

JULIA SCHULZ ROTENBERG

**A responsabilidade civil da Administração Pública pela perda de
uma chance**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Associado Dr. Edmir Netto de Araújo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020**

JULIA SCHULZ ROTENBERG

**A responsabilidade civil da Administração Pública pela perda de
uma chance**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Edmir Netto de Araújo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Rotenberg, Julia Schulz

A responsabilidade civil da Administração Pública pela perda de uma chance ; Julia Schulz Rotenberg ; orientador Edmir Netto de Araújo -- São Paulo, 2020. 544f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Responsabilidade civil. 2. Administração Pública. 3. Teoria da perda de uma chance. I. Araújo, Edmir Netto de, orient. II. Título.

Nome: ROTENBERG, Julia Schulz

Título: A responsabilidade civil da Administração Pública pela perda de uma chance

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Edmir Netto de Araújo.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Dedico esta dissertação à minha família, pelo apoio incondicional em meus projetos e, especialmente, à minha filha, Beatriz, que me inspira a ser um ser-humano melhor em todos os sentidos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Edmir Netto de Araújo, meu orientador, pela oportunidade de desenvolver o presente trabalho, pela confiança depositada, bem como por toda a assistência durante o curso de mestrado.

Agradeço também à Ana Maria Pedreira, pelas dicas e contribuições ao longo do curso de pós-graduação.

Aos Professores Rodrigo Pagani de Souza e Marcos Augusto Perez, pelas sugestões apresentadas na banca de qualificação e que ajudaram a aperfeiçoar este trabalho.

Agradeço ao meu pai, Isio, pelo grande exemplo de determinação, bem como por nunca ter medido esforços para proporcionar uma boa educação às filhas.

Agradeço ao meu marido, Felipe, pelo apoio constante durante a elaboração deste trabalho, companheirismo, bem como por sempre me incentivar na consecução dos meus sonhos e objetivos.

Agradeço também à minha irmã, Silvia, por estar sempre presente e disposta a ajudar em todos os momentos da minha vida.

Não poderia também deixar de agradecer aos colegas do Demarest Advogados pelo incentivo em relação ao desenvolvimento acadêmico e pelas oportunidades de crescimento ao longo desses anos.

Por fim, agradeço a todos que acreditaram na realização desse sonho e que de alguma forma contribuíram com ele, direta ou indiretamente.

“A vida é um perpétuo desvio que nem sequer permite dar-mo-nos conta de que é que se desvia.”

Franz Kafka

RESUMO

ROTENBERG, Julia Schulz. *A responsabilidade civil da Administração Pública pela perda de uma chance*. 2020. 544p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente estudo tem por objeto analisar a possibilidade, legitimidade e conveniência de aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil da Administração Pública. Em face da crescente complexidade das relações que envolvem o Poder Público e do paradigma vigente em matéria de responsabilização civil, com ênfase na posição da vítima e efetiva reparação do dano, exsurge o questionamento quanto à possibilidade e conveniência de aplicação da teoria nessa seara, notadamente para que as soluções jurídicas considerem, de forma racional e pautada no estudo probabilístico, o acaso. Inicialmente, serão analisados aspectos propedêuticos relativos à responsabilidade civil estatal, abordando a evolução histórica do tema e também os contornos próprios da matéria à luz do ordenamento jurídico brasileiro, tal como a evolução normativa, pressupostos de caracterização, excludentes e atenuantes, bem como questões específicas atinentes à responsabilidade civil do Estado por omissão, considerando as nuances particulares do assunto. Ato contínuo, promove-se análise da teoria da perda de uma chance, compreendendo considerações sobre o seu desenvolvimento, caracterização das hipóteses de aplicação, concepções quanto à sua natureza jurídica e aspectos práticos de aplicação, como o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real, diretrizes de quantificação da indenização e panorama acerca da forma de tratamento da matéria pela jurisprudência pátria. Com base nos conceitos examinados e premissas estabelecidas, analisa-se então o cabimento da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil da Administração Pública, além da compatibilidade entre os institutos, à luz de nuances do ordenamento jurídico brasileiro. Será também promovida análise de possíveis hipóteses de enquadramento da teoria da perda de uma chance em vista da gama de atividades desenvolvidas pela Administração Pública, tanto sob o aspecto teórico como a partir de pesquisa jurisprudencial sobre o assunto, sopesando-se, ao final, os riscos e benefícios da disseminação da teoria dentro do espectro em discussão.

Palavras Chave: Responsabilidade civil. Administração Pública. Teoria da perda de uma chance.

ABSTRACT

ROTENBERG, Julia Schulz. *The civil liability of Public Administration for the loss of a chance*. 2020. 544p. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The present study aims to analyze the possibility, legitimacy and convenience of applying the theory of the loss of a chance to Public Administration's civil liability. In light of the increasing complexity of relations involving Public Administration and the current paradigm of civil liability, with emphasis in the position of victim and effective recovery of the damage, it arises the question as to the possibility and convenience of applying such a theory in this sphere, notably so that legal solutions consider, in a rational way and based on probabilistic study, the hazard. Initially, we will analyze propaedeutic aspects related to state civil liability, addressing the historical evolution of the subject and, also, particularities of the matter in view of Brazilian legal system, such as normative evolution, requirements for characterization, excluding or mitigating circumstances, as well as issues related to the state civil liability for omission, due to its specificities. After that, we conduct an analysis of the theory of the loss of a chance, comprising considerations about its development, characterization of hypothesis in which it is applied, conceptions as to legal nature and practical aspects of application, such as the requirement of the existence of a chance serious and real, guidelines as to the quantification of the indemnification and overview of national case law on the matter. Bearing in mind the concepts examined and premises established, we analyze then the appropriateness of the theory of the loss of a chance to Public Administration's civil liability, as well as their compatibility, in light of the particularities of Brazilian's legal system. It will also be conducted an analysis of possible hypotheses in which the theory of the loss of a chance could be framed, taking into account Public Administration's range of activities, both from the theoretical aspect and also based on a case law research on the subject, weighing, at the end, the risks and benefits of disseminating the theory within the spectrum under discussion.

Keywords: Civil liability. Public Administration. Theory of the loss of a chance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
CACON	Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
CADIN	Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CEF	Caixa Econômica Federal
CEFET	Centro Federal de Educação Tecnológica
CEULP/ULBRA	Centro Universitário Luterano de Palmas
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
Código Civil	Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002
Código de Defesa do Consumidor	Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990
Código Penal	Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940
COFFITO	Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional
COHAPAR	Companhia de Habitação do Paraná
Constituição Federal	Constituição Federal de 1988
Conselho de Estado	Conselho de Estado francês
Corte de Cassação	Corte de Cassação francesa
CRC/MS	Conselho Regional de Contabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral

DOI-CODI	Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
ECT	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
FUB	Fundação Universidade de Brasília
HCE	Hospital Central do Exército
HCPA	Hospital de Clínicas de Porto Alegre
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
INC	Instituto Nacional de Cardiologia
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educaçãois Anísio Teixeira
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
INTO	Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Lei de Anistia	Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979
Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PROUNI	Programa Universidade para Todos
SANASA	Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento
SEBRAE	Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SISU	Sistema de Seleção Unificada
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFAC	Universidade Federal do Acre
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UFC	Universidade Federal do Ceará
UFES	Universidade Federal do Espírito Santo
UFPE	Universidade Federal de Pernambuco
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFSM	Universidade Federal de Santa Maria
UFTM	Universidade Federal do Triângulo Mineiro
UNACON	Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
UPA	Unidade de Pronto Atendimento
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	19
1.1. Evolução histórica	19
1.2. Evolução normativa da responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro	27
1.3. Fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado.....	30
1.4. Pressupostos de caracterização da responsabilidade civil estatal.....	34
1.4.1. Pessoas jurídicas do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e seus agentes	34
1.4.2. Conduta imputável ao Estado.....	38
1.4.3. Dano ressarcível.....	43
1.4.4. Nexo de causalidade	48
1.5. Excludentes e atenuantes de responsabilidade.....	55
1.6. A responsabilidade civil do Estado por omissão	64
CAPÍTULO 2. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	79
2.1. Desenvolvimento da teoria	79
2.2. Caracterização dos casos de perda de uma chance.....	85
2.3. Concepções quanto à natureza jurídica da perda de uma chance	89
2.3.1. A perda da chance sob o prisma do dano	89
2.3.2. A perda da chance como uma questão de causalidade	98
2.3.3. As sistematizações de Rafael Peteffi da Silva e Fernando Noronha.....	103
2.3.4. A perda da chance como técnica decisória.....	107
2.4. Condição de aplicação da teoria da perda de uma chance: chances sérias e reais	109
2.5. A quantificação da indenização pela perda de uma chance	113
2.6. A aplicação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência nacional	116
CAPÍTULO 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PERDA DE UMA CHANCE	135
3.1. Cabimento.....	135
3.2. Compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e pressupostos de caracterização da responsabilidade civil estatal	143
3.3. Hipóteses concretas de enquadramento a partir da experiência francesa.....	158
3.4. Outras possíveis hipóteses de cabimento cogitadas na experiência francesa	163
3.5. Panorama da jurisprudência da Justiça Federal brasileira relacionada ao tema	168
3.5.1. Acidentes decorrentes de más condições em rodovia.....	180
3.5.2. Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência.....	181
3.5.3. Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis.....	196

3.5.4. Função pública	204
3.5.5. Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas	237
3.5.6. Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho	248
3.5.7. Responsabilidade médica/hospitalar	270
3.5.8. Serviços jurídicos da Defensoria Pública ou extravio de autos de processos..	296
3.5.9. Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios	305
3.5.10. Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes	313
3.5.11. Outras hipóteses	316
3.6. Indicativos extraídos dos precedentes.....	322
3.7. Riscos e/ou benefícios decorrentes da aplicação da teoria à responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.....	330
CONCLUSÃO	337
REFERÊNCIAS	341
APÊNDICE A – FICHAS DE ANÁLISE DE JULGADOS	367

INTRODUÇÃO

A responsabilidade estatal é verdadeira consequência da noção de Estado de Direito e, bem assim, corolário da submissão do Poder Público ao Direito¹. Se por um lado o Estado tem o poder-dever legitimado de buscar o bem comum, não se nega que, ao fazê-lo, pode dar ensejo aos mais diversos danos aos particulares, tendo o dever de ressarcir-los².

Aliás, os administrados sequer têm como se evadir de certos perigos de dano decorrentes de ações do Estado, pois é o próprio Estado quem delimita seu âmbito de atuação, estabelece o seu grau de presença sobre a comunidade e as condições e termos de seu relacionamento com o corpo social³.

Nesse contexto, a responsabilidade civil estatal é, pois, instrumento indispensável de proteção do indivíduo contra um Estado cada vez mais inflado e poderoso, sendo certo que, em razão da sua intensa e variada atuação, tornaram-se mais frequentes e complexos os danos causados pela Administração Pública aos particulares no desempenho de suas funções.

Há quem discorde da utilização da expressão *responsabilidade civil* ao se tratar da responsabilidade estatal, sob a premissa de que o regime jurídico de responsabilização no âmbito privado seria diferente daquele aplicado à responsabilidade pública e o principal alicerce da responsabilidade civil seria a culpa, enquanto a responsabilidade pública se ampara na responsabilização independente da culpa (objetiva ou com fundamento no risco)⁴.

Todavia, como pontua Ricardo Marcondes Martins, há de se reconhecer uma função importante à expressão *responsabilidade civil*, já que a tradição consagrou a divisão da responsabilidade em três espécies, a saber: *responsabilidade civil*, *responsabilidade penal* e

¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 1.007.

²BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 299.

³STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 995.

⁴A esse respeito vide: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 838; ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1981. p. 23-24.

responsabilidade administrativa. Além disso, a jurisdição é dividida em *jurisdição penal* e *jurisdição civil* e ninguém restringe a segunda apenas a causas regidas pelo Direito Privado⁵.

Ademais, o presente trabalho assume como premissa que a responsabilidade civil constitui, na verdade, um instituto jurídico que não deve ser rotulado como pertencente a qualquer ramo específico do Direito. Trata-se de noção própria da Teoria Geral do Direito, que possui um núcleo comum e fundamentos assemelhados independentemente das variadas áreas de aplicação, razão pela qual se reputa conveniente o compartilhamento de ideais e experiências para o constante aprimoramento do instituto tomado de forma global.

Nessa linha, percebe-se em todos os campos do Direito a mudança de eixo na concepção de responsabilidade civil, com desvio em relação ao foco no causador do dano para uma valorização da análise objetiva da reparação da vítima.

Essa mudança vem sendo gradualmente implementada, diante da necessidade de formular respostas a circunstâncias concretas, seja na relação entre particulares, seja na relação entre o ente público e particulares.

Em meio a essa evolução da responsabilidade civil, desenvolveu-se, principalmente no âmbito do Direito Civil, a consciência de que a grande complexidade e probabilística atreladas aos fenômenos sociais demandavam que as soluções jurídicas de reparação considerassem, em certa medida, a incerteza.

O avanço do estudo probabilístico, com o refinamento de métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas, tem servido de instrumento para assimilar a incerteza no âmbito da responsabilidade civil, propiciando uma forma racional de enfrentá-la. Com isso, passou-se a conceber a reparação em situações antes não admitidas, com fundamento na chamada teoria da perda de uma chance.

Grosso modo, a teoria da perda de uma chance se aplica nos casos em que a vítima, em razão de uma ação ou omissão, foi privada da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável.

Dentro de um contexto de crescente disseminação da teoria da perda de uma chance no cenário nacional e à luz do movimento evolutivo da responsabilidade civil como um todo,

⁵MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 369.

o presente trabalho pretende analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance em se tratando de responsabilidade civil da Administração Pública.

Cabe ressaltar que costumeiramente se utiliza a terminologia *responsabilidade civil do Estado* por se entender que a Administração Pública não seria detentora de personalidade jurídica e, ainda, porque ao se falar em responsabilidade civil do Estado, está-se cogitando uma responsabilidade abrangente, envolvendo os três tipos de funções que compõem o poder estatal: administrativa, jurisdicional e legislativa⁶.

Não se nega a possibilidade de que o presente estudo tenha aplicações em relação às funções jurisdicional e legislativa, porém a abordagem pretendida tem por enfoque precípua a atividade administrativa do Estado, razão pela qual se optou por delimitar o tema à responsabilidade civil da Administração Pública⁷.

De fato, fala-se com mais frequência de responsabilidade decorrente de atos da Administração Pública, visto que a responsabilidade por atos legislativos e jurisdicionais é, em certa medida, excepcional.

