poder soberano do Estado perante os particulares, não eram passíveis de responsabilização (DI PIETRO, 2019).

Posteriormente, com a teoria subjetiva da culpa administrativa ou da culpa do serviço público, a distinção entre atos de império e atos de gestão cessou, podendo ambos serem passíveis de reparação. Essa indistinção, segundo Irene Patrícia Nohara se deu por dois motivos:

[...] (a) a dificuldade de se distinguir, na prática, essas situações, tendo em vista a modificação do papel do Estado; e (b) principalmente, pela constatação da injustiça gerada pela ausência de reparação de danos provocados pelo Estado no manejo abusivo de suas prerrogativas de Poder Público. (2019, p.358).

Assim, a teoria da responsabilidade com culpa ou civilista foi admitida, posteriormente, sem restrições com relação aos atos praticados pelo Estado, sendo esse igualado ao empregador perante o Código Civil (NOHARA, 2019).

Entretanto, ainda que configurasse um avanço em comparação à teoria da irresponsabilidade, a teoria civilista da culpa era de difícil comprovação para o prejudicado, pois ainda era necessário provar o elemento culpa (GASPARINI, 2012).

1.3.3. Teoria da responsabilidade objetiva ou do risco

Última fase de evolução do presente instituto fora a da responsabilidade objetiva ou do risco, recepcionada pela CF/88. O Estado, que na teoria civilista respondia com base na culpa, agora responde com base no nexo causal entre o comportamento comissivo/omissivo e o dano. Assim, sempre que restar comprovado a relação (nexo de causalidade) entre a conduta e o dano provocado, é possível buscar a reparação do Estado, abstendo-se da necessidade de comprovação do dolo ou da culpa (SPITZCOVSKY, 2019).

Atribuída de responsabilidade do risco, essa teoria na concepção de Odete Medauar (2018), admitiu que as diversas atividades desenvolvidas pelo

aparelho estatal envolvem riscos que lhes são inerentes e que, conseqüentemente, implicam em maiores ameaças de danos a terceiros.

Passaram-se a aplicar os princípios do direito público nas relações entre Estado e administrado. O poder público passa a ser visto como juridicamente e economicamente superior, pois detêm prerrogativas e poderes não conferidos aos particulares, devendo a sua obrigação em ressarcir ser potencialmente superior em função das inúmeras atividades desempenhadas, e da hipossuficiência em comprovar que detém o particular (NOHARA, 2019).

Nessa teoria, para que ocorra o ressarcimento pelo Poder Público a vítima deve comprovar três requisitos, são eles: conduta (ação ou inércia estatal), nexo de causalidade e o dano/ prejuízo sofrido. Sobre a conduta estatal, complementa Irene Patrícia Nohara:

[...] O fato ou ato pode decorrer de atividade estatal lícita ou ilícita que provoque um dano ou prejuízo direcionado a pessoas específicas, pois, conforme visto, a teoria do risco admitiu a ideia de que os ônus e encargos sociais devem ser distribuídos de forma igualitária, do ponto de vista da justiça distributiva ou da igualdade material (2019, p. 359).

Referida tese foi subdividida em duas correntes: risco integral e risco administrativo. Na primeira não se admite excludente de responsabilização, não havendo supressivos para a condenação estatal, e sequer necessidade de constatação do nexo de causalidade (CARVALHO FILHO, 2019).

É necessário constar que, há correntes doutrinárias que defendem a aplicação dessa teoria do risco integral em episódios específicos, como danos causados por material bélico ou substância nuclear, atos atentatórios em aeronaves ou danos ambientais (MAZZA, 2018).

Na variante do risco administrativo, admitida como regra em nosso atual ordenamento jurídico, o dever de indenizar do Estado tem limites encontrados nas excludentes de responsabilidade, onde verificada alguma dessas causas, o nexo causal (requisito indispensável) se rompe, inexistindo obrigação em reparar por parte da administração pública (CARVALHO FILHO, 2019).

1.4. Pressupostos da responsabilização estatal

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 6º, adotou duas relações de responsabilidade, sendo uma fundada no caráter objetivo e outra no caráter subjetivo. A responsabilidade objetiva do Estado e de seus delegatários de um serviço público para com a vítima do dano; e a responsabilidade subjetiva do agente público causador do dano perante o Estado (MEDAUAR, 2018).

Na relação objetiva de responsabilidade, isto é, do Poder Público e seus delegados na prestação de um serviço público perante a vítima, são necessários três pressupostos que, uma vez preenchidos, ensejam a responsabilização estatal. São eles: a) conduta administrativa resultante de um ato comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito; material ou jurídico imputável ao Poder Público por meio de seus agentes públicos, no desempenho de função pública; b) efetivo dano: prejuízo anormal e específico de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, como, por exemplo, o dano moral, que seja indenizável; c) nexo de causalidade: relação causal entre o dano e a conduta administrativa. Ademais deve a vítima comprovar que o prejuízo originado se deu pela atuação estatal, independentemente de verificação de culpa (CARVALHO FILHO, 2019; MAZZA, 2018).

A relação de causalidade ou nexo causal, é pressuposto incisivo para que haja a responsabilidade civil do Estado, tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva. Uma vez estabelecida a relação entre o ato administrativo, o dano e a certeza de que este decorreu da conduta estatal, consuma-se a obrigação de reparar (CARVALHO FILHO, 2019).

Adentrando na relação subjetiva de responsabilidade, a vítima, diferentemente do que ocorre na relação objetiva, deve, além dos pressupostos acima expostos, comprovar a culpa na conduta estatal.

1.5. Causas excludentes de responsabilidade

Em consideração a teoria adotada atualmente (teoria da responsabilidade objetiva), para se efetivar a responsabilidade do Poder Público são necessários os

seguintes pressupostos: conduta, fato administrativo decorrente de uma ação ou supressão lesiva, nexos causal e dano- independentemente de dolo ou culpa.

Nessa premissa, o Estado, em regra, é obrigado a reparar, só se eximindo se não houver relação de causalidade entre a ação e o dano, isto é, se não foi ele quem produziu a avaria, se o risco não existiu, ou, se esse não foi decisório para a ocorrência do dano (MELLO, 2019).

As causas excludentes de responsabilidade do Estado estão relacionadas ao risco administrativo, uma das vertentes da teoria objetiva. As causas excludentes, são assim denominadas pois rompem o nexo de causalidade entre a conduta e o dano resultante. São elas: a) força maior; b) culpa exclusiva da vítima; c) culpa exclusiva de terceiros; d) caso fortuito (NOHARA, 2019).

A força maior é um acontecimento que transcende à vontade humana, como, por exemplo, a força da natureza irresistível, tais como: o raio, tempestade, terremoto, entre outros. Todavia, ainda que o dano decorra de força maior, a responsabilidade do Estado não se exime de imediato, uma vez que pode restar comprovada a sua omissão cujo resultado seja o mau funcionamento do serviço público (aplicação da responsabilidade subjetiva). Conforme mencionado anteriormente nesta monografia, a responsabilização do ente federado decorre de um comportamento comissivo ou omissivo (DI PIETRO, 2019).

Na excludente de culpa exclusiva da vítima, uma vez demonstrada que a culpa pelo dano não incorreu de conduta do Estado (em nenhum grau), inexistente nexo de causalidade que enseje a sua responsabilidade (MELLO, 2019). Nesses casos em que a vítima é a única responsável pelo evento danoso, não há que se imputar ao Estado o dever de reparar o prejuízo sofrido, uma vez que a lesão à esfera jurídica do indivíduo decorreu de conduta única e exclusivamente por ele praticado.