Assim é que, embora as noções a serem estudadas envolvam, de modo geral, a responsabilidade civil do Estado e as discussões abordadas possam até tangenciar aspectos relacionados às funções jurisdicional e legislativa, o anseio de aprofundamento de determinadas situações concretas da atividade administrativa, que demandam estudo pormenorizado, fizeram com que se propusesse um escopo mais restrito.

De todo modo, as análises que precederão a efetiva avaliação quanto à teoria da perda de uma chance aplicada à Administração Pública abordarão, por oportunos, os contornos comumente estudados em matéria de responsabilidade civil do Estado.

Precisamente, o trabalho foi estruturado de modo a apresentar algumas noções propedêuticas a respeito da responsabilidade civil do Estado, bem como no que concerne à teoria da perda de uma chance propriamente dita, para que então se adentre a análise acerca da aplicação da teoria à responsabilidade civil da Administração Pública.

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 821.

⁷Abordagem similar foi adotada, por exemplo, por Romeu Felipe Bacellar Filho. Vide, a esse respeito: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes*. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras, *cit.*, p. 293-336.

O *Primeiro Capítulo* será dedicado ao detalhamento da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado e aos contornos da responsabilidade civil extracontratual do Estado à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, inicialmente será realizada uma análise da evolução histórica do instituto e, em seguida, uma análise da evolução normativa da matéria no Brasil, sendo tal análise concluída com a descrição da forma como a responsabilidade civil está posta atualmente no sistema jurídico pátrio.

Pretende-se então delimitar o(s) fundamento(s) jurídico(s) da responsabilidade civil extracontratual do Estado dentro do sistema brasileiro e, em seguida, proceder a uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado, partindo-se especialmente do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

A análise desses pressupostos é de suma relevância para a posterior avaliação acerca do cabimento e da compatibilidade da teoria da perda de uma chance em relação à responsabilidade civil da Administração Pública.

De forma subsequente, serão abordadas as excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil estatal e, finalmente, pelas nuances próprias do assunto, será dedicado tópico específico à responsabilidade civil do Estado por omissão.

O *Segundo Capítulo* apresentará noções para a melhor compreensão da teoria da perda de uma chance.

De início, serão trazidas considerações sobre o desenvolvimento da teoria, especialmente na França, país em que ela ganhou especial atenção da doutrina e da jurisprudência.

Em seguida, serão apresentados os contornos para caracterização dos casos em que a teoria pode se fazer aplicável.

Traçadas essas noções preliminares acerca da teoria da perda de uma chance, serão apresentadas algumas concepções sobre a natureza jurídica da perda da chance, dada a divergência em torno da questão.

Passando então para alguns aspectos mais efetivos de aplicação da teoria, será examinada a condição de aplicação exigida pela doutrina e jurisprudência, no sentido de que a chance perdida seja *séria* e *real*, bem como questões relacionadas à quantificação da indenização concedida com base na teoria da perda de uma chance.

Para finalizar esse capítulo, será feita uma análise da aplicação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência brasileira, com especial ênfase no STJ, sendo aventados equívocos e acertos de aplicação, divergências em relação à natureza jurídica da chance perdida, entre outras questões relacionadas.

O *Terceiro Capítulo* se presta a efetivamente avaliar a aplicação da teoria da perda de uma chance em se tratando de responsabilidade civil da Administração Pública.

Tendo como base os pressupostos e conceitos esmiuçados nos capítulos anteriores, será analisado o cabimento, em tese, da teoria da perda de uma chance em relação à responsabilidade civil da Administração Pública, à luz dos fundamentos da responsabilidade civil estatal e tendências atuais desta última.

Ademais, será analisada a compatibilidade da teoria da perda de uma chance com a responsabilidade civil da Administração Pública tal como posta pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além de uma análise quanto ao respaldo a partir do arcabouço normativo e principiológico, pretende-se proceder com uma avaliação específica da compatibilidade da teoria em face dos pressupostos de caracterização da responsabilidade estatal.

Ato contínuo, serão avaliadas possíveis hipóteses de enquadramento da teoria da perda de uma chance em vista da gama de atividades desenvolvidas pela Administração Pública, tanto sob o enfoque de condutas comissivas como omissivas.

Nesse particular, serão apresentadas algumas hipóteses de aplicação a partir da jurisprudência francesa, especialmente precedentes do Conselho de Estado, órgão máximo da jurisdição administrativa e que tem aplicado a teoria há décadas. Em seguida, serão avaliadas possíveis hipóteses de extensão da teoria, ainda com base nas nuances de aplicação da experiência francesa.

Na sequência, será feito um panorama da jurisprudência nacional no que diz respeito à aplicação da teoria à Administração Pública, em especial a partir dos precedentes dos Tribunais Regionais Federais. Isso porque, reputa-se válido analisar, em concreto, se e como tem sido aplicada a teoria da perda de uma chance nas situações que envolvem a Administração Pública.

Por meio da análise dos precedentes, espera-se extrair indicativos sobre o espectro de aplicação, o tratamento dado pela jurisprudência à matéria e, ainda, ponderar os benefícios e/ou riscos de disseminação da teoria em se tratando de responsabilidade civil da Administração Pública.

A partir da ponderação de todas essas questões, objetiva-se atingir uma conclusão fundamentada quanto à possibilidade de utilização da teoria da perda de uma chance no contexto posto em discussão, bem como a respeito da legitimidade e conveniência de disseminação do mecanismo.

CAPÍTULO 1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

1.1. Evolução histórica

Embora haja hoje relativo consenso quanto ao dever por parte do Estado de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos, a responsabilidade civil do Estado não foi aceita com facilidade, tampouco admitida, de plano, com os contornos atualmente prevalecentes no Brasil.

Inúmeras teorias foram elaboradas e adotadas ao longo do tempo em relação à matéria, especialmente no sistema europeu-continental⁸, que exerceu grande influência sobre o Direito brasileiro.

A teoria da irresponsabilidade do Estado, também chamada de regalista, prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos e tinha como principal fundamento a noção de soberania⁹.

Em suma, o Estado, personificado no rei ou chefe máximo do Executivo, era tido como infalível. Cabia a ele a tutela do Direito, razão pela qual não se poderia conceber que pudesse atentar contra a ordem jurídica. Afinal, o Estado seria o próprio Direito.

Vigoravam, portanto, os princípios “*the king can do no wrong*” (o rei não erra); “*quod principi placuit habet legis vigorem*” (o que agrada o príncipe tem força de lei) e “*l’État c’est moi*” (o Estado sou eu)¹⁰.

Em resumo, segundo lições de Yussef Said Cahali, a teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados:

- 1) na soberania do Estado, que, por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição em termos de equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como

⁸Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em outros Direitos, filiados ao sistema anglo-saxão, a orientação é diversa e não exerceu grande influência no Brasil. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 822).

⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 822.

¹⁰CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61.

violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine proprio*.¹¹

Nessa toada, os agentes do Estado, quando violassem a lei, seriam pessoalmente responsáveis pelos danos causados, não se admitindo a possibilidade de o Estado praticar atos contra o Direito, sendo certo que os agentes só teriam a condição de representantes estatais enquanto agissem nos estritos limites legais¹².

No entanto, logo tal teoria começou a ser superada, dada sua manifesta injustiça. De fato, se o Estado se constitui para a tutela o Direito, não tem cabimento que ele próprio o viole e permaneça impune às consequências. Além disso, o Estado é dotado de personalidade e, bem assim, titular de direitos e obrigações, sendo injustificável a sua irresponsabilidade.

Numa segunda fase da evolução histórica, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, adotando-se os princípios do Direito Civil.

De início, buscou-se estabelecer uma diferença, para fins de responsabilidade, entre os chamados atos de império e atos de gestão. Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.¹³

O Estado seria civilmente responsável pelos danos causados aos particulares em decorrência de atos de gestão, equiparando-se a uma empresa privada que responde pelos atos lesivos de seus representantes ou prepostos, devendo então proceder à análise de culpa do agente.

Por outro lado, os atos de império, por estarem vinculados ao exercício da soberania, eximiriam o Estado de qualquer responsabilidade. Tais atos restariam incólumes a qualquer

¹¹CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 18-19.

¹²ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 826.

¹³In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 823.

julgamento e, mesmo que causassem danos aos súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação¹⁴.

Ainda que tenha representado inegável avanço em relação à regra anterior, a *teoria dos atos de império e atos de gestão* se mostrava insatisfatória, pois ao particular que sofre prejuízo não interessa a natureza do ato¹⁵ e, ainda que superada a dificuldade de conceituação de atos de império e de gestão, um grande número de atos danosos dificilmente seriam enquadrados como atos de gestão, deixando o particular desamparado.

Adicionalmente, mostrava-se questionável a divisão da personalidade do Estado, tal como se propunha¹⁶.

Devido às dificuldades mencionadas, tentou-se deslocar o centro condicionante da responsabilidade do Estado para o conceito de culpa, apoiada no Direito Civil.

Assim, considerando que o ato danoso ao particular é praticado pela pessoa física do agente, a responsabilidade só seria imputável ao Estado quando ocorresse a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão pelos atos do empregado, preponente pelos atos do preposto ou mandante pelos atos do mandatário. É a chamada *teoria da culpa civil* ou da *responsabilidade subjetiva*.

Todavia, o pressuposto da *culpa civilística* como condição para a responsabilidade civil do Estado também foi considerado como injustificável e insuficiente por grande parte da doutrina, em especial em casos de danos que não podiam ser atribuídos a um agente específico, isto é, resultantes de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração.¹⁷

Passou-se a entender então que a responsabilidade civil necessitava de um regime próprio que se amoldasse às suas especificidades e sutilezas, conforme explanação de Themistocles Brandão de Cavalcanti:

Efetivamente, o problema da responsabilidade civil do Estado, em seu conteúdo jurídico e em suas dificuldades e sutilezas técnicas, exige um sistema legislativo próprio e pressupõe, para a sua boa aplicação, uma maleabilidade que não se pode encontrar na regra rígida do Código Civil.¹⁸

¹⁴CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 20.

¹⁵CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 70.

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 823.

¹⁷CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 22.

¹⁸In: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. p. 379-380.

Nessa conjuntura, na terceira fase do instituto, a responsabilidade civil do Estado passa a ser equacionada em termos de Direito Público.

A jurisprudência francesa teve papel determinante na elaboração de teorias de responsabilidade informadas por princípios de Direito Público. Precisamente, a colocação de que a responsabilidade civil do Estado deveria se sujeitar a regras próprias de Direito Público surge com o famoso caso Blanco, em 1873.

Agnés Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo, o que levou seu pai a ajuizar uma ação indenizatória argumentando que o Estado seria civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Foi suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, tendo o Tribunal de Conflitos decidido que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público.

O Tribunal de Conflitos concluiu que a responsabilidade do Estado não deveria ser regida pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço público e também para fins de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados¹⁹.

Surgiram então as teorias publicistas da responsabilidade do Estado, que podem ser intituladas, conforme explicação proposta por Edmir Netto de Araújo: *teoria da culpa administrativa*, *teoria do acidente administrativo* ou *culpa do serviço* e *teorias do risco (risco integral ou risco administrativo)*²⁰.

Na *teoria da culpa administrativa*, passou-se a considerar a relação servidor público-Estado, sem mais importar a relação empregado-empregador do Direito Privado.

O servidor público deixa de ser apenas um preposto do Estado, mas age em nome dele e com a autoridade pública que sua competência legal lhe confere.

Dentro desse contexto, o ente público Estado, que representa a síntese dos administrados, deve arcar com o prejuízo causado por ato ou omissão do seu agente, pois seria injusto exigir que o administrado que sofreu o dano o faça sozinho, considerando que o ato danoso foi praticado (ou omitido) em nome do Estado e por um agente seu.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 824.

²⁰ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 830-835.

Segundo a síntese de Edmir Netto de Araújo, a teoria da culpa administrativa:

[...] é muito semelhante à doutrina da indenização do dano por culpa do direito civil, tendo mudado, em relação à teoria civilística da responsabilidade por culpa, apenas a natureza do fundamento da obrigatoriedade estatal de indenizar, que passa então a ser o princípio (de direito público) da solidariedade patrimonial da coletividade frente ao ressarcimento do dano causado ao administrado, pelo órgão que representa essa mesma coletividade.²¹

Entretanto, a teoria continuava oferecendo dificuldades, pois muitas vezes se verificava o dano, mas não era possível fixar a responsabilidade pessoal do servidor público. E, estando ausente esse elemento intencional, o particular ficava desprotegido, a despeito de ter sofrido um dano decorrente do mau funcionamento do serviço público.

Assim, sobreveio a *teoria do acidente administrativo* ou *culpa do serviço* que desvincula a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. De acordo com José Cretella Júnior:

O serviço público, em tese, tem de apresentar-se *perfeito*, regular, contínuo sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento. Não pode funcionar mal; deve funcionar de maneira contínua; não deve funcionar com atraso. *Continuidade sem falhas* é o traço marcante que caracterizará o serviço público.

O *acidente administrativo* atinge o serviço público, alterando-lhe o funcionamento e trazendo, na maioria das vezes, prejuízos aos administrados²².

Portanto, a culpa do serviço público ou acidente administrativo ocorre: (a) se o serviço funcionou mal; (b) se o serviço não funcionou ou (c) se o serviço funcionou com atraso²³. Em qualquer dessas três hipóteses, incide a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

²¹ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 831.

²²CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 80-81.

²³*Id. Ibid.*, p. 85. Paul Duez, cuja doutrina consagrou a noção de falta ou culpa do serviço, enunciou tais modalidades: «On peut les grouper sous trois chefs qui, dans une certaine mesure, correspondent aux étapes marquées par le développement chronologique de la faute du service public: 1° le service a mal fonctionné (*culpa in committendo*); 2° le service n'a pas fonctionné (*culpa in omittendo*); 3° le service a fonctionné tardivement.» (In: DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contract)*. Paris: Dalloz, 1927. p. 15). Tradução livre: “Podemos agrupá-los sob três categorias que, em certa medida, correspondem às etapas marcadas pelo desenvolvimento cronológico da culpa do serviço público: 1° o serviço funcionou mal (*culpa in committendo*); 2° o serviço não funcionou (*culpa in omittendo*); 3° o serviço funcionou tardiamente.”

No entanto, essa teoria ainda atribuía à vítima o encargo da prova de mau funcionamento ou falha do serviço, do qual por vezes era difícil se desincumbir, em especial por demandar a demonstração de um padrão de funcionamento prévio.

Nesse sentido, sem abandonar a teoria do acidente administrativo ou culpa do serviço, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a *teoria do risco*, que serve de fundamento para a *responsabilidade objetiva do Estado*.