Já na excludente de culpa exclusiva de terceiros, embora a vítima não seja a responsável pelo evento causador do dano, este, também, não fora produzido por atuação dos agentes públicos. Nessa situação, o dano é ocasionado por conduta praticada por uma pessoa estranha à relação Estado-vítima.

Por último, na excludente do caso fortuito, acidente ou falha (humana, ou não) com causas desconhecidas (MEDAUAR, 2018), é importante ressaltar que há discordância doutrinária quanto ao seu conceito e, conseqüentemente, quanto a sua aplicação.

Para Irene Patrícia Nohara, há autores como Celso Antônio Bandeira de Mello que defendem que o caso fortuito não elimina o nexo de causalidade entre o comportamento e o dano, não sendo assim uma causa excludente da responsabilidade do Estado (NOHARA, 2019 apud Mello,2008).

Por todo o exposto neste capítulo, depreende-se que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de um serviço público é amplamente reconhecida e recepcionada em nosso atual ordenamento jurídico, sendo aludida na Carta Magna de 1988 em seu artigo 37, parágrafo 6º. O presente instituto é admitido em teses doutrinárias e vem sendo corriqueiramente aplicado nos tribunais pátrios nos casos que se buscar a obrigação de reparar os danos causados a terceiro por parte do Poder estatal.

CAPÍTULO II – A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

No presente capítulo, abordar-se-á a teoria da perda de uma chance, com a exposição inicial de sua origem histórica, evolução e consagração no Brasil, bem como a exibição de noções conceituais doutrinárias que, ao fim, resultarão na construção de um conceito jurídico.

Posteriormente, serão delineados os pressupostos que ensejam a aplicação da teoria ao caso concreto, com o apontamento dos elementos específicos da seriedade e da realidade, ambos necessários para a caracterização da chance digna de reparação.

Logo após, consoante divergência que paira na doutrina e na jurisprudência, apresentar-se-á uma tentativa de delimitar a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance, expondo as dificuldades em predefinir seu enquadramento nas categorias jurídicas preexistentes. Por fim, será feita uma análise da quantificação do dano oriundo de chances perdidas.

2.1. Origem e noção conceitual

A constante evolução da sociedade, bem como a intensa industrialização e crescimento populacional global, têm tornado as relações pessoais mais complexas. Nesse contexto, as ciências sociais que estão inteiramente ligadas ao desenvolvimento coletivo, a exemplo do Direito, passaram a lidar com as chamadas situações imprevisíveis (SILVA, 2013).

Essa progressão social influenciou diretamente no Direito e, conseqüentemente, em seus institutos jurídicos, como o da responsabilidade civil, que passou a afastar em partes a teoria classista - consubstanciada nos três elementos: conduta, nexa de causalidade e o efetivo dano - para ampliar o conceito de dano ressarcível, abarcando, também, os danos intangíveis e as expectativas (SILVA,2013).

Apesar de não haver precisão e consentimento doutrinário a respeito, acredita-se que em meio a essa expansão conceitual do dano, apresentou-se, inicialmente na França, em 17 de julho de 1889 (caso *Caisse commerciale de Limoges v. Rives*), a teoria da perda de uma chance. Na ocasião, a “*Chambre de Requête*” da Corte de Cassação Francesa condenou um oficial ministerial a indenizar o autor por ter extinguido todas as possibilidades e expectativas de aferir êxito em sua demanda.

Como bem cita o autor Daniel Amaral Carnaúba (2013), após esse julgado a jurisprudência francesa recepcionou a perda de uma chance como sendo uma forma eficaz para objetivar a solução de eventos aleatórios fundados na incerteza, passando a desenrolar demasiados casos com base em seu fundamento.

O ilustre Rafael Peteffi Silva (2013) justifica que o caso francês de 1889 foi a primeira menção e aplicação da teoria da perda de uma chance no mundo jurídico, o que se deu após o reconhecimento das incertezas que assolam as demandas jurídicas, e a possibilidade de quantificação de probabilidades fundadas em expectativas frustradas.

O presente instituto expandiu-se por vários ordenamentos, a exemplo no *common law*, por meio do *leading case* *Chaplin v. Hicks* (1911), no qual fora conferida indenização a uma candidata classificada em concurso de beleza, lesada

pelo réu de participar da etapa final do concurso (SILVA, 2013). No caso, os jurados defenderam que Hicks eliminou todas as chances de Chaplin de concorrer ao prêmio ao ter remetido a carta de comparecimento à fase final da seleção para o endereço errado, não proporcionando à candidata a oportunidade de se apresentar a tempo da etapa (HIGA, 2011).

No Brasil, a primeira referência jurisprudencial à perda de uma chance se deu em acórdão (apelação cível nº589069996) proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 12 de junho de 1990. Nessa demanda - Leite v. Arroyo -, a autora pugnavia pela reparação dos danos ocasionados por uma intervenção cirúrgica refrativa que resultou em lesões funcionais ao seu olho. Com isso, por meio de aresto proferido pelo relator do caso, Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, que houve a primeira menção aos pressupostos da teoria. Entretanto, ainda não se tinha objetivado a sua aplicação (HIGA, 2011).

Para Rafael Peteffi da Silva ao analisar estudos mais remotos, é possível perceber uma alusão à possibilidade de indenização pela perda de uma chance em solo pátrio. Para ele, doutrinadores como Agostinho Alvim e José de Aguiar Dias já mencionavam a teoria sob a perspectiva da responsabilidade civil do advogado, como ocorria na perda de um prazo para a interposição de certo recurso (SILVA, 2013 apud Alvim, 1955; Dias, 1997).

Para Silva, o dilema da quantificação da chance perdida já era confrontado com sapiência à época, diferentemente do que, em sua opinião, se vê no atual cenário doutrinário (SILVA, 2013).

Ainda que, em referência jurisprudencial acima citada, autores e juristas já fizessem menção da existência da referida teoria em julgamentos antigos, os tribunais pátrios não haviam efetivado a sua aplicação em casos concretos. Somente no caso Juchem v. Noé – julgado em 29 de agosto de 1991 -, que fora, em sede recursal e sob a relatoria do desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, fundamentada com solidez e maestria a fixação do dano com base na perda de uma chance (HIGA, 2011).

Ademais, no tocante a sua consolidação, é importante mencionar caso notório analisado pela primeira vez no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), senão o de maior amplitude nacional no que tange à consagração da perda de uma chance em solo nacional.

Usualmente conhecido como “show do milhão”, nesse *leading case* de 2005, que em momento oportuno será detalhadamente abordado no presente trabalho, o Egrégio Tribunal da Cidadania considerou o dano ocasionado pela chance perdida como dano emergente, e condenou a ré ao pagamento de indenização à luz da teoria (AMARAL; PONA, 2014).

Ao analisar o compilado histórico jurisprudencial pátrio, depreende-se ser a responsabilidade pela perda de uma chance uma teoria hodierna no Brasil, despontada inicialmente em meados dos anos 90, o que, de algum modo, ocasiona em insegurança doutrinária e jurisprudencial ao se tratar de tal tema. No entanto, ainda que se vislumbre o acanhado despontar técnico, nota-se, atualmente, crescente abordagem doutrinária e jurisprudencial, o que também resulta em certos conceitos e aplicabilidades equivocadas (AMARAL; PONA, 2014).

Dessa forma, para evitar entendimentos equivocados, importante se faz compreender e abordar o conceito jurídico da perda de uma chance. Primeiramente, faz-se necessário elucidar o significado da palavra ‘chance’, a qual, de acordo com o dicionário Aurélio, designa “ocasião favorável; oportunidade” (MINI AURÉLIO, 2010).