Tratou-se de iniciativa pretoriana em prol do administrado, conforme lições de José Cretella Júnior:

Num terceiro estágio, entretanto, a construção pretoriana, principalmente do Conselho de Estado francês, avançou mais em prol do administrado, levando em conta o *dano* e o *nexo causal*, mais do que as circunstâncias em que se verificou o prejuízo, deixando, pois, de lado, a identificação do agente ou o funcionamento inadequado da máquina administrativa.²⁴

O princípio que informa e fundamenta a teoria do risco é o da solidariedade patrimonial da coletividade frente aos ônus e encargos suportados por um determinado administrado em consequência da ação ou omissão danosa de um agente público. Ou seja, como a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente, haveria um consenso de que a coletividade deve ressarcir o administrado lesado por determinado ato ou omissão do Estado.

Em função da referida teoria, estabeleceu-se que, para a configuração da responsabilidade, basta a comprovação de nexo de causalidade entre o ato ou omissão estatal e o prejuízo sofrido pelo administrado, sendo prescindível a apreciação de elementos subjetivos (culpa e dolo).

Por esse motivo, costuma-se associar a teoria do risco à adoção da chamada responsabilidade objetiva.

Contudo, nesse particular, convém ressaltar que a responsabilidade objetiva não é sinônimo de teoria do risco. A bem da verdade, a responsabilidade objetiva decorre de opção do legislador, porém ela pode ter outros fundamentos que não o risco, conforme lições de Teresa Ancona Lopez:

²⁴In: CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 86.

Porém, antes de mais nada, é preciso deixar claro que responsabilidade objetiva não é sinônimo de teoria do risco. A responsabilidade objetiva pode ter outros fundamentos que não o risco criado por pessoas ou empresas no meio social. Ou seja, a responsabilidade é objetiva porque, assim, a lei determinou. O ofensor vai responder segundo a averiguação objetiva de sua conduta, que se subsume à *fattispecie* descrita na lei.²⁵

José dos Santos Carvalho Filho afirma que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no Direito Público com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica. E prossegue:

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a *teoria do risco administrativo*, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.²⁶

Alexandre Santos de Aragão ressalta que o caráter objetivo da responsabilidade e a adoção da teoria do risco não se tratou de uma criação original do Direito Administrativo, mas adveio da extensão de postulados criados no âmbito do Direito Civil, em razão da evolução das atividades econômicas²⁷.

A teoria foi então transportada para o Direito Administrativo, para justificar a adoção da responsabilidade objetiva, dentro de um contexto em que a Administração Pública ampliava cada vez mais suas intervenções na vida social e econômica.

A teoria do risco, a bem da verdade, compreenderia duas modalidades, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. A primeira admitiria a arguição de excludentes de responsabilidade, como a culpa da vítima, a culpa de terceiros ou a força maior, ao passo que a segunda afastaria a possibilidade de alegação dessas excludentes.

²⁵In: LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 120, jan./dez.2006.

²⁶In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 594.

²⁷In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 576.

No entanto, autores como Yussef Said Cahali²⁸, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹ e Edmir Netto de Araújo³⁰ entendem que a distinção é mais terminológica do que propriamente conceitual, pois, tendo a responsabilidade sido deslocada para o plano da causalidade, aos tribunais será permitida a exclusão ou atenuação da responsabilidade quando outros fatores tiverem concorrido ou prevalecido como causa do dano reclamado.

De todo modo, ressaltam haver aparente consenso de que se está diante de *responsabilidade objetiva*, cujo fator determinante é o nexó de causalidade entre o dano alegado e o ato (ou omissão) estatal, bem como acerca da admissão de algumas circunstâncias que excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

Essa teoria, em sua essência, é a que prevalece nos direitos ocidentais, inclusive no Direito Brasileiro, à luz do sistema constitucional atualmente vigente³¹, como se detalhará adiante.

Ao cabo da explicação histórica, pode-se depreender que os movimentos que desencadearam o desenvolvimento de cada teoria foram quase sempre motivados pela preocupação de se delinear um regime próprio à responsabilidade do Estado, capaz de compatibilizar as peculiaridades de sua pessoa com os tipos de danos passíveis de serem por ele produzidos e sempre com o objetivo de assegurar a devida proteção aos particulares no tocante a ações e omissões estatais. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Daí que a história da responsabilidade do Poder Público reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado. Progride, continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados.³²

Esse encadeamento histórico se mostra relevante para demonstrar a pertinência do estudo a respeito do cabimento da teoria da perda de uma chance aplicada à Administração Pública. Passemos então a abordar a evolução da responsabilidade civil do Estado no âmbito específico do ordenamento jurídico brasileiro, para a devida contextualização da matéria.

²⁸CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 38-39.

²⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 825-826.

³⁰ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 834.

³¹ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 282. (Tratado de direito administrativo, v. 7. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

³²In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.006.

1.2. Evolução normativa da responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro

Costuma-se dizer que o princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi colocado em dúvida no âmbito do Direito brasileiro³³.

Com efeito, mesmo inexistindo normas expressas em alguns períodos, sobretudo de caráter geral, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram a noção de irresponsabilidade do Estado.³⁴

De fato, as Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado, apenas prevendo a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções, no artigo 179, inciso XXIX³⁵, e artigo 82³⁶, respectivamente.

Contudo, nesse período, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários, em hipóteses envolvendo danos causados por estrada de ferro, colocação de linhas telegráficas, serviços de correio³⁷.

Com a promulgação do Código Civil de 1916, sobreveio entendimento de que teria sido prevista a responsabilidade subjetiva do Estado³⁸, sob o enfoque da teoria civilista, em função do que dispunha o seu artigo 15: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos

³³CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 28; CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905. p. 499-500.

³⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 826.

³⁵“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.”

³⁶“Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.”

³⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 826.

³⁸Como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*, prevista no artigo 15 do Código Civil de 1916, conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado fosse civilmente responsável. Porém, a ausência de menção expressa à culpa ou dolo permitiu que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 826).

a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

A Constituição de 1934, em seu artigo 171³⁹, previu a responsabilidade solidária entre funcionários públicos e a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. A regra foi mantida pela Constituição de 1937, precisamente no seu artigo 158⁴⁰.

Foi com a Constituição de 1946, e seu artigo 194, que passou a ser adotada a responsabilidade objetiva do Estado. O dispositivo trata apenas do dano e da causalidade, excluindo a referência ao elemento subjetivo, que foi previsto apenas no parágrafo único para fins da ação regressiva contra o agente. *In verbis*: “Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

A mesma lógica foi prevista na Constituição de 1967, no seu artigo 105⁴¹, com singela alteração para incluir o termo *dolo*, além de *culpa*, no parágrafo único que estabelecia a ação regressiva do Estado contra o funcionário. Com a Emenda nº 1, de 1969, a disposição foi mantida como artigo 107.

A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, manteve a tendência introduzida pela Constituição de 1946, trazendo de forma expressa a responsabilidade civil do Estado, a qual prescindiria da comprovação de elemento subjetivo (*dolo* ou *culpa*), salvo em ação regressiva contra o agente. Vejamos a disposição: “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de *dolo* ou *culpa*.”

³⁹“Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.”

⁴⁰“Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.”

⁴¹“Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

Posteriormente, o Código Civil de 2002 trouxe nova previsão em seu artigo 43, substituindo a norma do artigo 15 do Código Civil de 1916, por meio da qual estabelece que: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Embora a redação tenha sido aprimorada para contemplar a lógica já prevista desde a Constituição de 1946, no sentido de limitar a necessidade de comprovação do elemento subjetivo à ação regressiva contra o agente, o dispositivo é mais restrito do que o constitucional, pois deixa de fazer referência às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público.

Definitivamente, o artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988 constitui hoje o dispositivo mais relevante para análise da matéria concernente à responsabilidade civil do Estado. Ademais, gera reação quase unânime da doutrina e jurisprudência no sentido de ter consagrado a responsabilidade objetiva do Estado⁴².

Nesse sentido, confira-se o entendimento de Edmir Netto de Araújo:

Modernamente, o problema da responsabilidade do Estado por atos ou omissões prejudiciais de seus agentes, ou por fatos e coisas à sua guarda, é equacionado em termos eminentemente objetivos, sendo o administrado dispensado do ônus probante quanto à culpabilidade direta ou indireta da Administração. Pelo contrário, presentes todos os elementos para a responsabilização (dano, vítima, sujeito ativo agente público no exercício de suas funções, causa com referibilidade ao Estado), esta é que estará obrigada a comprovar, caso queira eximir-se integral ou parcialmente da obrigatoriedade de reparar o dano, que ocorre qualquer das hipóteses excludentes ou atenuantes de responsabilidade e, para isso, examinando especialmente a causa, que é o elemento catalisador dos dados mencionados.⁴³ (sem os grifos do original)

Ainda que a reação quanto à consagração da teoria objetiva da reponsabilidade civil do Estado seja quase unânime, há ainda discórdia a respeito da extensão dessa responsabilidade, inclusive para hipóteses de omissão estatal, bem como alguma divergência em relação aos fundamentos da responsabilidade estatal e pressupostos para sua caracterização, conforme se abordará adiante.

⁴²ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 329.

⁴³In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 843-844.

Assim é que o tema da responsabilidade civil do Estado não se esgota na análise do dispositivo constitucional acima mencionado, sendo salutar aprofundar a investigação da matéria e nuances do instituto, o que se mostra particularmente importante para a posterior avaliação quanto ao cabimento e compatibilidade da teoria da perda de uma chance em relação à responsabilidade civil da Administração Pública.

1.3. Fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado

A partir das explicações trazidas, é incontestável que o Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, tem a obrigação de reparar os danos causados à esfera juridicamente protegida de outrem e que lhe sejam imputáveis.

Conforme nos acostumamos com a realidade, por vezes paramos de refletir a respeito da razão da existência de determinados institutos. Parece-nos algo natural, óbvio.

No entanto, quais seriam os motivos que justificariam a responsabilização estatal? Isto é, quais os fundamentos desse instituto?

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento se biparte conforme se trate de comportamentos ilícitos ou lícitos. No caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, o fundamento seria o *princípio da legalidade*, acrescido do *princípio da igualdade* nas hipóteses de comportamentos *comissivos*. Já no caso de comportamentos lícitos, o fundamento seria a equânime repartição dos ônus provenientes dos atos ou efeitos lesivos decorrentes de atividades praticadas no interesse de todos e, por conseguinte, o *princípio da igualdade*⁴⁴.

Diógenes Gasparini adota linha similar, ressaltando o *princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados* como fundamento da responsabilidade civil por atos lícitos, enquanto o *princípio da legalidade* seria o fundamento da responsabilidade por atos ilícitos⁴⁵.

Alexandre Santos de Aragão traz em sua obra entendimento parecido, porém sem diferenciar o fundamento conforme a licitude ou ilicitude do comportamento estatal:

⁴⁴In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.015.

⁴⁵In: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.123-1.124.

Os dois principais fundamentos da responsabilidade civil dos entes públicos são o princípio do Estado de Direito, pelo qual todos estão sujeitos às regras do ordenamento jurídico, inclusive o próprio Estado, razão pela qual todos devem indenizar as violações de direito cometidas, e o princípio da igualdade, da solidariedade social ou da repartição dos encargos sociais, pelo qual apenas uma ou algumas pessoas não podem ficar individualmente oneradas por prejuízo a elas infringido para beneficiar todos os membros da coletividade [...]⁴⁶

Irene Patrícia Nohara apresenta posicionamento diverso, defendendo que o verdadeiro fundamento da responsabilidade do Estado, tanto no caso de ato ilícito como lícito, estaria contido no preceito de justiça, que mais se relaciona com o princípio da igualdade. Vejamos:

Apesar de constatar que a diferença entre a situação da atuação legal ou ilegal do Estado repousa, por óbvio, no princípio da legalidade, entendo que o verdadeiro fundamento da responsabilidade do Estado, tanto no caso do ato lícito como do ilícito, está contido nos preceitos de justiça, que, ressalte-se, estão mais relacionados com a noção de igualdade do que propriamente com a legalidade.⁴⁷ (sem os grifos do original)

Nesse sentido, aponta que, embora no ressarcimento por ato ilícito, o argumento da ilegalidade seja um dos meios de se responsabilizar o Estado, não seria o verdadeiro fundamento da responsabilização que está relacionado à correção do dano e retorno do *status quo ante*, tanto que a mera ilegalidade não rende ensejo ao dever de reparação, pela inexistência de nexo de causalidade com um resultado lesivo.

Sob uma perspectiva teórica filosófica, a recomposição de situação derivada de comportamento ilícito do Estado estaria fundamentada na ideia aristotélica de *justo corretivo*, derivada da noção de igualdade formal ou aritmética. Já a situação derivada de atuação lícita teria por objetivo a volta ao *status quo ante*, acrescida da noção de *justo distributivo*, relacionada com a *justa repartição social de ônus e encargos* e, bem assim, com a *igualdade material*. Porém, ambas as situações estariam relacionadas com a questão da justiça ou da igualdade.⁴⁸

Convém reiterar que o princípio da repartição dos ônus e encargos públicos, ou igualdade dos ônus e encargos ou, ainda, solidariedade social, segundo a doutrina, seria

⁴⁶In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 581.

⁴⁷In: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 840.

⁴⁸*Id. Ibid.*, p. 840-841.

aquele que fundamenta a teoria do risco⁴⁹. Em resumo, o risco de danos decorrentes das atividades estatais cria uma situação de desigualdade se a atividade for danosa e efetivamente atingir o patrimônio ou direito de determinado administrado. Assim, segundo o supramencionado princípio, os ônus e encargos devem ser equitativamente repartidos entre todos os membros da coletividade, já que o Estado é a síntese patrimonial de todos os contribuintes⁵⁰.

Odete Medauar aduz que alguns princípios respaldam a concepção da responsabilidade objetiva, tais como o preceito de igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração e, além disso, “o próprio sentido de justiça (equidade), o *neminem laedere*, o *alterum non laedere*, que permeia o direito e a própria vida, em virtude do qual o causador de prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.”⁵¹

Já Maurício Zockun possui entendimento de que a responsabilidade patrimonial do Estado é um tema jurídico-positivo e não lógico-jurídico, de forma que cada ordem jurídica fixará o seu perfil e regime jurídico. Seria, portanto, necessário analisar o que a ordem jurídica prevê para apurar a matriz principiológica do instituto⁵².

Sob a ótica brasileira, conclui que a responsabilidade civil do Estado decorre do regime de observância à lei que deflui no primado republicano, ressaltando que, em função dessa matriz, tal garantia constitucional seria uma cláusula pétrea⁵³.

De fato, o posicionamento apresentado por Maurício Zockun aponta um importante elemento que merece ser ponderado em conjunto com aqueles anteriormente expostos, em relação ao sistema de responsabilidade civil, seja no Direito Público ou Privado.

Para a construção de um sistema de responsabilidade civil, não se parte de dados postos pela natureza e de observância obrigatória pela sociedade, sob o ponto de vista metafísico. Conforme ressalta Fernando Dias Menezes de Almeida “[...] são opções da sociedade, em cada momento histórico, valorizar aspectos subjetivos ou objetivos na edificação de um sistema de responsabilidade civil.”⁵⁴

⁴⁹CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 323.

⁵⁰ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 832-833.

⁵¹In: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 417.

⁵²In: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade civil do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 61.

⁵³*Id. Ibid.*, p. 63-64.

⁵⁴ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 252.

Os fundamentos de política legislativa no caso da responsabilidade civil podem ter como foco a conduta do agente causador de dano, usualmente chamada de responsabilidade subjetiva, ou pode centrar sua atenção no próprio resultado danoso, sendo comumente denominada responsabilidade objetiva, por prescindir da análise de elementos relacionados à pessoa do agente.

Ao tratar da responsabilidade patrimonial da Administração e seu fundamento, especialmente no Direito espanhol, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández dão ênfase ao *processo de objetivização* da responsabilidade e apontam que o foco na proteção e garantia ao patrimônio da vítima seria o fundamento do sistema de responsabilização. Vejamos:

Esta virada na fundamentação da obrigação de responder patrimonialmente, que passa a ser contemplada a partir do ponto de vista de quem sofreu o dano e não da perspectiva do agente que lhe deu causa, é ao que convencionalmente foi chamado de “objetivização” da responsabilidade patrimonial da Administração, introduzindo certo equívoco desnecessariamente, já que não significa, obviamente, que qualquer prejuízo econômico que possa decorrer dos serviços administrativos tenha causa jurídica (se ausente esse elemento de ilicitude do resultado sob o ponto de vista do prejudicado) para pretender uma reparação legítima.

O fundamento do sistema, portanto, está na proteção e garantia do patrimônio da vítima; é o que a cláusula geral pretende, antes de tudo, preservar diante de todo dano não buscado, não desejado, nem merecido pela pessoa lesionada que, no entanto, decorrer da ação administrativa.⁵⁵

Tendo em conta as opiniões anteriormente abordadas e os contornos do instituto em exame, temos que a responsabilidade civil do Estado, no sistema jurídico brasileiro, encontra fundamento no princípio da legalidade, inclusive como decorrência do Estado de Direito, e também no princípio da igualdade.

Compartilhamos o entendimento de que a responsabilidade do Estado é consequência inafastável do Estado de Direito e do regime de observância à lei, em sentido amplo, de modo que o princípio da legalidade constitui seu fundamento.

Dentro desse contexto, surge obviamente a necessidade de reparação derivada de comportamento ilícito, com o restabelecimento do equilíbrio rompido, mas também a necessidade de recomposição derivada de comportamento lícito, observados os ditames

⁵⁵In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 391.

legais. Isso porque, como dito, o sistema de responsabilização depende de uma opção legislativa e, no caso brasileiro, evidencia-se uma decisão no sentido de centrar a atenção no resultado danoso, ao invés do agente causador do dano.

Em adição, o princípio da igualdade também serve de fundamento ao sistema de responsabilização civil do Estado, especialmente no tocante à responsabilização por atos lícitos, tendo em vista a noção de repartição dos ônus e encargos públicos, acolhida por grande parte de nossa doutrina, segundo a qual descabe onerar alguns indivíduos por prejuízos decorrentes de uma atividade estatal tendente a beneficiar toda a coletividade.

1.4. Pressupostos de caracterização da responsabilidade civil estatal

1.4.1. Pessoas jurídicas do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e seus agentes

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal sujeita as pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado prestadoras de serviço público à previsão quanto à responsabilidade civil objetiva.

Logicamente, somente responderão objetivamente os detentores de personalidade jurídica, de modo que, em se tratando de agente vinculado a órgão despersonalizado, deverá responder o ente ao qual tal órgão se vincula.

As pessoas de Direito Público mencionadas pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal são, na síntese de José dos Santos Carvalho Filho⁵⁶, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e fundações públicas⁵⁷.

Já as pessoas de Direito Privado abarcadas pela regra do artigo 37, § 6º da Constituição Federal são empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, delegatárias de serviços públicos na forma do artigo 175 da Constituição Federal, isto é, concessionárias e permissionárias de serviços públicos, ou entidades que

⁵⁶In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 598.

⁵⁷Fernando Dias Menezes de Almeida ressalta que o dispositivo constitucional não traz nenhuma definição sobre se tratarem de pessoas jurídicas de direito público interno ou externo, de modo que deveria se considerar também no rol a República Federativa do Brasil e, nos limites dos tratados de imunidade recíproca, Estados estrangeiros, organizações internacionais e outras pessoas de direito internacional. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 357).

recebam delegação a qualquer título, e as fundações governamentais de natureza privada que prestem serviços públicos⁵⁸.

Em virtude do que prevê o dispositivo constitucional, ficam excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica, conforme artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, as quais serão regidas pelas regras aplicáveis às empresas privadas⁵⁹.

Quanto a entidades do terceiro setor, há controvérsia sobre sua sujeição à responsabilidade objetiva. Parte da doutrina, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰ e Irene Patrícia Nohara⁶¹, entende pela incidência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal a entidades que prestem serviço público, a qualquer título, em função de delegação do Poder Público, até porque a prestação do serviço público seria o critério delimitador da responsabilidade.

José dos Santos Carvalho Filho, por outro lado, defende que os serviços sociais autônomos, por terem maior vinculação com o Estado, devem responder objetivamente, ao passo que organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, que se associam ao Poder Público por meio de contratos de gestão ou termos de parceria, respondem subjetivamente, pois seria excessivo ônus que prestassem atividades de caráter social sem fins lucrativos e, por conta dessa vinculação com o Poder Público, houvesse deslocamento do regime aplicado pelo Código Civil⁶².

Todavia, todas as pessoas citadas desfrutam, a bem da verdade, de uma realidade técnica, relacionando-se com a sociedade por meio de seus representantes ou agentes, que são aqueles que efetivamente contam com um querer e agir físico e psíquico próprios.

⁵⁸A respeito vide: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 858.

⁵⁹Vale notar que Romeu Felipe Bacellar Filho pontua que a cisão da responsabilidade da Administração Pública a partir do binômio serviço público/atividade econômica não é tão simples e aparente se confrontada com a realidade, bem como que determinados princípios do regime público não admitiriam afastamento, seja porque incorporam garantias ao cidadão, seja porque informam a própria concepção de Estado. Nessa linha, defende que a regra é a incidência do artigo 37, § 6º, da Constituição, sendo o regime do Código Civil (artigo 927) aplicado excepcionalmente e sempre de forma subsidiária, desde que (i) não haja outra legislação em sentido contrário e (ii) a pessoa jurídica (seja de Direito Público ou de Direito Privado), integrante da Administração Pública, não esteja agindo “nessa qualidade”, ou seja, na qualidade de exercente de uma atividade administrativa enquanto atividade-fim. (In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras, cit., p. 316-324).

⁶⁰In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 827.

⁶¹In: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 859.

⁶²In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 599-600.

É dizer, o que o agente quer ou pratica, entende-se que o Estado quis ou praticou. Conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.⁶³

O termo *agente* referido no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal significa *agente público*. E, segundo observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a responsabilidade civil referida no dito dispositivo exige que “o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço”⁶⁴.

Na mesma linha, conforme explanação de Yussef Said Cahali:

A palavra “agente”, pelo elastério que propicia, compreende aquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço público, e já reconhecidas, pelo direito anterior, como hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado.⁶⁵

Ademais, para que a responsabilidade possa ser engajada, exige-se que o agente, ao causar o dano, atue nessa qualidade.

Há discussão a respeito da abrangência desse termo e efetiva necessidade de que o agente esteja de fato no exercício de suas funções para engajar a responsabilidade do Estado ou se bastaria agir na qualidade de funcionário, mesmo não praticando atos estritamente relacionados às suas atribuições funcionais.

Prevalece atualmente o entendimento de que o que importa para a vinculação da responsabilidade jurídica é o fato da condição de agente público ter conferido a oportunidade para a prática do ato danoso. Em outros termos, basta que tal qualidade seja exteriorizada

⁶³In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.016.

⁶⁴In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo, cit.*, p. 828 (sem os grifos do original).

⁶⁵In: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado, cit.*, p. 79.

pela conduta, o que inclui, por exemplo, a utilização de veículo oficial ou arma, ainda que fora do horário de expediente⁶⁶.

Portanto, conforme a síntese de Yussef Said Cahali, interessa que a condição de agente público tenha contribuído de alguma forma para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito⁶⁷.

De fato, essa orientação se mostra mais adequada, pois tem o condão de acomodar um leque maior de situações danosas que efetivamente merecem reparo, inclusive hipóteses em que o agente atua com desvio de finalidade⁶⁸, exorbitando suas funções e causando danos ao particular justamente nesse contexto.

Não se pretende aprofundar nesta dissertação aspectos concernentes à ação regressiva assegurada ao Estado contra o agente causador do dano, em caso de culpa ou dolo, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e também no artigo 43 do Código Civil.

Trata-se de assunto com controvérsias próprias, que escapam ao objeto ora em estudo⁶⁹. Contudo, vale mencionar que, a despeito de posições doutrinárias em sentido contrário⁷⁰, o STF tem entendimento recente no sentido de que somente as pessoas jurídicas de Direito Público, ou as pessoas jurídicas de Direito Privado que prestem serviços públicos,

⁶⁶A respeito do tema, convém conferir precedentes do STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.246 - AL*. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16.12.2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 644.395 - GO*. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.10.2011. Disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/>.

⁶⁷In: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 85.

⁶⁸“Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa. O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 786).

⁶⁹A título de exemplo, pode-se citar a discussão a respeito do cabimento de denúncia à lide, sua facultatividade ou obrigatoriedade, ou necessidade de ajuizamento de ação autônoma. A respeito do tema, vide, entre outros: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 37-69; TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 201-227.

⁷⁰Vide a respeito BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.042.

é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros, sendo descabido o ajuizamento de demanda diretamente contra o agente público⁷¹.

Sustenta o precedente recente do STF, fazendo referência a posicionamento anterior de precedente relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto⁷², que a Constituição Federal teria consagrado uma dupla garantia, uma, em favor do particular, que poderia processar imediatamente o Poder Público por danos decorrentes de atos ou omissões causados por seus agentes público; e, outra, em favor do próprio agente público, que responderá somente perante a pessoa jurídica estatal a qual esteja vinculada.

Cabe pontuar, outrossim, posicionamento no sentido de que tal direito de regresso trata, em verdade, de poder-dever do Estado e não mera faculdade⁷³.

Afinal, o Estado se manifesta por meio de seus agentes, sendo estes geralmente os verdadeiros culpados por atos que causam danos a terceiros. Nessa toada, a ausência de responsabilização teria o condão de provocar atitudes de descaso por parte dos agentes públicos, que, ao cabo, saberiam que não arcaíam eles próprios com eventual prejuízo decorrente de sua culpa ou dolo.⁷⁴

De fato, trata-se de questão que igualmente cabe ser ponderada, inclusive sob a ótica da solvabilidade do Estado. Até porque, a toda evidência, as ações de regresso não se materializam em proporção equivalente aos danos efetivamente causados por agentes públicos e passíveis de ressarcimento em sede adequada⁷⁵.

1.4.2. Conduta imputável ao Estado

Para a caracterização da responsabilidade civil, mostra-se necessária a constatação de um fato, ato ou omissão imputável às pessoas jurídicas de Direito Público ou pessoas

⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 593.525 - DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09.08.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 327.904 – SP*. Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 15.08.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

⁷³BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras, *cit.*, p. 328.

⁷⁴NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo, cit.*, p. 868.

⁷⁵SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 497.

jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, nos termos delineados no tópico acima.

Conforme ensina José Cretella Júnior: “A fonte primeira da responsabilidade civil do Estado é o agente público, que se exterioriza ou por meio de *atos administrativos*, ou por meio de *fatos administrativos*, ou, ainda, por *omissões*.”⁷⁶

Segundo José Cretella Júnior, os *atos administrativos* promanam do órgão público e traduzem a vontade imputável à pessoa coletiva a que se agrega, enquanto os *fatos administrativos* configuram simples condutas, operações materiais despidas do traço de juridicidade próprio dos atos administrativos.⁷⁷

José dos Santos Carvalho Filho também traz a ocorrência de qualquer tipo de conduta estatal como pressuposto da caracterização da responsabilidade, optando por utilizar a terminologia *fato administrativo* de forma ampla:

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do *fato administrativo*, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).⁷⁸

Edmir Netto de Araújo igualmente faz referência a esse pressuposto como um dos elementos da equação da responsabilidade civil do Poder Público, valendo-se primordialmente da noção de ato ou omissão, bem como ressaltando que não se mostra imperiosa a configuração de um ato jurídico, sendo a responsabilidade cabível diante de ato ou omissão material do agente, desde que causador de prejuízo, e em algumas hipóteses mesmo sem a identificação de um agente:

No entanto, para deflagrar esse tipo de responsabilidade, não é necessário que seja um ato jurídico (que é aquela declaração de vontade feita na forma que o ordenamento jurídico prescreve para produzir efeitos jurídicos determinados), pois pode o dano ao administrado ser decorrente de atos ou omissões materiais do agente causador do prejuízo (no caso, apenas fato jurídico), e talvez na maioria dos casos seja isso o que ocorre, além do fato de que em certas hipóteses, como vimos há pouco (coisas e atividades a

⁷⁶In: CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 105.

⁷⁷*Id. Ibid.*, p. 106-107.

⁷⁸In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 601.

cargo do Estado), nem mesmo a identificação de um agente seja necessária para configurar a responsabilidade estatal.⁷⁹ (sem os grifos do original)

Optou-se por adotar neste tópico a terminologia *conduta*, justamente com o objetivo de abarcar de forma ampla os diversos comportamentos estatais que podem dar azo à responsabilização civil, seja por meio de atos jurídicos, seja por meio de atos materiais, também chamados de fatos administrativos, ou, ainda, em situações de omissão.

Importa salientar que a licitude ou ilicitude da conduta não tem relevância para fins da responsabilidade objetiva, já que a existência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão do ente público e o prejuízo reclamado pelo particular bastará para configurar o dever de indenizar. Nesse sentido, em princípio, tanto atos ilícitos como lícitos podem desencadear a responsabilização do Estado.