Em suma, a perda de uma chance se caracteriza quando um agente pratica um ato que extingue as probabilidades da vítima em auferir uma condição, lucro ou vantagem melhor à que se encontra no momento, ou de evitar a ocorrência de algum evento danoso (AMARAL, 2015). De acordo com Sergio Cavalieri Filho, essa perda em receber algum benefício futuro pode ser:

[...] como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, perda da oportunidade de participar de um concurso, e outras situações que tiram da vítima a oportunidade de um ganho ou vantagem (2019, p.106).

Dito isto, subtrai-se de seu conceito que referida teoria repousa em

probabilidades, ou seja, possibilidades de que uma situação futura esperada pela vítima viria a acontecer. Além dessa possibilidade, é fundamental que as chances sejam sérias e reais, e não meras expectativas hipotéticas ou imaginárias (CAVALIEIRI, 2019).

Assim, não se admite a apresentação de fatos meramente aleatórios, supostos e não concretos para que ocorra a efetiva reparação das oportunidades/chances perdidas pela vítima - o que nos faz constatar a característica indispensável da certeza da probabilidade (CAVALIERI, 2019).

Sobre a indenização ou a reparação da oportunidade perdida, Cavalieri Filho (2019) afirma que essa deve ser embasada na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou lucro, e não na efetiva perda da vantagem que era almejada, pois o que se perdeu foi a chance em obter algum resultado e não o resultado posterior.

Dessa forma, não se repara o dano final, mas sim a chance perdida em auferir algo como, por exemplo, a perda de um prazo por determinado advogado. Assim, o que será indenizado não é o benefício da possível vitória da causa, mas sim a possibilidade que se perdeu em ter um efeito positivo por meio da demanda.

Nesse sentido, contribui o ilustre jurista argentino consagrado no campo da responsabilidade civil, Carlos Alberto Gherzi:

[...] en el terreno de las chances, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesario la vulneración de um derecho subjetivo, sino la mera esperanza probable de un beneficio o lucro, esperanza que de por sí no significa un derecho a reclamar algo a alguien, puesto que aún no se ha concretado una facultad de obrar de esa manera, sino tan sólo la frustración de la posibilidad de lograr consolidar la adquisición de un bien jurídicamente protegido (s/d, p. 174, *online*).

Desse modo, conclui-se que a teoria em apreço tem como escopo indenizar a vítima pela chance perdida em razão de evento aleatório que tinha probabilidade de acontecer, mas que fora impedido por ato comissivo ou omissivo de terceiro que resultou na perda de auferir esperada vantagem, lucro ou de se evitar conseqüente evento danoso (AMARAL, 2015).

2.2. Pressupostos gerais e específicos: chance séria e real

Com base nos estudos acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance, denota-se a existência de pressupostos gerais que ensejam a reparação da chance perdida, quais são: conduta (ação ou omissão voluntária) do agente; resultado perdido- caracterizado como dano; e nexo de causalidade entre ambos, esse analisado sob uma perspectiva diferente na perda de uma chance (RAMOS, 2019 apud Cavalieri, 2018).

Além desses requisitos apresentados, para que a chance resulte em uma indenização, essa deve ser fundada nos elementos específicos da seriedade e da certeza. Para Higa (2013), há doutrinadores que incluem a atualidade como um terceiro elemento específico.

Inicialmente, na perda de uma chance, a conduta do agente lesivo - por meio de uma ação ou omissão voluntária - deve resultar em um dano a direito de outrem, que por meio de uma probabilidade, auferia chances sérias e reais de contrair um benefício próximo. Diferentemente do que ocorre em outros casos de responsabilidade civil, na perda de chances, a conduta do agente não resulta, obrigatoriamente, no dano final causado à vítima, apenas suprime uma oportunidade apoiada em uma probabilidade (RAMOS, 2019 apud CAVALIERI, 2018).

Ademais, para Amaral (2015) a responsabilidade do agente lesivo não recai por ter ocasionado um prejuízo direto e imediato à vítima com relação ao dano final, mas sim por ter retirado uma obtenção à oportunidade. Assim, indeniza-se a perda da circunstância favorável a consecução de vantagem ou, até mesmo, obstar um prejuízo.

Com relação ao dano final ou prejuízo sofrido pela vítima, não há necessidade de se atestar a sua certeza, apenas a certeza da probabilidade que se tinha de auferir determinado benefício. Dessa forma, não se indeniza o dano final ou benefício almejado, mas sim a chance séria e real que fora frustrada.

Na visão de Amaral, que segue a percepção de Maurizio Bocchiola, o

dano independe de comprovação cabal, bastando a “consideração do critério de aproximação, probabilidade e normalidades, estando a prova restrita ao quesito da verossimilhança, com a aplicação do princípio da razoabilidade” (AMARAL, 2015, p. 67 apud Bocchiola, 1976, p.60-61).

Segundo artigo publicado pelos juristas franceses Aurélien Bambé e Julien Bourdoiseau, a Corte de Cassação Francesa adota, dentre as condições necessárias para que a perda de chance seja reparável, a constatação do dano certo, que se dá por meio do desaparecimento de um evento favorável (BAMDÉ; AURÉLIEN; BOURDOISEAU; JULIEN, 2016, *online*).

Entretanto, salienta-se que parte da doutrina reconhece as dificuldades em estabelecer o liame causal entre a conduta imputada ao agente e o dano final, enquadrando a responsabilidade pela perda de chance como sendo uma “mitigação teórica do nexu causal” (CAVALIEIRI, 2019).

Assim, considerados os pressupostos gerais para a responsabilização pela perda de uma chance, cumpre esclarecer agora os seus pressupostos característicos, por ora mencionados acima: realidade e seriedade. Para Higa (2013), tais pressupostos funcionam como uma forma de proteção eficiente para evitar possíveis alterações na noção conceitual da teoria.

De acordo com as considerações de Daniel Amaral Carnaúba (2013), a chance é abstrata, não possui dimensão material e nem um limite. A princípio, toda aspiração pode ser admitida como uma chance, e, por consequência, vir a ser reparável caso ocorra um ato de terceiro que venha a extingui-la.

Como exemplo, a almejada e provável publicação da primeira obra de um escritor, o qual, em razão da conduta lesiva de um agente, perdeu as chances de concretizá-la. Por conclusu, toda chance pode ser vista como um processo aleatório fundado “sobre evidências racionais” (CARNAÚBA, 2013, p.123).

Dessa forma, ainda que autônoma com relação ao dano final, as chances se encontram no campo da abstração, o que torna possível a apreciação de

demandas irrelevantes, o que, nos termos de Cavalieri Filho, possibilitam a “premiação de oportunistas” (2019, p. 107)

Foi com o objetivo de evitar a reparação de possibilidades insignificantes, que exsurgiu na jurisprudência francesa, posteriormente com a admissão de toda o campo doutrinário, a necessidade de que a chance seja *real e séria* para ser reparada, ultrapassando de uma mera exasperação subjetiva, uma chance no campo da abstração, para merecer proteção jurídica (CARNAÚBA, 2013).

Em análise a julgados da Corte de Cassação Francesa (*Chambre des Requétes*), observa-se a presença de dois elementos que atestam ser uma chance real e séria, quais sejam: as probabilidades concretas do caso e a existência de prova que assegure o interesse entre a chance e o seu beneficiário por meio da análise do caso concreto (CARNAÚBA, 2013).

O primeiro elemento (probabilidades concretas) é essencial para determinar se a chance merece ou não proteção jurídica. Quanto maiores as probabilidades da chance perdida em obter um resultado positivo, mais se pode considerá-la como séria e real. Meras aspirações improváveis não consubstanciam a seriedade e a realidade, o que não enseja a demanda por uma possível reparação (CARNAÚBA, 2013).