Novamente, vejamos as lições de Edmir Netto de Araújo:

No entanto, a adoção, a partir da Constituição de 1946, da teoria objetiva do risco (integral ou administrativo, que para nós é o mesmo), deslocou o respaldo da obrigação de indenizar do Estado para os ditames da teoria da solidariedade patrimonial da coletividade frente ao dano sofrido por certo administrado, em decorrência de atividade ou omissão do Estado, que da coletividade é a síntese. Com isso, mesmo sendo lícito o ato (ou omissão), ou, ainda, juridicizado para outros ramos do Direito, ou até não identificado qualquer agente causador do dano (fatos, coisas e atividades à guarda do Estado), no campo da responsabilidade civil o Poder Público não pode se eximir de indenizar o prejuízo decorrente, exceto na hipótese da ocorrência de alguma excludente de responsabilidade.⁸⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, além de tratar especificamente das hipóteses de condutas comissivas e omissivas do Estado ensejadoras de danos, cita ainda hipótese em que não é uma atuação do Estado que gera o dano, mas uma atividade sua cria a situação propiciatória do dano ao expor alguém a risco, em geral pela guarda de coisas ou pessoas perigosas, embora não se trate de uma regra⁸¹.

Em se tratando de condutas omissivas por parte do Estado, existe ainda grande divergência, na doutrina e jurisprudência, sobre a efetiva prescindibilidade do elemento subjetivo e, bem assim, possibilidade de enquadramento na responsabilidade objetiva. A questão será aprofundada em tópico próprio, dada a ênfase que merece o assunto.

⁷⁹In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 845.

⁸⁰In: *Id. Ibid.*, p. 846.

⁸¹In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.018.

Cabe salientar, no entanto, que justamente por entender que a teoria objetiva seria insuficiente para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, especialmente nas hipóteses de omissão, o que geraria a necessidade de adoção de concepções distintas em casos de ação ou omissão estatal, Marçal Justen Filho defende a verificação da *juridicidade ou antijuridicidade* da conduta em situações envolvendo a responsabilidade civil estatal⁸².

Nesse particular, propõe uma objetivação da culpa, que perpassaria a análise quanto ao dever objetivo de adotar providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio, dever este que recairia àquele investido com competências estatais.

Em suma, a natureza da atividade estatal imporá a seus agentes um dever especial de diligência, que consistiria na previsão das consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando providências para evitar a consumação de danos a terceiros.

Ao infringir esse dever objetivo, dando oportunidade à ocorrência de danos no exercício de suas competências, estariam presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade da conduta do Estado.

Para Marçal Justen Filho, seria necessária cautela na defesa da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, pois haveria risco de extensão da indenização para hipóteses descabidas. Assim, entende que ressalvadas as hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa (como é o caso dos atentados terroristas), somente seria possível a responsabilização do Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for *antijurídica*.

Portanto, toda a ação ou omissão imputável ao Estado, que configurasse infração ao supramencionado dever de diligência no exercício das competências próprias, geraria a responsabilização civil se produzir ou oportunizar danos a terceiros.

A solução proposta por Marçal Justen Filho, embora razoável e legítima, especialmente devido ao cenário de crescente expansão das hipóteses de responsabilização civil do Estado, parece questionável sob o ponto de vista do tratamento político e legislativo que aparenta ter sido escolhido para a matéria em questão.

Como se abordou anteriormente, entende-se que houve uma opção do legislador – aliás, do constituinte - de centrar a atenção no resultado danoso decorrente da conduta estatal e não propriamente na conduta do causador do dano. E, nessa toada, a proposição poderia desvirtuar, em certa medida, a política legislativa expressamente adotada.

⁸²In: JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 230-238.

De todo modo, comunga-se do entendimento de que é preciso cautela na análise concreta da configuração dos elementos da responsabilidade civil e no seu alargamento demasiado, em especial em hipóteses de condutas lícitas. Entretanto, a questão parece passível de ser tratada – ou ao menos mitigada - sob o ponto de vista do dano ressarcível e do nexos de causalidade, prestigiando assim o foco da política legislativa adotada pelo Brasil.

Para finalizar, cabe anotar as opiniões daqueles que entendem por diferenciar a responsabilidade civil por atos lícitos da indenização decorrente de sacrifício de interesses privados, cuja hipótese clássica é a desapropriação.

De acordo com o Celso Antônio Bandeira de Mello, não há que se falar em responsabilidade nas hipóteses em que o Estado enfraquece ou sacrifica direito de outrem diante de autorização específica da ordem jurídica para ingresso na esfera alheia e atingimento do direito alheio. Ou seja, nesses casos, a ordem jurídica estabelece ao Estado um poder que reside justamente em aniquilar direito alheio, que se converterá então em indenização. Diferentemente, a responsabilidade do Estado por atos lícitos teria cabimento quando o poder conferido legitimamente ao Estado acarreta indiretamente uma lesão a direito alheio, sem que seja essa a sua finalidade própria.⁸³

Na mesma linha de ideias, vejamos o posicionamento de Irene Patrícia Nohara:

No sacrifício de direito, a finalidade de satisfação dos interesses públicos somente é alcançada por meio da restrição ao direito individual do particular, sendo, portanto, uma decorrência lógica desse tipo de atuação estatal, enquanto na atuação lícita do Estado, que causa dano, objetiva-se a realização de atividades praticadas dentro da legalidade que tão somente beneficiem os interesses públicos, não sendo, por conseguinte, o prejuízo algo de caráter necessário ao desenvolvimento deste último tipo de atividade.⁸⁴

Outra questão que é costumeiramente apontada para diferenciar os institutos é o fato de haver indenização prévia no caso de sacrifício de direitos, o que não se verifica nas hipóteses de responsabilidade civil por atos lícitos.

A responsabilidade civil do Estado por ato lícito estaria presente, conforme exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, emprestado de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na situação do ato que determina o nivelamento da rua. Efetuado o nivelamento, com as cautelas aplicáveis, algumas casas ficarão abaixo ou acima do nível da rua, o que causará

⁸³In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.002-1.004.

⁸⁴In: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 842.

prejuízos aos proprietários⁸⁵. A norma que investia a Administração com poderes para proceder com o nivelamento não tinha por finalidade própria o sacrifício de direitos, embora a atuação legítima tenha causado prejuízos.

De se ressaltar que, dentro da perspectiva defendida por Marçal Justen Filho quanto à antijuridicidade da conduta, o sobredito exemplo poderia não dar ensejo à indenização, caso houvesse comprovação de que o Estado adotou todas as providências e cautelas aplicáveis para evitar danos aos proprietários.

Esclarecidas as condutas lesivas que podem desencadear a responsabilidade civil estatal e apresentadas algumas das discussões que se colocam em relação a tal pressuposto, reputa-se importante analisar, de forma mais detida, o aspecto do dano passível de ressarcimento, para a devida configuração da responsabilidade civil por parte do Estado.

1.4.3. Dano ressarcível

Diante da conformação do sistema pátrio, que centra a atenção no resultado danoso em matéria de responsabilidade civil aplicada ao Estado, mostra-se particularmente relevante a análise do pressuposto consubstanciado no dano a terceiros.

De plano, pontua-se que, conforme entendimento do STF⁸⁶, o dano pode ser causado a usuários e não-usuários do serviço público.

O dano é requisito indispensável à responsabilização do Estado, pois é dele que decorre a obrigação de indenizar⁸⁷.

Conforme José Cretella Junior, o dano implica sempre desnível em relação a valores, econômicos ou éticos. Assim é que: “Comparando-se o *quantum* anterior – minuendo – e o restante – o resto -, após o resultado do evento – subtraendo -, obtém-se a medida da lesão, o dano, propriamente dito, objeto da reparação.”⁸⁸

De acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida “entende-se dano, para fins de responsabilidade *civil*, como o *resultado ilícito*, revelado sobre a forma de lesão

⁸⁵In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.004.

⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 591.874 - MS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.08.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

⁸⁷ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 852.

⁸⁸CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*, cit., p. 128.

patrimonial.”⁸⁹ O autor prossegue afirmando que o termo *dano* já traz, de forma implícita, o resultado *ilícito* e, nesse sentido, para sua configuração, é necessário que se extraia do Direito uma consideração de ilicitude do resultado sofrido.

Em linha similar, Sérgio Cavalieri Filho afirma que o correto seria conceituar o dano pela sua causa e origem, atentando-se para o bem jurídico atingido e não para as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre determinado sujeito. Partindo dessa premissa, conceitua dano como sendo:

[...] lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.⁹⁰ (sem os grifos do original)

A doutrina coloca de forma unânime que o dano precisa ser certo e não eventual, embora possa ser atual ou futuro⁹¹, isto é, pode recair sobre o patrimônio atual do administrado, ocasionando sua imediata diminuição, ou sobre o patrimônio futuro, impedindo ou diminuindo benefício a que a vítima teria direito⁹².

Ademais, para que seja indenizável, o dano deve corresponder a uma lesão a direito, o que significa que deve afetar bem jurídico cuja integridade seja protegida pelo sistema normativo e, bem assim, que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado, reconhecendo como um direito do indivíduo⁹³. Segundo Alexandre Santos de Aragão, esse seria o chamado dano jurídico⁹⁴.

Alguns autores, como Weida Zancaner⁹⁵ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁶, acrescentam duas características para que os danos decorrentes de comportamentos lícitos possam ser tidos como indenizáveis, quais sejam, a *anormalidade* e a *especialidade*.

⁸⁹ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 395.

⁹⁰In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 103.

⁹¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.030; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 590; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, cit., p. 1.131.

⁹²ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 852.

⁹³BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.028-1.029.

⁹⁴In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 589-590.

⁹⁵In: ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos do usuário. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 341.

⁹⁶In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.031.

Dano anormal seria aquele que excede os incômodos pequenos e inerentes ao convívio social. Assim, por exemplo, não caberia indenização pela breve interrupção de rua para conserto de canalizações⁹⁷.

Dano especial seria aquele que onera um determinado indivíduo de forma particular, não se tratando, pois, de um prejuízo genérico da sociedade. Ou seja, o dano deve acometer uma pessoa ou grupo de pessoas de forma específica e não recair sobre a coletividade de forma abstrata. Dentro desse contexto, danos decorrentes, por exemplo, da perda de poder aquisitivo da moeda em virtude de medidas econômicas inflacionárias não seriam passíveis de reparação⁹⁸.

Cumprido notar que Diógenes Gasparini⁹⁹ e Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁰⁰ igualmente mencionam a especialidade e a anormalidade como características que devem ser observadas para que o dano seja considerado ressarcível pelo Poder Público, porém não fazem expressa diferenciação quanto a danos decorrentes de condutas lícitas ou ilícitas.

Diógenes Gasparini também defende que só será reparável pela Administração Pública o dano de valor economicamente apreciável, não tendo sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório¹⁰¹.

Weida Zancaner sustenta ainda que a causa de imputação de responsabilidade do Estado é o dano antijurídico. A esse respeito, explica que o dano antijurídico é aquele proveniente de atividade ilícita ou o dano especial e anormal proveniente de atividade lícita:

Importante, ainda, explicitar que dano antijurídico é todo aquele proveniente de atividade ilícita, ou aquele que, proveniente de atividade lícita, constitua flagrante injustiça, pois injustiça é gênero de que antijuridicidade é espécie; dessa forma, o dano será antijurídico caso seja anormal e especial, não havendo porque não considerar o dano anormal e especial como antijurídico.¹⁰²

A respeito da antijuridicidade do prejuízo, convém também trazer à baila as ideias de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Tais autores ressaltam que, para que se configure lesão em sentido estrito, não basta a caracterização de um prejuízo material,

⁹⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.031.

⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 1.031.

⁹⁹In: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, cit., p. 1.131.

¹⁰⁰In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes*, cit., p. 327.

¹⁰¹In: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, cit., p. 1.131.

¹⁰²In: ZANCANER, Weida. *Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos do usuário*, cit., p. 341.

sendo necessário que tal prejuízo seja antijurídico, o que fundamentaria a obrigação de indenizar.

A antijuridicidade em questão estaria relacionada ao prejudicado e não à conduta do autor. Não se trataria, pois, de uma antijuridicidade subjetiva. Para que se trate de prejuízo reparável, em suma, impor-se-ia que a pessoa que o sofreu não tenha o *dever jurídico* de suportá-lo.¹⁰³

Nesse sentido, defendem que a lesão indenizável se caracteriza na medida em que inexistam causas justificadoras do prejuízo sofrido. Vejamos:

A antijuridicidade suscetível de transformar o prejuízo econômico em *lesão* indenizável decorre, pois, da ação administrativa (não da atuação do agente da Administração causadora material do dano), a partir de um princípio objetivo de garantia do patrimônio dos cidadãos que abre sua operacionalidade chamando a cobertura do dano causado *na medida em que não existam causas justificadoras que legitimem como tal o prejuízo em questão*.¹⁰⁴

Para dar alguns exemplos, os autores citam que seria legalmente inevitável o pagamento de imposto, o dever de suportar uma execução administrativa ou judicial e, de forma geral, o cumprimento de qualquer obrigação imposta pela lei. Mencionam também, entre outras questões, que descaberia indenização pela assunção de eventual resultado dos riscos voluntariamente aceitos, em especial na seara médica.

A toda evidência, essa concepção foi acolhida, no Brasil, por Ricardo Marcondes Martins¹⁰⁵.

Tal abordagem coloca em evidência a noção de dano, que, atualmente, constitui o efetivo centro do sistema de responsabilidade estatal, tanto na Espanha¹⁰⁶ quanto no Brasil, conforme mencionado.

Registre-se de plano que o rigor na apreciação do dano ressarcível, à luz de todas as ponderações trazidas neste tópico, e do nexo de causalidade, como se abordará em seguida,

¹⁰³In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2, *cit.*, p. 393.

¹⁰⁴*Id. Ibid.*, p. 394.

¹⁰⁵In: MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexo causal e imputação objetiva, *cit.*, p. 370-371.

¹⁰⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2, *cit.*, p. 393.

tem o condão de servir de instrumento legítimo de contenção do alargamento despropositado da responsabilidade estatal no Brasil.

Em relação às modalidades de danos passíveis de indenização pelo Estado, apontam-se comumente as mesmas modalidades utilizadas no Direito Civil, ou seja, os danos materiais ou patrimoniais e danos morais ou extrapatrimoniais.

Os danos patrimoniais ou materiais atingem os bens integrantes do patrimônio da vítima, considerando-se patrimônio o conjunto de relações jurídicas apreciáveis economicamente¹⁰⁷. Conforme ensinamentos de Edmir Netto de Araújo:

[...] consideram-se danos materiais os que, atingindo coisas móveis ou imóveis, recaem sobre o patrimônio da vítima, ocasionando destruição ou deterioração total ou parcial (tornando-se impróprios para sua destinação), diminuição de sua utilidade econômica, agravamento de condições de sua utilização e outros aspectos, sempre relacionados a bens e objetos.¹⁰⁸

Como abordado anteriormente, o dano precisa ser certo, mas pode ser atual ou futuro, isto é, pode não somente provocar diminuição do patrimônio da vítima, mas também impedir seu crescimento. No plano do dano patrimonial ou material, isso dá ensejo à subdivisão em danos emergentes e lucros cessantes.

Por essa razão, diz-se que a indenização abrange o que o lesado perdeu (danos emergentes) e o que com certeza deixou de ganhar (lucros cessantes), modalidades que podem se configurar de forma isolada ou cumulada¹⁰⁹.

Os danos extrapatrimoniais ou morais revelam prejuízo imaterial e, bem assim, que não pode em princípio ser captado fisicamente¹¹⁰. Pode-se dizer assim que, quando da efetivação do resultado lesivo, afeta interesse sem expressão econômica.¹¹¹

Portanto, o dano moral pode envolver aspectos como honra, imagem, intimidade, vida privada, lesões ou morte de familiares, entre outros.

Há quem ressalte ainda os danos pessoais como modalidade diversa, os quais atingiriam o corpo e espírito, causando prejuízos à integridade física, estética e psíquica, independentemente dos danos morais que possam advir desses casos¹¹². Por outro lado, há

¹⁰⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 103-104.

¹⁰⁸In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 853-854.

¹⁰⁹*Id. Ibid.*, p. 853.

¹¹⁰*Id. Ibid.*, p. 855.

¹¹¹SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*, cit., p. 197.

¹¹²ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 854.

quem associe os danos pessoais com outras modalidades de danos, como os danos extrapatrimoniais.¹¹³

Sérgio Cavaliéri Filho registra que, a despeito da expansão do dano ressarcível, com a aparição de novas espécies, ainda seria seguro manter a classificação nas duas modalidades tradicionais, isto é, danos materiais ou patrimoniais e danos morais ou extrapatrimoniais, pois as demais seriam meras subespécies¹¹⁴.

A bem da verdade, conforme se abordará adiante, para aqueles que entendem que a perda de uma chance constitui espécie de dano, há divergência quanto à sua natureza jurídica e enquadramento dentro das sobreditas modalidades, havendo ainda quem sustente que a perda da chance, na verdade, reclama uma aplicação não ortodoxa do nexu causal.

Em razão da complexidade da matéria e considerando a ênfase que se pretende dar ao assunto, a questão será abordada no próximo capítulo, que versa especificamente sobre a teoria da perda de uma chance.

Feitas as considerações acima, consigna-se que, em princípio, não se vislumbram diferenças em relação às modalidades de danos admitidas em um e em outro caso. Conforme aponta Sérgio Severo: “A tipologia de danos se apresenta no direito público com os mesmos característicos da esfera privada.”¹¹⁵

De todo modo, considera-se importante a análise mais minuciosa da questão, especialmente no tocante à aplicação da teoria da perda de uma chance, inclusive em virtude da importância que vem sendo atribuída de forma crescente aos pressupostos *dano* e *nexo de causalidade*, dentro da concepção do nosso sistema pátrio, que tem como foco o resultado danoso e não o causador do dano.

1.4.4. Nexu de causalidade

Por fim, o último pressuposto para a configuração da responsabilidade civil do Estado é o nexu causal ou nexu de causalidade.

¹¹³SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública, cit.*, p. 198.

¹¹⁴In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, cit.*, p. 103.

¹¹⁵In: SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública, cit.*, p. 201.

Grosso modo, o nexo de causalidade é a relação objetiva de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o resultado experimentado pela vítima¹¹⁶.

Independentemente da teoria adotada para o fim de fundamentar a responsabilidade civil do Estado, fato é que o nexo de causalidade se coloca como pressuposto necessário dessa responsabilização¹¹⁷.

Aliás, com a adoção da chamada responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo resultado¹¹⁸, torna-se necessária maior atenção e cuidado no exame do nexo causal, na medida em que sua interrupção constituirá um dos únicos meios de exclusão do dever de indenizar¹¹⁹. Para muitos autores, as excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil estatal gravitam justamente em torno de hipóteses que descaracterizam a formação do nexo de causalidade ou o mitigam^{120 121}.

Nas lições de Edmir Netto de Araújo:

Nexo causal significa referibilidade jurídica ao Estado do evento danoso, que é básica e fundamental para a fixação da responsabilidade e conseqüente obrigação de indenizar, que deixará de existir sem essa relação, ou a atenuará quando não for a causa única do dano.¹²² (sem os grifos do original)

¹¹⁶AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 346.

¹¹⁷CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 71.

¹¹⁸Terminologia adotada por Fernando Dias Menezes de Almeida, que critica a divisão binomial *responsabilidade subjetiva - responsabilidade objetiva*. Tal autor esclarece que o arcabouço jurídico demonstra que não existe mais uma preferência dos referidos sistemas de responsabilização. Em regra, a responsabilidade civil pode decorrer de conduta culposa (dolo ou culpa sentido estrito), abuso de direito, risco para direitos de outrem ou previsão expressa do legislador, independentemente de cogitação de culpa ou risco. Nessa conjuntura, as expressões *responsabilidade subjetiva* e *responsabilidade objetiva* não remeteriam a regimes jurídicos precisos e estanques. Seria preferível utilizar *responsabilidade pelo resultado* no lugar de *responsabilidade objetiva*, já que o foco é no resultado danoso e *responsabilidade por culpa* no lugar de *responsabilidade subjetiva*, pois, embora não dispense o resultado danoso, introduz, em variados graus, cogitação de culpa. Vale notar que o autor não entende adequada a utilização de *responsabilidade por risco* no lugar de *responsabilidade objetiva*, especialmente porque, no seu entendimento, o direito não exigiria a verificação de riscos da ação estatal no caso concreto. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 264-265).

¹¹⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 73.

¹²⁰Vide, por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 829.

¹²¹Entende-se, de fato, que tais hipóteses são as mais representativas, porém a elas devem ser acrescidas as hipóteses de exclusão da responsabilidade pela inexistência de antijuridicidade do dano, conforme se abordará.

¹²²In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 847.

Sérgio Cavaliéri Filho conceitua o nexo causal como “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.”¹²³

Embora o referido autor classifique o nexo de causalidade como conceito jurídico-normativo e consigne que tal noção não seria puramente naturalista, nem exclusivamente jurídica, cumpre trazer os ensinamentos daqueles que diferenciam as noções de causalidade e imputação, para melhor esclarecimento da matéria.

Fernando Dias Menezes de Almeida explica que:

[...] tanto a causalidade como a imputação expressam uma relação funcional de “condição e consequência”, num caso, entre causa e efeito, noutro, entre conduta e sanção.

Mas a diferença essencial entre ambas é a intervenção de um ato de vontade humana a estabelecer a relação de imputação, enquanto é um ato de conhecimento que resulta na formulação de uma relação de causalidade.¹²⁴

Portanto, a causalidade opera do mundo físico, explicando a relação de causa e efeito nesta sede, ao passo que a imputação opera no mundo do Direito, tomando o dado da realidade natural para estabelecer, por meio da vontade normativa, a responsabilidade a um sujeito.¹²⁵

No tocante ao nexo de causalidade, o seu estabelecimento não oferece maiores dificuldades diante de um fato simples, em que a relação de causalidade pode ser estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. Porém, a questão ganha contornos complexos diante de hipóteses de causalidade múltipla, em que várias circunstâncias concorreram para o evento danoso.

Para solucionar tal problema, foram desenvolvidas teorias sobre o nexo causal, as quais buscam dar diretrizes sobre o raciocínio lógico a ser empregado para alcançar a melhor solução diante do caso concreto. Abordaremos, brevemente, as principais teorias sobre o tema¹²⁶, quais sejam: *teoria da equivalência das condições*, *teoria da causalidade adequada* e *teoria dos danos diretos e imediatos*.

¹²³In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 67.

¹²⁴ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 381-382.

¹²⁵*Id. Ibid.*, p. 382-383.

¹²⁶Em obra a respeito do tema, Gisela Sampaio da Cruz divide as teorias em duas ordens: teoria generalizadora, que equipara causas às condições, e teorias individualizadoras, que destacam no conjunto de antecedentes as causas das condições. A primeira ordem abrange a teoria da equivalência de antecedentes causais ou

A teoria da equivalência das condições ou antecedentes causais é atribuída ao alemão Maximiliano von Buri¹²⁷, que elaborou a teoria com base nas ideias do filósofo John Stuart Mill.

Referida teoria preconiza que, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor e relevância, sendo equivalentes. Portanto, conforme Rodrigo Valgas dos Santos, “tal teoria não faz distinção entre a *causa* mais ou menos relevante para a produção do *eventus damni*, além de permitir a inserção de um grande número de *causas* geradoras do evento danoso.”¹²⁸

Em seu auge, a teoria chegou a influenciar normas penais de diversos países, inclusive do Brasil.

Porém, ao considerar todas as condições como equivalentes, sem estabelecer fatos mais ou menos relevantes, a teoria conduz a excessos e acaba por admitir uma regressão infinita donexo causal, o que gerou críticas à sua aplicação¹²⁹. A título de exemplo, em caso de um acidente que cause lesão ou morte, poder-se-ia responsabilizar o vendedor e o fabricante do carro pelo acidente.

A teoria da causalidade adequada foi criada por Ludwig von Bar e desenvolvida por Johannes von Kries, em oposição à teoria da equivalência das condições.

Diferentemente da teoria da equivalência das condições, na teoria da causalidade adequada há uma diferenciação entre causa e condição. Assim, se várias condições concorreram para certo resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for considerada a mais adequada à produção do evento.¹³⁰

De acordo com Gisela Sampaio da Cruz, a teoria examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, segundo

condições, enquanto a segunda ordem engloba a teoria da causa próxima, a teoria da causa eficiente e da causa preponderante, a teoria da causalidade adequada, a teoria do escopo da norma jurídica, a teoria da ação humana e a teoria do dano direto e imediato. (In: *O problema do nexo causal na responsabilidade civil, cit.*, p. 33-111). Cumpre citar a diferenciação de Fernando Noronha no tocante a causas e condições para efeito de nexos de causalidade: “*Condições*, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. *Causas* do dano são apenas aquelas condições consideradas como sendo efetivamente determinantes desse resultado.” (In: NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 735, out. 2003).

¹²⁷Há quem atribua o desenvolvimento da teoria ao austríaco Julius Glaser, mas há consenso que Von Buri deu notoriedade a ela. (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil, cit.*, p. 36).

¹²⁸In: SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 275.

¹²⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, cit.*, p. 68.

¹³⁰*Id. Ibid.*, p. 69.

regras da experiência comum. A ação, portanto, deve ser tida como idônea para produzir o resultado e, para tal verificação, realiza-se um juízo retrospectivo de probabilidade.¹³¹

Em termos gerais, a causa idônea para produzir o resultado deve ser estabelecida em caráter abstrato, conforme a ordem natural das coisas. O julgador, diante de situação concreta, deve retroagir mentalmente até o momento da conduta para emitir um juízo sobre a idoneidade e adequação de cada condição, sendo considerada como causa somente aquela que abstratamente teria idoneidade para determinar o evento.

Foram formulados diversos critérios teóricos para se chegar a um juízo sobre qual evento da cadeia causal teria efetivamente produzido o dano¹³². Contudo, foi justamente a complexidade da determinação da *causa adequada* que suscitou críticas à teoria da causalidade adequada, notadamente por envolver um trabalho muito abstrato e hipotético.

A despeito das críticas, a teoria continua a ser invocada na doutrina e jurisprudência brasileiras, por vezes de forma tecnicamente imprecisa. Contudo, a teoria de nexos causais que parece prevalecer atualmente no Brasil é a teoria dos danos diretos e imediatos.

A teoria dos danos diretos e imediatos ou teoria da interrupção do nexo causal seria um meio-termo entre as duas teorias anteriores.

A interrupção do nexo causal ocorreria quando, impondo-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, surgisse uma circunstância que acabasse por responder pelo resultado, denominada *causa estranha*.¹³³

Para explicar a essência do conceito de *dano direto e imediato* e o que seria a *causa estranha*, várias subteorias surgiram com o fito de desenvolver uma fórmula que pudesse se aplicar a todas as hipóteses.

¹³¹In: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 64.

¹³²Rodrigo Valgas dos Santos explica que, de acordo com o critério subjetivista, elaborado por Von Kries, o nexo causal deve ser analisado pela perspectiva do agente causador do dano. Já o critério objetivo, elaborado por von Thur, aprecia a relação de causalidade levando em conta as circunstâncias objetivas da ação, de acordo com o que o homem médio pode prever. Rodrigo Valgas dos Santos menciona também que a teoria ganhou formulação positiva e negativa, sendo que a primeira determina a causa do dano caso dado evento seja considerado *consequência natural* ou *efeito provável* na cadeia de fatos que culminaram no dano, enquanto a vertente negativa aplica perspectiva inversa, excluindo o evento caso se mostre indiferente na cadeia causal. (In: SANTOS, Rodrigo Valgas do. *Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado*, *cit.*, p. 277).

¹³³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 488.

Conforme a síntese da Rodrigo Valgas dos Santos¹³⁴, tem-se que a primeira subteoria, de Tomaso Mosca, denominada causalidade jurídica, assenta divisão entre causa física e causa jurídica. Nessa medida, entende que são causa os atos ilícitos, desconsiderando-se os fatos naturais e lícitos da relação causal, pois somente o surgimento de outro ilícito teria o condão de excluir a responsabilidade do agente originário.

A segunda subteoria, de Coviello, teria como essência uma verificação para constatar se a causa que gerou o novo dano o teria produzido, abstraindo-se o ato do autor do primeiro dano. Todavia, mostrava-se difícil na prática chegar a uma conclusão exata a esse respeito, pois seria necessário medir a força do evento, para saber se ele, por si só, era capaz ou não de produzir o dano.

Já a terceira subteoria, com maior êxito na tarefa de explicar os *danos diretos e imediatos* foi a da necessidade da causa, de Dumoulin e Pothier. Segundo ela, o que importa, para fins de surgimento do dever de indenizar, é que o dano seja efeito necessário, ainda que remoto, de uma causa. Com efeito, ainda que o evento não seja temporalmente mais próximo ao dano, pode sê-lo sob o ponto de vista lógico. Logo, os termos *direto e imediato* devem ser interpretados, em conjunto, como *necessário*.