Para Carnaúba, com relação ao segundo elemento (existência de prova), deve haver prova concreta de que a chance perdida representou uma lesão efetiva ao interesse esperado pela vítima, levando em consideração o emprego de seus esforços para a obtenção da vantagem aleatória, e descartando falsos interesses “descobertos pela vítima apenas no momento em que ela propôs sua ação de reparação” (2013,p. 127).

Por meio desse entendimento, percebe-se a tentativa da doutrina em inviabilizar meras lides temerárias sem respaldo e proteção jurídica, por meio de uma terminologia específica atribuída à teoria da perda de uma chance, viabilizando uma garantia, uma adequada aplicação em casos concretos e um efetivo desenvolvimento técnico teórico.

2.3. Natureza jurídica

Conforme os ensinamentos de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, definir a natureza jurídica é enquadrar um determinado instituto nas categorias dogmáticas preexistentes no sistema jurídico, levando em conta a “natureza dos bens ou interesses lesados, ou os efeitos da lesão sobre o sujeito” (2015, p. 124).

Muito se questiona na doutrina acerca da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. O impasse doutrinário e jurisprudencial atual repousa na tentativa de enquadrá-la em uma espécie de dano patrimonial ou extrapatrimonial, ou de defini-la como uma modalidade autônoma de dano.

No ordenamento jurídico pátrio, o dano divide-se em patrimonial e extrapatrimonial. Tem-se que um dano é de cunho patrimonial quando ele afeta notadamente os bens materiais da vítima, os quais são sujeitos a avaliação econômica; de forma diversa, a lesão de cunho extrapatrimonial afeta interesses imateriais da vítima, qual seja, seus direitos de personalidade (CARNAÚBA, 2013).

Para Amaral (2015), é necessário reconhecer a ampla reparação do dano, uma vez que o seu campo ocasional não limita seus reflexos, podendo incidir na esfera patrimonial, como, conjuntamente, repercutir no campo extrapatrimonial da vítima e vice-versa.

O dilema com relação à natureza jurídica da teoria em comento também repousa e pátria, como o exposto no REsp nº 1.254.141, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, a qual se posicionou consoante à essa corrente, vindo a enquadrar a perda chance como “ [...] uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final” (2012, p. 7, *online*).

Flávio Tartuce (2018), em sentido oposto, não defende a autonomia do dano pela perda de uma chance, admitindo a teoria em comento com ressalvas, e ainda de forma tímida, considerando ser passível a sua reparação como um dano material ou moral, mas não autônomo. Elucida o doutrinador que a perda de uma

chance se funda em meras suposições, o que coloca em dúvida a “hipotética perda”.

Pode-se dizer que tal indagação doutrinária e jurisprudencial guarda relação com a aferição do nexo de causalidade - liame causal entre a conduta do agente e a oportunidade perdida -, justamente pela perplexidade de se constatar a certeza do dano na perda de chances, e em razão das teorias que abordam a causalidade.

Por todo o exposto, percebe-se a complexidade em predefinir a natureza jurídica da perda de uma chance, uma vez que sua interpretação está inteiramente ligada ao interesse que fora lesado no processo aleatório. Sendo possível delimitar sua natureza jurídica somente após a interrupção desse interesse (AMARAL, 2015).

Ademais, outro desencontro repousa no presente tópico. Trata-se do questionamento com relação as subespécies das modalidades de dano para com a perda de chances. Dessa forma, sendo o dano patrimonial, seria a perda de uma chance espécie de dano emergente, lucro cessante ou, diferentemente, seria um dano moral?

Para Daniel Carnaúba (2013, p. 167), a distinção entre dano emergente e lucro cessante é “o aumento de patrimônio líquido que se verifica em decorrência do dano, em detrimento do acréscimo desse estado anterior”.

Considerando que na perda de uma chance indeniza-se a oportunidade que a vítima dispunha no momento do ato lesivo, e que, o seu desaparecimento representa uma depreciação a esse momento anterior, pende-se a enquadrá-la como um dano emergente (CARNAÚBA, 2013).

Dessa maneira, sendo o dano patrimonial e uma vez passível de indenização a chance que fora perdida com a prática do ato lesivo pelo agente, pode-se concluir que essa vem a ser um dano emergente, e não um lucro cessante (HIGA, 2013). Entretanto, equivocado é o juízo que a vincula somente a essa categoria pois, conforme demonstrado, sua interpretação está plenamente ligada ao interesse que fora lesado.

Sendo assim, não há que se consubstanciar a perda de uma chance

apenas como um dano emergente ou a uma outra categoria, vez que, ao envolver interesses não patrimoniais poderá plenamente ter natureza de dano extrapatrimonial. Consoante o exposto, para Amaral (2015), o dano pela perda da chance detém particularidades quanto a sua natureza jurídica, apresentando-se de maneira mutável conforme o caso concreto.

Dessa forma, após compreender a presente objeção, afigura-se importante exibir enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de organização do Conselho da Justiça Federal, que enfatizou a análise do caso como condição determinante para a delimitação da natureza da chance perdida:

Enunciado 444- Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita a 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 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2011, *online*).

O presente enunciado corrobora com a tese de que a natureza jurídica da chance perdida depende das circunstâncias do caso concreto, pois é um reflexo da subordinação de interesses entre a chance e o resultado esperado por meio dela (CARNAÚBA, 2013).

Portanto, a perda de uma chance é uma situação lesiva que pode repercutir em todas as categorias jurídicas predefinidas a depender do interesse lesado e do reflexo ocasionado, devendo a indenização corresponder ao bem jurídico que fora violado, seja de caráter patrimonial ou extrapatrimonial (HIGA, 2013).

2.4. Quantificação do dano pela perda de uma chance

Reconhecer a possibilidade de indenização pela perda de uma chance e o enquadramento de sua natureza jurídica em acordo com o interesse lesado, são pontos cruciais para a determinação do objeto do dano e a sua consequente avaliação quantitativa.

Na teoria em estudo, o conteúdo do dano é estabelecido conforme a

lesão ocasionada, podendo ser dano emergente em se tratando de dano patrimonial, ou moral, quando oriundo de um dano extrapatrimonial (consoante abordagem em tópico anterior). Passa-se, então, à necessidade de abordar sua quantificação, a qual guarda relação com a sua efetiva reparação, ou seja, o *quantum debeatur*.

Nesse momento, busca-se fixar o valor da indenização que a vítima possui direito, estabelecendo a extensão do dano que fora causado. Por não haver uma regra decisória na reparação da perda de chances, os tribunais pátrios vem decidindo de acordo com a doutrina majoritária, a qual defende que a indenização deve ser fixada com base na perda da oportunidade em auferir vantagem ou lucro, e não na perda da vantagem almejada, cabendo ao juiz de forma equitativa e com base em um juízo de probabilidade verificar as concretas possibilidades que a vítima tinha em auferir um benefício futuro (CAVALIERI, 2019).

Em consequência, a quantificação da chance perdida não é a mesma que a da vantagem esperada pois, aquela se dá por meio de uma probabilidade matemática na qual o valor reflete de acordo com as possibilidades reais que a vítima tinha de lograr êxito em sua pretensão, sendo o *quantum* indenizatório alcançado mediante uma redução percentual do ganho que seria auferido.

Seguindo esse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça ampara o posicionamento de que a valoração da chance não alcança a vantagem perdida, sendo necessária uma redução proporcional do dano. Conforme exposto em um ponto do Acórdão proferido sob relatoria da ministra Nancy Andrighi no REsp. 1.254.141/PR, julgado em 04/12/2012:

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito à qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma redução percentual do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes[...] (BRASIL, 2013, *online*).