Boa parte da doutrina¹³⁵ e da jurisprudência¹³⁶ entende que a teoria dos danos diretos e imediatos foi agasalhada pelo nosso ordenamento jurídico, inclusive em virtude do que dispõe o artigo 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Embora o artigo esteja inserido no título sobre inadimplemento de obrigações, entende-se que se aplica igualmente à responsabilidade civil extracontratual, inclusive por se tratar da única diretriz normativa a respeito da causalidade¹³⁷.

¹³⁴In: SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, *cit.*, p. 280.

¹³⁵É o caso de Gustavo Tepedino, ao atualizar obra de Caio Mário da Silva Pereira, que faz menção à teoria da causalidade necessária (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualização Gustavo Tepedino. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 109). Na mesma linha, pode-se citar GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, *cit.*, p. 489; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, *cit.*, p. 591-592.

¹³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Segundo Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 1.853 - GO*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.08.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 754.859 – GO (2015/0189097-6)*. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02.06.2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 719.738 - RS (2005/0012176-7)*. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.09.2008. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/>.

¹³⁷A esse respeito, vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, *cit.*, p. 591-592. Vide também o seguinte precedente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº*

Apesar da ampla aplicação e da disposição expressa constante no Código Civil, há quem entenda que a teoria dos danos diretos e imediatos, explicada pela teoria da causalidade necessária, não se presta a resolver todas as dificuldades que o tema suscita, especialmente por restringir demasiadamente a obrigação de indenizar.¹³⁸

Dentro desse contexto, impende notar que a jurisprudência pátria, inclusive o STF, tem aceitado o alargamento da responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato¹³⁹, o que fica especialmente claro em hipóteses de omissão estatal, como será abordado adiante.

Insta trazer à baila o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins, para o qual todas as chamadas teorias causais restritivas, nas quais se enquadrariam a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos, seriam na verdade teorias da imputação, pois “estabelecem, a despeito de um evento ser a causa do outro, se os efeitos juridicamente previstos devem ou não devem ser imputados a esse evento.”¹⁴⁰

Para Fernando Dias Menezes de Almeida, existe um problema intrínseco ao recurso à argumentação jurídica em torno dessas teorias, na medida em que se busca uma solução abstrata para resolver antecipadamente um problema eminentemente empírico. Por isso, “dada tal realidade, a identificação da causa, para efeito de solução de um litígio envolvendo responsabilidade civil, envolve, inevitavelmente um processo de decisão, de escolha, no caso concreto: a escolha da(s) causa(s) juridicamente relevante(s).”¹⁴¹

Nessa medida, aludido autor entende que todas as teorias da doutrina não são expressões de dogma a serem seguidos ou reflexos de opção legislativa, mas ofertas de argumentos de retórica para o juiz escolher a causa juridicamente relevante.

Irene Patrícia Nohara aponta que, em circunstâncias específicas, pode ser afastada a exigência da presença do dano direto e imediato para o reconhecimento do nexo causalidade. Aduz que se trata de juízo amparado no bom-senso e que, portanto, não seria passível de controle por meio de critérios lógicos preestabelecidos, até porque dependeria da disposição

130.764 - PR. Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 12.05.1992. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

¹³⁸CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 110; NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil, cit., p. 739-741.

¹³⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 833-834.

¹⁴⁰In: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Responsabilidade civil do Estado, nexo causal e imputação objetiva*, cit., p. 368.

¹⁴¹ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 386.

do magistrado em julgar de acordo com a prudência e capacidade de persuasão da parte para argumentar, de modo convincente, que o caso concreto possui peculiaridades próprias que o afastam da regra geral.¹⁴²

À luz desses comentários de Fernando Dias Menezes de Almeida e Irene Patrícia Nohara, ainda que a jurisprudência apresente certa desordem no estabelecimento do nexo causal, com posicionamentos descompassados¹⁴³, o que importa na prática é a verificação concreta do magistrado e a devida motivação, à luz das provas carreadas aos autos e argumentação apresentada pelas partes.

Entretanto, há de se frisar que essa tarefa deve ser desempenhada com cautela pelo magistrado, especialmente em matéria de responsabilidade civil estatal, em que o nexo de causalidade assume especial importância devido à dispensa, em tese, da análise do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Cumprido notar, outrossim, que a questão do nexo de causalidade tem papel determinante na apuração das causas excludentes e atenuantes de responsabilidade, que serão abordadas adiante, e ganha contornos próprios em hipóteses de omissão estatal, o que reclama a análise detida no tópico destinado ao tema.

1.5. Excludentes e atenuantes de responsabilidade

Como visto, demonstrada a ocorrência de um dano ressarcível ao administrado e o seu nexo de causalidade com a conduta estatal, a previsão constitucional impõe que haja a devida reparação, independentemente da averiguação de culpa ou dolo.

Nesse passo, o Estado somente não será responsabilizado se algum dos pressupostos não for demonstrado ou se estiver presente uma das chamadas excludentes de responsabilidade, sendo também possível a atenuação da responsabilidade diante da ocorrência de concausas.

¹⁴²In: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 862-863.

¹⁴³A esse respeito, vide: AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado, cit., p. 356.

Em linha com as considerações de Fernando Dias Menezes de Almeida sobre o tema, para efeito dessa análise, podem ser diferenciadas duas situações principais¹⁴⁴.

A primeira situação diz respeito à questão material da alegação e da prova, em juízo, acerca da existência dos pressupostos de responsabilização. Trata-se, portanto, de questão que depende da apreciação do magistrado diante do caso concreto, sendo desnecessárias maiores considerações no plano abstrato.

A segunda situação, que justifica maior interesse teórico, diz respeito a regras de Direito que podem incidir sobre a apreciação judicial concernente aos pressupostos da responsabilização, conduzindo o julgador a uma decisão que acaba por alterar o resultado “esperado”, isto é, que seria obtido não fossem essas regras de Direito e o processo intelectual de interpretação em torno delas.

Ainda de acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida, as supramencionadas regras de Direito podem dizer respeito ao nexos de causalidade ou à ilicitude do dano.¹⁴⁵

Grande parte doutrina foca o estudo das excludentes de responsabilidade apenas nas hipóteses de rompimento do nexos causal. É o caso, por exemplo, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como se verifica abaixo:

Sendo a existência do nexos de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única.¹⁴⁶ (sem os grifos do original)

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que nas hipóteses de responsabilidade objetiva “o Estado só se exime de responder se faltar o nexos entre seu comportamento comissivo e o dano.”¹⁴⁷

De fato, essas são as excludentes com maior representatividade na jurisprudência, razão pela qual convém que se dê a devida ênfase a elas.

As excludentes de responsabilidade que dizem respeito ao nexos de causalidade, comumente citadas pela doutrina, podem ser identificadas por meio das noções de *fato da*

¹⁴⁴ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 390.

¹⁴⁵*Id.* *Ibid.*, p. 390.

¹⁴⁶In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 829.

¹⁴⁷In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.032.

vítima, fato de terceiro e força maior. Há alguns autores que incluem também o *caso fortuito*, como se abordará adiante.

De plano, cabe ressaltar que, embora se utilize a expressão *excludentes de responsabilidade*, as hipóteses que serão a seguir abordadas, na verdade, previnem a própria formação da relação de responsabilidade¹⁴⁸. Desse modo, ainda que seja em certa medida impróprio falar em exclusão de algo que sequer existe, utilizar-se-á o termo por se tratar de prática corriqueira da doutrina.

Na hipótese de *fato da vítima*, quem efetivamente propiciou o evento danoso foi o próprio lesado. Portanto, faltarão a configuração de nexos de causalidade entre a conduta estatal e o evento danoso, necessário para desencadear o dever de indenizar.

Costuma-se utilizar na linguagem jurídica a noção *culpa da vítima*¹⁴⁹. Contudo, a invocação da culpa parece imprópria, já que o problema se coloca no terreno do nexo causal e não da culpa. Assim, prefere-se adotar a expressão *fato da vítima*¹⁵⁰.

Com efeito, mesmo aqueles que utilizam a expressão *culpa da vítima* atentam ao fato de que o problema se situa no plano do nexo causal, como se extrai das lições de Edmir Netto de Araújo: “o que existe mesmo é a ausência de relação causal entre o Estado e o prejudicado, pois *não existe* ato ou omissão do agente público no evento, mas sim de um particular, o próprio lesado.”¹⁵¹

Exemplo clássico é o da pessoa que abruptamente se lança sobre a via pública, quando um veículo está passando, com o intuito de se suicidar. Outro exemplo interessante citado por Yussef Said Cahali trata de ação de indenização contra a Administração Pública pela morte de menor em razão de enchente que teria sido causada por falta de obras públicas. No caso, verificou-se que a vítima, mesmo advertida sobre os riscos envolvidos, atirou-se

¹⁴⁸A respeito do assunto, traz-se à baila as ponderações de Fernando Dias Menezes de Almeida: “De plano, soa inapropriado, dado o sentido da palavra em língua portuguesa, cogitar-se de ‘exclusão’ da responsabilidade. Exclui-se algo que está posto, que existe.

Todavia, quando se trata de apreciar fatos que indicam não se haver identificado nexo de causalidade entre efeito danoso e uma ação estatal, ou mesmo não haver ocorrido dano, sequer terá existido uma relação de responsabilidade a ser excluída.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 389.

¹⁴⁹É o caso de ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 835; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.032; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 829, entre outros.

¹⁵⁰Seguindo a linha de CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 95; SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, cit., p. 285. Fernando Dias Menezes de Almeida prefere utilizar *causa da vítima*, para enfatizar a questão da causalidade. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 390.

¹⁵¹In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 836.

nas águas revoltas para apanhar uma bola, o que resultou em sua morte, tendo o tribunal competente afastado a responsabilidade estatal¹⁵².

Em caso de fato da vítima, há de se distinguir a hipótese de conduta exclusiva da vítima, quando então o Estado se eximirá completamente da responsabilidade, ou conduta concorrente com a do Poder Público, caso em que incidirá atenuante de responsabilidade, minorando a indenização¹⁵³. Conforme Odete Medauar, “se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente; se o dano decorreu, ao mesmo tempo, de conduta da vítima e da Administração, esta responde em parte.”¹⁵⁴

Para a hipótese de conduta concorrente, em que se está perante uma concausa do dano¹⁵⁵, pode-se citar como exemplo um acidente que envolva falha na prestação do serviço público, como falta de sinalização, ou mesmo ação efetiva de agente do Estado, aliada com uma conduta imprudente da vítima, dirigindo em alta velocidade, sem cinto de segurança.

O *fato de terceiro* se assemelha ao fato da vítima, porém, nessa hipótese, o nexo de causalidade é elidido por fato de pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano, que seria o Estado.¹⁵⁶

Assim como ocorre no caso do fato da vítima, para que haja o rompimento do nexo causal, o fato deve ser *exclusivamente* atribuído a terceiros, sob pena de haver, no máximo, atenuação da responsabilidade imputável do Estado.

Seguindo o mesmo racional já apresentado para a hipótese do fato da vítima, e agora nas lições de Fernando Dias Menezes de Almeida:

[...] se a causa juridicamente considerada relevante pelo julgador é atribuível exclusivamente a outra pessoa que não o Estado, o Estado não é responsável; se são concorrentes as causas juridicamente relevantes, partilha-se proporcionalmente a incumbência de indenizar.¹⁵⁷

¹⁵²In: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 53.

¹⁵³Segundo aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a lógica está hoje consagrada no Código Civil, precisamente em seu artigo 945, que determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. (In: *Direito administrativo*, cit., p. 830).

¹⁵⁴In: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, cit., p. 423.

¹⁵⁵O termo é utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que ressalta a possibilidade do dano resultar de dupla causação. (In: *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.032-1.033).

¹⁵⁶SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, cit., p. 286.

¹⁵⁷ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 392.

De acordo com Rodrigo Valgas dos Santos, o fato de terceiro deve ser provado pelo aparente causador do dano, assim como o nexo de causalidade entre tal fato de terceiro e o evento danoso. Ademais, não se exige que o terceiro aja culposamente para afastar a responsabilidade do causador aparente do dano, isto é, o Estado, bastando que produza fato juridicamente relevante para alterar a cadeia causal¹⁵⁸.

A eventual responsabilização do terceiro pode depender da comprovação de culpa e dolo, porém o que interessa à responsabilidade estatal é o rompimento ou não do nexo causal.

A respeito do tema, cita-se exemplo abordado por Edmir Netto de Araújo, segundo o qual, em um hospital público, sem qualquer aviso ou elemento que pudesse conduzir à previsibilidade, um doente que estava internado é vítima de homicídio ou ferimentos por um desafeto, posicionado com um rifle de mira telescópica fora da área hospitalar, no momento exato em que a vítima deixa o edifício do hospital depois de receber alta.¹⁵⁹ Em se tratando de ação de terceiro, que não poderia ter sido objeto de neutralização pelo Estado, em termos razoáveis, seria o caso de incidência da referida excludente.

Nota-se, todavia, como bem ponderado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que há hipóteses em que a lei estabelece a impossibilidade de exclusão da responsabilidade por fato (ou culpa) de terceiro, resguardando somente o direito de regresso contra este último¹⁶⁰. É o caso da responsabilidade contratual do transportador por acidente com passageiro, nos termos do artigo 735 do Código Civil¹⁶¹, e da responsabilidade por deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente, nos termos do artigo 188, inciso II¹⁶², combinado com o artigo 930, *caput*¹⁶³, do Código Civil.

A *força maior* é também comumente citada como excludente de responsabilidade, sendo diferenciada do *caso fortuito*, que para muitos autores não tem o condão de elidir a responsabilidade do Estado. A bem da verdade, o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil traz uma definição genérica sobre a força maior e o caso fortuito¹⁶⁴, mas não há

¹⁵⁸In: SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, *cit.*, p. 286-287.

¹⁵⁹In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, *cit.*, p. 836-837.

¹⁶⁰In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, *cit.*, p. 831.

¹⁶¹“Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

¹⁶²“Art. 188. Não constituem atos ilícitos: (...)

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

¹⁶³“Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

¹⁶⁴Dispõe o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

uniformidade quanto ao significado dessas locuções, seja entre os civilistas, seja entre os administrativistas.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, ao passo que o caso fortuito ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou falha da Administração, razão pela qual o caso fortuito não poderia ser considerado excludente de responsabilidade. Vejamos:

[...] força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já o caso fortuito – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.¹⁶⁵ (sem os grifos do original)

Linha similar é adotada, por exemplo, por Edmir Netto de Araújo¹⁶⁶, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁷ e Odete Medauar¹⁶⁸.