Conclui-se, pela adoção do método proporcional, no qual a reparação da chance se dá por meio do percentual comprovável. Todavia, defende a pós-graduanda Glenda Gonçalves Godim que a adoção de tal método em casos nos quais a “análise percentual não for precisa, também quando se tratar de chances pela frustração em evitar um prejuízo, bem como quando a chance se referir a danos extrapatrimoniais” pode não ser exata quanto a proporção/extensão do dano (2010, p. 136).

A crítica doutrinária sustenta que na avaliação proporcional por meio de cálculo aritmético, abrem-se precedentes para um não efetivo percentual com relação à mera expectativa, refletindo, dessa maneira, na dificuldade em estipular com exatidão o *quantum* a ser reparado (GONDIM, 2010).

Em solução a esse impasse, Godim (2010) aponta como forma eficaz para superar o déficit na adoção do método proporcional, bem como quantificar com exatidão o dano em todos os casos concretos de chance, a aplicação do método discricionário, donde não são somente utilizados os percentuais, e sim, esses conjuntamente com outros critérios.

Ademais, no tocante à dubiedade doutrinária em relação à reparação parcial ou total do dano, para Higa (2012), reflete na perda de chances o princípio civilista do “*restitutio in integrum*”, onde todo interesse protegido juridicamente que venha a ser atingido merece indenização.

Nesse sentido, para o jurista Rafael Pettefi da Silva (2013), a reparação pela perda de uma chance se presta a indenizar de forma integral o prejuízo:

[...] isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida (SILVA, 2013, p.144 apud Silva, 2001, p.28).

Consequentemente, como a chance é o que de fato se indeniza, e sendo

essa independente em relação ao dano final, passa a ser reparável em sua totalidade. Entretanto, como o valor indenizatório é equivalente a chance que, conseqüentemente, é menor ao todo esperado, o valor final a ser indenizado é inferior, mas ainda assim a reparação é integral (HIGA, 2012).

Nessa constante, ante todo o exposto no presente capítulo monográfico, é possível verificar no cenário atual uma ebulição jurisprudencial e doutrinária da teoria em comento, com o efetivo abandono da teoria clássica da responsabilidade civil para o reconhecimento da reparação de chances como um importante avanço para lidar com as incertezas e probabilidades que assolam a sociedade. Ainda que com divergências, controvérsias e ambiguidades, a alusão da teoria da perda de uma chance é reflexo da aplicação de princípios norteadores do direito brasileiro ao caso concreto, como, o princípio da reparação integral dos danos.

CAPÍTULO III – A PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Este capítulo faz uma abordagem acerca do reconhecimento e da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à luz da interpretação do ordenamento jurisprudencial pátrio, com a apresentação de julgados do Superior Tribunal de Justiça a fim de verificar as constantes em torno dessa temática.

Além disso, será traçado um estudo sobre a aplicação da perda de chances nos casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado, demonstrando o entendimento jurisprudencial atual do Superior Tribunal de Justiça sobre essa temática, bem como o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO).

3.1. Reconhecimento e aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na perspectiva atual

Segundo abordagem feita neste trabalho e tendo como base pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, é notável o crescente reconhecimento da teoria da perda de uma chance em solo nacional. Na perspectiva de Rafael Peteffi da Silva (2013), há uma ebulição reparatória com fundamento na teoria da perda de uma chance, jurisprudencialmente e doutrinariamente.

Entretanto, mesmo que louvável o reconhecimento da perda de chance como uma técnica que objetiva superar os limites impostos pela norma reparadora, ainda é possível perceber, junto a sua aprovação, incipiência em seu tratamento e em sua aplicação (CARNAÚBA, 2013).

Como fora demonstrado no segundo capítulo da presente pesquisa, as primeiras menções referentes à perda de uma chance em solo brasileiro remontam ao fim do século passado, com o pioneirismo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O referido sodalício tratou da teoria em apelação cível de 1990, sob primazia e guarda do então relator, desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior (HIGA, 2011).

Em rápida pesquisa jurisprudencial no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, denota-se que o primeiro caso apreciado pelo Egrégio Tribunal fora o REsp 788.459 / BA, de 2005, mais conhecido como o *leading case* do “Show do Milhão”. Dessa maneira, com o objetivo de compreender os reflexos ocasionados por este julgado, a seguir será analisado o seu teor.

No mencionado caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance em pretensão proposta por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, por ora recorrida, que ingressou com ação de indenização por danos materiais e morais perante a 1ª Vara Especializada da Defesa do Consumidor de Salvador- Bahia em desfavor de BF utilidades domésticas LTDA - empresa do grupo “Sílvio Santos” -, por ora recorrente (BRASIL, 2005).

Pleiteou a autora a reparação dos danos sofridos quando da sua participação no programa “Show do milhão”, concurso de perguntas e respostas que oferecia o prêmio máximo de 1 milhão de reais (um milhão de reais) ao participante

que lograsse êxito em todas as perguntas, as quais versavam sobre conhecimentos gerais (BRASIL, 2005).

A autora afirmou que, ao ter participado do programa no dia 15 de junho de 2000, obteve sucesso nas respostas às perguntas que foram realizadas, acumulando, até o momento, o montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Entretanto, na última pergunta, a qual a levaria ao prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), preferiu não responder para resguardar o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que já tinha acumulado (BRASIL, 2005).

Não obstante, após verificar que a pergunta final fora mal formulada e que não existia uma resposta correta, pleiteou pela reparação dos danos sofridos e das expectativas frustradas, argumentando que a empresa ré agiu de má-fé por ter formulado pergunta que não apresentava uma resposta correta (BRASIL, 2005).

Em sede recursal, a Quarta Turma do STJ reconheceu a pretensão autoral quanto ao dano material, respondendo a empresa por perdas e danos, e devendo ressarcir a vítima pelo o que efetivamente perdeu ou deixou de auferir em razão de pergunta mal formulada, a qual resultou na perda de uma oportunidade à esta (BRASIL, 2005).

Entretanto, reconheceu que a vítima possuía apenas a chance e minorou a condenação pelos danos materiais para o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), sob o critério de não poder afirmar com precisão, dentro de um juízo de probabilidade, que a continuidade dos fatos levaria a autora ao acerto da indagação. Ademais, argumentou que, por se tratar de uma “probabilidade matemática”, o valor em comento refletia as reais possibilidades de acerto da vítima em uma questão de múltipla escolha com quatro alternativas (BRASIL, 2005, p.10).

Conquanto o notório julgado tenha concedido a reparação com base na perda de uma chance em via recursal, ele esboça que, apesar de tal técnica vir sendo exponencialmente abarcada, certos tribunais brasileiros ainda estão em vias de materialização quanto a sua aplicação, sendo necessário seu julgamento em última instância para que sua execução seja efetivada.

É importante reconhecer que tal *leading case* contribuiu cabalmente para o reconhecimento e a aplicabilidade das probabilidades em matéria de direito civil infraconstitucional sobre responsabilidade, uma vez que, após sua explanação, é possível constatar um crescimento exponencial de demandas com o uso da teoria da perda de uma chance. Trata-se, pois, de um importante precedente que prova a admissão da teoria da perda de uma chance em nosso direito em demandas específicas (SILVA, 2013).

Ao realizar rápida pesquisa jurisprudencial com o uso da expressão “perda de uma chance” no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, são exibidos, em 19/05/2020, 103 (cento e três) Acórdãos que versam a respeito da teoria da perda de uma chance, sendo destes: 7 (sete) proferidos em 2020; 18 (dezoito) proferidos em 2019; e 14 (quatorze) proferidos em 2018. Partindo desses dados, e tendo como base os acórdãos proferidos em 2019 e 2018, nota-se um aumento significativo na abordagem sobre a teoria da perda de uma chance pelo STJ.

Todavia, cumpre ponderar que mesmo que esses dados disponibilizados pelo endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça nos leve a acreditar no crescimento de julgados com a aplicação da teoria da perda de uma chance, ao filtrar essa pesquisa, constata-se que poucos conferem indenização em seu fundamento, sendo que, na maioria das vezes, apenas a citam de forma superficial.

Nas decisões que efetivamente a empregam, Augusto Lenhardt (2016) discorre que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a perda de chances nos casos que tenham: a presença de uma chance concreta e real, com efetivas probabilidades; a comprovação do nexo causal entre a ação ou omissão do agente com a oportunidade perdida, e não com o dano final; a concepção de que o dano não é o resultado final almejado, e sim a chance que efetivamente se perdeu.

3.2. A chance perdida nos casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado- uma análise jurisprudencial

Ultrapassadas as demais matérias relevantes para a construção da presente monografia, bem como, a discussão em torno do reconhecimento e da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à luz da jurisprudência atual, passar-se-á, então, a direcionar o estudo para o seu objetivo essencial, qual seja, o de relacionar a responsabilidade civil do Estado com a perda de uma chance. Nesse momento, será averiguada a possibilidade de responsabilização do Estado com fundamento na teoria da perda de uma chance. Para tanto, será feita a análise de posicionamentos judiciais sobre tal temática.

Conforme já foi aduzido no primeiro capítulo, em consonância com a própria Carta Magna de 1988, que adota em seu artigo 37, §6º a teoria do risco administrativo nos casos de responsabilidade civil do Estado, as pessoas jurídicas de direito público, assim como, as de direito privado prestadoras de um serviço público, respondem objetivamente, independentemente de culpa ou dolo, pelos danos que vierem a causar a terceiros, ressalvado os casos de omissão, onde prevalece na doutrina e jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo (DI PIETRO, 2019).

Nessa perspectiva, para o ilustre ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em seu voto proferido no Recurso Extraordinário 459749, o Brasil tem adotado desde 1946 um sistema de responsabilidade civil do Estado que tende a atender os interesses da vítima que vem a sofrer danos em função da ação ou omissão do Estado, representado por agentes públicos, no exercício dessa função. Em sua opinião, se trata de um dos regime mais liberais em matéria de responsabilização (STF, 2007).

Em razão da adoção da teoria do risco administrativo, e de acordo com os pressupostos essa elencados, há doutrinadores, como Irene Patrícia Nohara (2019), que defendem, a título de exigência para a caracterização da responsabilidade do Estado, a presença do dano efetivo, e em determinados casos, direto e imediato.

Todavia, conforme incisivamente demonstrado neste trabalho, na teoria da perda de uma chance indeniza-se a chance perdida, e não o dano final. Não obstante parte da doutrina defenda que não é possível, a jurisprudência, em

determinados julgados, demonstra que nada obsta a aplicação da teoria da perda de uma chance nas hipóteses de responsabilidade estatal, desde que se trate de uma probabilidade séria e real.

Mesmo não havendo dispositivo contrário a sua aplicação, ao realizar pesquisa com base nessa temática, não são encontradas muitas discussões doutrinárias em torno do assunto. Entretanto, decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como julgados do Superior Tribunal de Justiça, ainda que de forma incipiente, demonstram que essa indagação já se encontra na realidade do Poder Judiciário.

Embora seja significativa, a abordagem jurisprudencial em torno desse assunto justifica que é possível o seu reconhecimento no campo público, a depender do caso concreto.

É o que defende o Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, em seu voto no REsp. nº 1.243.022/RS, julgado em 02/06/2011, em demanda que versava sobre pedido de nomeação autoral após a aprovação em concurso público, bem como a indenização por danos morais em face do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social): “Poderia até admitir que a indenização seria devida em razão da responsabilidade pela perda de uma chance - moderna teoria civilística, mas plenamente aplicável ao campo público, que me parece cair como luva para esses casos [...]” (BRASIL, 2011, *online*).

Nesse sentido, é possível constatar que a teoria em estudo pode ser admitida não só no direito privado, como também nas relações que versem sobre direito público. Assim, cumpre demonstrar, novamente, o entendimento do Ministro Campbell Marques, dessa vez em voto proferido no REsp. 1.308.719/MG, julgado em 25/06/2013:

É certo que esta construção teórica tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. Assim, em casos que tais, necessário se faz então indagar então se há uma probabilidade de se obter um resultado provável,

chance essa que foi perdida por uma ação/omissão do Estado [...] (BRASIL, 2013, *online*).

A fim de constatar a efetiva possibilidade de uso ou não da perda de uma chance em casos onde se busca a responsabilização estatal em decorrência de uma ação ou omissão que resultou na supressão de uma chance séria e real em obter uma vantagem provável, cumpre agora adentrar de fato no teor de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que empregaram as expressões “Teoria da perda de uma chance” e “Responsabilidade civil do Estado”.

Logo, após pesquisa jurisprudencial no site eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que o Egrégio Tribunal da Cidadania, em Agravo Regimental de nº 173.148/RJ, julgado em 03/12/2020, sob relatoria da Ministra Assusete Magalhães, manteve a aplicação da responsabilidade civil do Estado, e a consequente reparação dos danos, com fundamento na perda de uma chance em desfavor do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro. O STJ indeferiu o Agravo interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão da Ministra que indeferiu o Agravo do Recurso Especial que havia sido interposto (BRASIL, 2015).

A demanda em questão versava sobre ação de indenização proposta por Ivanita Bento Pacheco, legitimada para pleitear em nome do seu marido falecido, em face do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro. Aduziu a autora que seu marido, portador de esclerose lateral amiotrófica pseudo bulbar, veio a óbito em decorrência da demora no fornecimento de medicamentos que haviam sido determinados em decisão judicial (BRASIL, 2015).

Na sentença de 1º grau, o magistrado julgou parcialmente procedente o pedido autoral e condenou solidariamente os réus ao pagamento de R\$20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização pelos danos morais ocasionados ao seu marido, que veio a óbito em decorrência do atraso para o fornecimento dos medicamentos que objetivavam tratar doença que o acometia. Posteriormente, referida condenação fora majorada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para R\$40.000,00 (quarenta mil reais) (BRASIL, 2015).

Em vias recursais, o Município do Rio de Janeiro alegou que era incabível a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso, bem como sustentou que não havia nexos de causalidade entre o não fornecimento do medicamento e o resultado morte da vítima. Argumentou também que o responsável em fornecer o medicamento era o Estado do Rio de Janeiro, tendo este reconhecido tal obrigação (BRASIL, 2015).

Todavia, o STJ, em acórdão fundamentado e seguindo o entendimento do Tribunal de origem, inadmitiu o recurso asseverando que a responsabilidade dos entes federados - Município do Rio de Janeiro e Estado do Rio de Janeiro - é solidária no caso de demanda versando o fornecimento de medicamento, em razão da competência comum expressa no artigo 23, inciso II da Carga Magna de 1988 (BRASIL, 2015).

Ademais, assegurou que restou condizente a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso em apresso, uma vez que a falta do fornecimento dos medicamentos necessários para o desenvolvimento do tratamento da vítima acabou por privá-la de uma chance. Isso pois, mesmo a vítima estando em estado avançado da doença, sendo a morte um resultado provável, o descumprimento da decisão judicial extinguiu a sua última chance de permanecer vivo, evidenciando o dano moral (BRASIL, 2015).

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça ratificou a responsabilidade civil das entidades políticas demandadas - Município do Rio de Janeiro e Estado do Rio de Janeiro-, concordando com a indenização conferida pelo Tribunal de origem a título de danos morais, com fundamento na teoria da perda de uma chance.

A análise desse julgado somente ilustra que é possível, em determinadas demandas, a aplicação da perda de uma chance em situações de responsabilidade civil extracontratual do Estado. Tal situação se dá, pois, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a responsabilização com base na teoria, ainda que a matéria seja de direito público ou de direito privado, e mesmo em casos de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, não existindo óbice para a sua efetivação sob esse ponto de vista.

Trata-se, pois, de um julgado que representa parte de uma inovação jurisprudencial, mas que, na visão de Daniel Amaral Carnaúba (2013), ainda demonstra os equívocos com relação a aplicação da técnica da teoria, como, por exemplo, a vinculação a perda de uma chance com sendo um fato gerador de dano moral, e não o prejuízo em si. Para esse autor, isso se dá justamente pela ausência de uniformização jurisprudencial em torno da temática.

Não obstante, há julgados nos quais o Superior Tribunal de Justiça, em razão da necessidade de a chance ser séria e real para que haja a responsabilização estatal, acabou por não concordar com a aplicação da teoria da perda de uma chance, como é o caso do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.569.968/CE, julgado em 08/02/2018.

Em seu voto, o Ministro Relator Sérgio Kukina discorre que o Tribunal de origem, com base no conjunto fact-probatório, concluiu pela inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance, afirmando que a situação em apreço “não se enquadra no conceito de lucro cessante e nas hipóteses da teoria da perda de uma chance”. Sendo assim, em razão da súmula nº 7/STJ, a alteração da decisão do Tribunal de origem demandaria o reexame das provas constantes dos autos, o que não pode ser feito em sede de Recurso Especial (REsp) (BRASIL, 2018, p. 6).

Em síntese, a análise de tais julgados sustenta a premissa investigada de que, em determinados casos, o Superior Tribunal de Justiça admite a reparação dos prejuízos com fundamento na teoria da perda de uma chance em determinadas demandas versando quaisquer matérias de direito, desde que a chance tenha como pressupostos específicos a seriedade e a realidade, passando de uma mera expectativa aleatória, ou uma simples esperança (BRASIL, 2013).

3.3. Posicionamentos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

A fim de contribuir com a temática indagada neste capítulo, cumpre agora adentrar no teor de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que empregaram as expressões “teoria da perda de uma chance” e “responsabilidade civil do Estado”. Para tanto, realizou-se pesquisa jurisprudencial no endereço

eletrônico do Tribunal, tendo encontrado, até o dia 30/05/2020, 14 (quatorze) Acórdãos com essa matéria.

Em decisão recente, a 1ª Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, ao proferir Acórdão na Apelação Cível de nº0153736.68.2014.8.09.0051, julgada em 09/04/2019, aplicou a teoria da perda de uma chance em ação de indenização movida contra o Município de Goiânia e o Estado de Goiás, em consequência do dano suportado pela autora diante do óbito de seu filho menor (GOIÁS, 2019).

Na sentença de 1º grau, o magistrado julgou improcedente o pedido de indenização formulado pela autora em sua peça inaugural, não reconhecendo uma possível responsabilidade do demandados. Inconformada, a autora arguiu, em sede de Apelação Cível junto ao Egrégio Tribunal de Justiça, que não houve a devida aplicação da teoria do risco administrativo, expressa na Carta Magna de 1988 (GOIÁS, 2019).

Sendo assim, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás reconheceu a pretensão autoral e, com base no voto do relator Desembargador Luiz Eduardo de Sousa, reforçou que em matéria de saúde pública a competência das entidades políticas é comum, não podendo nenhuma dessas afastar-se de tal obrigação. Ademais, argumentou que em casos de conduta comissiva, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, bem como das de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva (GOIÁS, 2019).

Já nos casos de conduta omissiva, prevalece na doutrina majoritária e na jurisprudência que a responsabilidade é subjetiva, em acordo com a teoria da *faute du service*, sendo necessário, além de outros pressupostos, a comprovação de dolo ou culpa. Dessa forma, o TJGO sustentou que, no caso, restou evidente a responsabilidade subjetiva do Estado de Goiás e do Município de Goiânia, pois estando obrigados, deixaram de prestar a devida assistência médica ao menor, que veio a óbito em função do ato omissivo (GOIÁS, 2019).

Além disso, o Tribunal ressaltou que a conduta omissiva do Estado e do Município, consubstanciada na falta de solicitação de exames suplementares

capazes de diagnosticar a real enfermidade que acometia a vítima, bem como a não adoção de um tratamento específico capaz de melhorar seu quadro, privou a vítima de uma possibilidade de cura. Assim, restou evidente a perda de uma chance séria e real, fundada em uma legítima expectativa, qual seja, a de sobrevivida.

Tendo, portanto, reconhecido a aplicação da teoria em comento como fundamento para a condenação ressarcitória por abalo moral, fixando indenização em R\$60.000,00 (sessenta mil reais) e pensão por morte (GOIÁS, 2019).

Há, também, julgados no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que não reconhecem existência de uma oportunidade séria e real e, por conseguinte, não aplicam a teoria da perda de uma chance. Como exemplo, o Acórdão proferido na Apelação Cível nº218210-71.2013.8.09.0087, julgado em 18/08/2016, em demanda que tratava de ação de indenização por danos morais contra o Estado de Goiás.

Na situação fática em questão, os autores alegaram que a omissão por parte do Estado de Goiás ao recusar o tratamento para sua genitora junto ao Hospital de Urgências de Goiânia (HUGO) levou-a a óbito. Por conseguinte, na sentença de 1º grau, o magistrado julgou improcedente o pedido autoral, arguindo que não restou comprovado nos autos o nexo de causalidade entre a morte da vítima e a omissão do ente federado (GOIÁS, 2016).

Diante disso, em conformidade com a sentença de 1º grau, o TJGO entendeu por certo a ausência de nexo de causalidade entre a omissão do Estado de Goiás com a morte da vítima, afastando a aplicação de perda de uma chance, sob o fundamento de que a possível internação representava apenas uma probabilidade com baixas chances de sucesso, não passando de uma mera expectativa aleatória (GOIÁS, 2016).

No mesmo sentido, em sede de Apelação Cível nº 0093024.47.2015.8.09.0126, julgada em 14/03/2019 pela 4ª Câmara Cível, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, seguindo o voto da relatora Desembargadora Nelma Branco Ferreira Perilo, desproveu o recurso que pugnava pelo reconhecimento de conduta omissiva do Corpo de Bombeiros e pela aplicabilidade da teoria da perda de uma chance (GOIÁS, 2019).

Tratava-se de ação de indenização em desfavor do Estado de Goiás sob alegação de que o Corpo de Bombeiros teria sido omissivo no socorro de menor que veio óbito em decorrência da demora no atendimento. Entretanto, em contraposto ao alegado pela autora, o TJGO fundamentou que não restou evidenciado no processo nenhuma omissão específica ocasionada a vítima menor, tratando-se de uma mera omissão abstrata (GOIÁS, 2019).

Com relação ao pedido autoral de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, o TJGO ressaltou que a sua aplicação somente incide em demandas que se tinha uma chance séria e real de êxito, o que não restou evidenciado no caso (GOIÁS, 2019)

A análise desses julgados demonstra que, ainda que a curtos passos, o TJGO, vem admitindo a perda de uma chance como fundamento para a reparação de danos causados pelo Estado, desde que se tenha em jogo uma legítima expectativa e que exista nexos de causalidade entre a ação/ omissão do Estado e o dano. Essas decisões atestam uma realidade, qual seja, a ampliação de dano em torno da responsabilização das entidades públicas.

Não obstante, por meio da abordagem dos casos aqui estudados em que se buscava a condenação do Estado em decorrência da perda de uma oportunidade, séria e real, de alcançar uma situação futura melhor, resta evidente a “novidade” que representa essa temática no âmbito de alguns Tribunais Brasileiros.

Nesse sentido, diante de todo o exposto neste capítulo, é possível constatar que, embora a concisa análise de casos representem a primazia da reparação integral dos prejuízos no campo público, não deixa de ser perceptível, por meio de decisões pátrias, que ainda não há uniformidade de nossos julgadores ao abordarem a perda de uma chance, sobretudo em determinados casos de responsabilidade civil do Estado. Não existindo, portanto, um entendimento majoritário.

É importante salientar que um presumível propulsor para que não exista um entendimento dominante e uma uniformização em torno do referido tema é a lacuna legislativa que o acomete. Conseqüentemente, essa problemática está

intimamente ligada para com a dificuldade estabelecer um critério capaz distinguir uma chance séria e real de uma mera expectativa, tornando um fardo, por vezes, de difícil solução para juristas, que leva a equívocos conceituais, ampliam divergências acerca da aplicabilidade da indenização pela perda de chances, e resultam em instabilidade jurídica em torno de sua abordagem.

Por fim, todo o estudo feito neste trabalho demonstra que, por vezes, a atual jurisprudência brasileira mostra-se suscetível e sensível as dificuldades aqui apontadas em torno da teoria perda de uma chance.

CONCLUSÃO

Ao longo desse estudo, objetivou-se uma análise acerca do tema: A teoria da perda de uma chance e a sua aplicação nos casos de responsabilidade civil do Estado. No desenvolver do estudo, além desse escopo central, restaram atingidos, também, os demais objetivos vislumbrados no presente trabalho.

A pesquisa certificou que o instituto da responsabilidade civil do Estado, é reflexo de constantes alterações sociais que tornam as relações interpessoais cada vez mais complexas, e refletem diretamente no Direito e em seus institutos, dentre os quais o da responsabilidade civil. Nessa constante, exsurgiu o dever estatal de reparar a fim de consagrar a distribuição equitativa dos ônus e encargos sociais, promover a justiça e a tutela ao direito, ascendendo o Estado Democrático de Direito e a igualdade de todos perante a lei.

Depreendeu-se, igualmente, que tais progressões sociais possibilitaram a inclusão das expectativas no rol de danos ressarcíveis que merecem proteção jurídica e, por conseguinte, afastaram, em determinados casos, a teoria classista em torno da responsabilidade civil. Nessa constante, consagrou-se a teoria da perda de uma chance como uma técnica que visa reparar expectativas legítimas representadas por probabilidades sérias e reais.

Ademais, certificou-se que a doutrina e a jurisprudência pátrias vem reconhecendo e fundamentando determinadas demandas do direito privado com base na teoria da perda de uma, entretanto, a sua aplicabilidade no campo público ainda é tímida e respaldada em dificuldades técnicas da teoria. O referencial teórico e jurisprudencial utilizado, atestaram que a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em demandas de responsabilidade civil do Estado parte de um estudo feito caso a caso, a fim de se constatar a presença dos pressupostos viabilizadores da reparação.

Depreendeu-se, igualmente, que a sua aplicabilidade nesses casos ainda esbarra em dificuldades, como, por exemplo, na ausência de uma legislação expressa em torno da teoria em comento, o que é demonstrado, por vezes, em entendimentos divergentes, e na dificuldade de se diferenciar uma chance séria e real de uma expectativa infundada.

Todavia, apesar das particularidades e dificuldades, não há como negar que a teoria da perda de uma chance, e a sua aplicação em casos de responsabilização estatal, surge como imposição do princípio da reparação integral até mesmo no campo público. Manifesta-se, portanto, como um avanço para o

ordenamento jurídico brasileiro e uma forma de instrumentalização para a realização da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 26^a ed. São Paulo: Método, 2018.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça- os (des)caminhos de uma compreensão teórica. 2014. **Revista Scientia Iuris**. 2014. Disponível em: file:///C:/Users/marir/Downloads/20060-87975-1-PB.pdf. Acesso em: 03 de fev. 2020.

AMARAL, Ana Cláudia Correa Zuin Mattos. **Responsabilidade Civil pela perda da Chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.

BAMDÉ, Aurélien; BOURDOISEAU, Julien. **La perte d'une chance**. 2016. Disponível em: <https://aurelienbamde.com/2016/09/14/la-perte-de-chance/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6453, de 17 de outubro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AResp nº 1.333.056/PR**. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 17/12/2019. Publicado em: 03/02/2020. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp nº 173.148/RJ**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 03/12/2015. Publicado em: 15/12/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.243.022/RS**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 02/06/2011. Publicado em: 09/06/2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141/PR**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 04 dez. 2012. Publicado em: 20 fev. 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29 fev. 2020 e 14 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.308.719/MG**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 25/06/2013. Publicado em: 01/07/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 614.266/MG**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 18/12/2012. Publicado em: 02/08/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459/BA**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08/11/2005. Publicado: Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Eros Grau pede vista em recurso sobre responsabilidade objetiva e prestadores de serviços públicos. Publicado em: 08 mar. 2007. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69265>. Acesso em: 07 mai. 2020 e 29 mai. 2020.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. Rio de Janeiro: forense; São Paulo: método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018790/cfi/6/10!/4/30/2@0:57.0>. Acesso em: 30 jan. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, **V Jornada de Direito Civil** – Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>. Acesso em: 30 jan. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 7: responsabilidade civil. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 8ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GHERSI, Carlos Alberto. **Responsabilidad**: Pblemática Moderna. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Cuyo, s/d. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Responsabilidad.html?id=qm6iVi1NVcgC&redir_esc=y. Acesso em: 02 jan. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0093024.47.2015.8.09.0126**. Relatora: Desembargador Nelma Branco Ferreira Perilo. Julgado em: 20/03/2019. Publicado em: 20/03/2019. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/>. Acesso em: 11 mai. e 03 jun. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0153736.68.2014.8.09.0051**. Relator: Desembargador Luiz Eduardo de Sousa. Julgado em: 09/04/2019. Publicado em: 15/04/2019. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/>. Acesso em: 11 mai. e 28 mai. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 218210-71.2013.8.09.0087**. Relatora: Desembargador Elizabeth Maria da Silva. Julgado em: 18/08/2016. Publicado em: 24/08/2016. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/>. Acesso em 11 mai. e 30 mai. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v 4. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Universidade Federal do Paraná. 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Uma breve história da humanidade**. 30ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HIGA, Flávio Costa. **A perda de uma chance no direito do trabalho**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/54785765/flavio-higa-teoria-da-perda-de-uma-chance-direito-do-trab>. Acesso em: 30 jan. 2020.

LENHARDT, AUGUSTO. **A Teoria da Perda de Uma Chance na aplicabilidade dos Tribunais brasileiros**: possibilidades e tendências. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2016augustolenhardt.pdf>. Acesso em: 09 de mar. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOLTOCARO, Thaianne Martins; TAMAOKI, Fabiana Junqueira. **Responsabilidade civil**: da evolução histórica ao estudo do dano moral. s/d. Disponível em: <file:///C:/Users/debor/Downloads/678-923-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RAMOS, Mariana Rezende. **A teoria da perda de uma chance e o tratamento do Superior Tribunal de Justiça nos últimos 13 anos**. 2019. 8 f. Trabalho de conclusão de curso – Centro Universitário de Anápolis- UniEvangélica, Anápolis, 2019.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2013.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