Diógenes Gasparini, por outro lado, traz conceituação praticamente inversa, concluindo no sentido de que a demonstração do estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, o que se poderia ser aplicável tanto ao caso fortuito quanto à força maior, liberaria o Estado da indenização. Vejamos:

Afirma-se, assim, que em duas hipóteses o Estado não tem de indenizar. A primeira diz respeito a acontecimento, imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, do tipo do tufão e da nevasca (caso fortuito) ou da greve e da grave perturbação da ordem (força maior). Destarte, demonstrado que o dano é uma decorrência de acontecimentos dessa ordem, não há o Estado que indenizar, dado não ter sido ele o causador do dano, conforme decisões de nossos Tribunais, a exemplo do STF (RDA, 128:554) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT, 509:141). Assim, demonstrado o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento

¹⁶⁵In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 829-320.

¹⁶⁶Tal autor afirma que a força maior possui causa conhecida, mas impossível de ser contida pela potencialidade humana, enquanto o caso fortuito possui causa desconhecida, mas, no tocante ao Estado, refere-se ao próprio funcionamento do serviço. (ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 837-838).

¹⁶⁷Tal autor conceitua a força maior como acontecimento natural irresistível e o caso fortuito como acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elidindo o nexos entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. Ou seja, o porquê da atuação incorreta do Estado não interferiria com o dado objetivo de ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 1.033).

¹⁶⁸A autora traz diferenciação que muito se aproxima daquele utilizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, cit., p. 423).

danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública da obrigação de indenizar o dano sofrido pela vítima.¹⁶⁹

Fernando Dias Menezes de Almeida também cita ambos – tanto o caso fortuito como a força maior – como aptos a interferirem com o nexo de causalidade. Aduz que o caso fortuito e a força maior designam elementos do mundo físico e, isoladamente, não remetem à responsabilidade de nenhum sujeito especial. Normalmente, a própria vítima suporta o resultado, mas é possível que a lei estabeleça um responsável para indenizar, citando, por exemplo, a Lei nº 6.453/1977, em matéria de acidentes nucleares.¹⁷⁰

Conclui, ao final, que o tema do caso fortuito e da força maior impacta a responsabilidade do Estado nas situações em que o Direito não prevê obrigação de agir para evitar o dano decorrente dessas causas estranhas a ele.

De forma similar, Irene Patrícia Nohara consigna que a força maior ou o caso fortuito são ocorrências que afastam a responsabilidade do Estado se ele não tiver obrigação de evitar os efeitos de sua ocorrência, sendo que a matéria se entrelaça, em certa medida, com os casos de omissão¹⁷¹.

Conforme se adiantou, Fernando Dias Menezes de Almeida entende que além das excludentes de nexo de causalidade, haveria regras excludentes da ilicitude do dano.

Para rememorar, segundo ele, o termo *dano* traz, de forma implícita, o *resultado ilícito*. Portanto, para que uma lesão possa ser configurada dano, mostrar-se-ia necessário extrair do Direito uma consideração de ilicitude do resultado sofrido. É dizer: não basta que a vítima se sinta lesada, sendo imperioso que a lesão seja considerada relevante pela sociedade, a ponto de ser tratada como ilícito.

No entanto, por técnica de política legislativa, há uma reafirmação de licitude em relação a determinadas situações que normalmente, por uma leitura sistemática do Direito, seriam tidas como ilícitas.¹⁷²

Nesse contexto, Fernando Dias Menezes de Almeida cita, no âmbito do direito civil, o artigo 188 do Código Civil, que prevê:

¹⁶⁹In: GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, cit., p. 1.129.

¹⁷⁰ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 392.

¹⁷¹In: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 875.

¹⁷²ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 399.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Embora o dispositivo aborde a questão sob o viés da ilicitude do ato, entende-se que a questão pode ser transportada para o requisito do dano, com base nas colocações de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, acatadas por Ricardo Marcondes Martins, acerca da necessária caracterização da antijuridicidade do prejuízo, tratadas no tópico concernente ao dano ressarcível.

Quanto à *legítima defesa*, ela desconfigura a ilicitude do dano em relação à vítima cuja atitude gerou a reação.

Interessante pontuar que essa hipótese de *excludente de ilicitude do dano* pode ser aplicada ao exemplo trazido por Marçal Justen Filho para defender a necessidade de agregar o elemento da antijuridicidade à conduta estatal.

Tal autor cita hipótese em que um criminoso aponta uma arma de fogo para um policial e este, em exercício de legítima defesa, atira, produzindo a morte do criminoso¹⁷³. No caso estão presentes todos os pressupostos para a responsabilização do Estado, havendo conduta imputável ao Estado (tiro dado pelo policial), dano (morte do criminoso) e nexos de causalidade (já que o tiro indiscutivelmente foi a causa da morte). Contudo, não há dever de reparação.

Marçal Justen Filho defende que, a partir desse exemplo, estaria evidenciada a insuficiência da teoria objetiva causalista e, portanto, seria necessária a análise de um quarto pressuposto, a *antijuridicidade* da ação ou omissão estatal.

Contudo, para Ricardo Marcondes Martins, a proposição de Marçal Justen Filho contraria as bases ideológicas da responsabilidade civil do Estado, tal como concebida a partir do caso Blanco. Em sua perspectiva, no exemplo dado por Marçal Justen Filho, a responsabilidade civil do Estado seria afastada pela descaracterização da antijuridicidade do

¹⁷³JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado, *cit.*, p. 231.

prejuízo¹⁷⁴, o que pode se aproximar da noção abordada por Fernando Dias Menezes de Almeida.

De fato, no caso, pode-se afastar a antijuridicidade do dano, na medida em que o policial agiu em legítima defesa e, nesse sentido, baseando-se nos ensinamentos de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, existe uma causa justificadora desse prejuízo¹⁷⁵.

O mesmo dispositivo do Código Civil que prevê a legítima defesa alude ao *exercício regular de um direito*.

Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida esse conceito não se harmoniza com a responsabilidade civil do Estado. A uma, porque o Estado deve seguir a legalidade estrita, de modo que o direito do Estado configura, antes de mais nada, um dever de agir conforme à lei. A duas, porque em caso de conflito entre o interesse individual tutelado e a devida ação estatal, seria razoável que o Direito fosse mais aberto às hipóteses de compensação do indivíduo que sofreu limitações no benefício de todos.¹⁷⁶

Assim, segundo ele, a situação recairia no cumprimento de dever que, conforme a opção legislativa, pode ou não ser seguido da obrigação de indenizar, não cuidando, tecnicamente, de responsabilidade.¹⁷⁷

De fato, o exercício regular do direito não parece ser hipótese aplicável à responsabilidade do Estado, considerando seus fundamentos e a opção legislativa que privilegia o ressarcimento do dano, independentemente da licitude ou ilicitude da conduta.

Finalmente, prosseguindo na análise empreendida por Fernando Dias Menezes de Almeida, chega-se à situação do inciso II do artigo 188 do Código Civil, que, segundo ele, corresponderia a uma aplicação da noção penal de *estado de necessidade*.

Afirma, nesse tocante, que por uma lógica semelhante àquela considerada no exercício regular de direito, essa situação deve ser aplicada com parcimônia, já que se refere à conduta de agente estatal supostamente fundamentada no interesse da sociedade.¹⁷⁸

¹⁷⁴In: MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva, *cit.*, p. 372-373.

¹⁷⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2, *cit.*, p. 393-394.

¹⁷⁶ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, *cit.*, p. 401.

¹⁷⁷*Id.* *Ibid.*, p. 401.

¹⁷⁸*Id.* *Ibid.*, p. 401.

Edmir Netto de Araújo trata da possibilidade de transpor o conceito de estado de necessidade do Direito Penal para o Direito Administrativo e aplicá-lo como excludente de responsabilidade, em caráter excepcional. Sustenta, inclusive, que a natureza do fundamento da exoneração da responsabilidade estatal por estado de necessidade seria diferente das outras excludentes (leia-se, relacionadas ao nexo de causalidade).

Entretanto, considerando o fundamento da responsabilidade objetiva e a prerrogativa do Estado de sacrificar direitos para permitir a prevalência do interesse público em determinadas hipóteses, ressalta que a caracterização dessa excludente exige situações excepcionais, tais como guerra, revolução, estado de sítio, justificando, também, medidas excepcionais.¹⁷⁹

Seja para a hipótese do inciso II do artigo 188 do Código de Civil, que prevê a deterioração ou destruição da coisa alheia ou lesão a pessoa a fim de remover perigo iminente, dentro dos limites do parágrafo único, ou genericamente em caso de estado de necessidade, entende-se de fato que caberá análise a respeito da antijuridicidade do dano, que poderá observar as diretrizes propostas por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁸⁰.

Não estando caracterizada a ilicitude (ou antijuridicidade) do dano, inexistirá dever de indenizar, salvo previsão em sentido contrário estabelecida pela lei e observadas as particularidades aplicáveis à matéria da responsabilidade estatal, nos termos anteriormente expostos.

Nessa toada, assim como o nexo causal, a questão da antijuridicidade do dano deve ser analisada diante do caso concreto, observando-se os parâmetros dados pela norma e aplicáveis à responsabilidade civil do Estado.

1.6. A responsabilidade civil do Estado por omissão

Inexiste discussão quanto à possibilidade, em tese, do Estado ser responsabilizado na hipótese de omissões. Contudo, ainda há controvérsia na doutrina e jurisprudência no tocante à aplicabilidade da responsabilidade objetiva para hipóteses de omissões estatais.

¹⁷⁹In: ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 838-840.

¹⁸⁰GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2, cit., p. 393-394.

Embora a discussão pareça centrada na necessidade ou desnecessidade de caracterização do elemento *culpa*, ainda que na modalidade *culpa do serviço*¹⁸¹, nota-se que um dos pontos nodais da discussão se situa na configuração do nexo de causalidade e na noção de imputação.

Isso porque, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos adeptos da aplicação da responsabilidade subjetiva em matéria de omissões estatais, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano.”¹⁸²

A mesma lógica pode ser extraída das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que também defende a aplicação da responsabilidade subjetiva em casos de omissão estatal: “No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o *dever* de agir, se omitiu.”¹⁸³

Nessa linha de ideias, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que, para a responsabilidade decorrente de omissão, deve haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano, estando a culpa embutida na ideia de omissão.

Celso Antônio Bandeira de Mello registra que, não estando o Poder Público obrigado a impedir o evento danoso, faltaria razão para lhe atribuir a responsabilidade e impor os encargos decorrentes da lesão. Por essa razão, a responsabilidade estatal por ato omissivo seria sempre responsabilidade por comportamento ilícito, sendo, pois, necessariamente subjetiva¹⁸⁴.

Alexandre Santos de Aragão¹⁸⁵ e José dos Santos Carvalho Filho compactuam com a necessidade de demonstração da culpa em hipóteses de omissão estatal, embora o último hesite em falar da aplicação de responsabilidade subjetiva¹⁸⁶.

¹⁸¹Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Alguns, provavelmente preocupados com as dificuldades, para o terceiro prejudicado, de obter ressarcimento na hipótese de se discutir o elemento subjetivo, entendem que o dispositivo constitucional abarca os atos comissivos e omissivos do agente público. Desse modo, basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um nexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo no caso de omissão.

Para outros, a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa.” (In: *Direito administrativo, cit.*, p. 832).

¹⁸²In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.021.

¹⁸³In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo, cit.*, p. 832.

¹⁸⁴In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.021.

¹⁸⁵In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 585-588.

¹⁸⁶“Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a *responsabilidade objetiva*; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um *plus* em relação à

Frise-se que a culpa mencionada não se refere necessariamente a um agente público determinado. Como adiantado, alguns autores aludem à noção de *faute du service*, ressaltando que a culpa pode consistir em um não funcionamento do serviço, um funcionamento tardio ou um funcionamento ineficiente^{187 188}. Outros tratam mais genericamente do conceito de ilicitude, dando ênfase à inobservância de dever legal ou atuação deficiente nesse tocante¹⁸⁹.

Importa destacar que, nessas hipóteses, defendem alguns dos autores que haveria uma *presunção de culpa* do Poder Público, de modo que a vítima não carregaria o ônus de demonstrar que houve dolo ou culpa (mesmo na modalidade culpa do serviço), cabendo ao Estado demonstrar que agiu com diligência e empregou os meios adequados e disponíveis no caso concreto, ou ainda que a atuação esperada superava o que razoavelmente se poderia lhe exigir.¹⁹⁰

De fato, ao se admitir essa modalidade de responsabilidade, seria demasiadamente oneroso à vítima ter que provar a culpa, dolo ou falta do serviço, especialmente porque não conhece as questões internas do aparelho estatal e especificidades como alocação de recursos, atribuição de competências, entre outros.

Contudo, para outra parte da doutrina, a diferenciação de regime para atos comissivos ou omissivos do Estado não seria justificável. Um dos principais argumentos utilizados seria a falta de qualquer diferenciação pelo legislador constituinte entre atos comissivos e

responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.” (In: *Manual de direito administrativo, cit.*, p. 609).

¹⁸⁷É o caso de Alexandre Santos de Aragão: “Esta ‘culpa’ pela omissão a que a doutrina alude, que seria mais bem traduzida (*faute du service*) como ‘falta’, pode consistir em um não funcionamento do serviço, um funcionamento tardio ou um funcionamento ineficiente. Não se refere necessariamente a um agente público determinado, mas ao aparato estatal como um todo.” (In: *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 587).

¹⁸⁸Deborah Pierri critica a utilização corrente da expressão *faute du service* em relação à responsabilidade civil do Estado por omissão, pois supostamente seria referente à falha ou culpa na prestação do serviço, sendo indevidamente compreendido para falta ou omissão. (In: PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos: *faute du service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 183). Odete Medauar, por outro lado, ressaltava que a expressão significa também erro e ausência. (*Direito administrativo moderno, cit.*, p. 418).

¹⁸⁹Cita-se a respeito Celso Antônio Bandeira de Mello, embora convenha ressaltar que tal autor associa ilicitude às noções de culpa e dolo: “Em síntese, se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.” (In: *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.022).

¹⁹⁰A esse respeito: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo, cit.*, p. 833; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.023-1.024.

omissivos e, bem assim, a impossibilidade de impor restrições quando a Constituição Federal não o fez.

Vejamos, a respeito, as lições de Gustavo Tepedino:

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.¹⁹¹

Ideia similar foi acolhida por Irene Patrícia Nohara, que ressalta ainda que a adoção da responsabilidade subjetiva para hipóteses de omissões poderia significar um retrocesso em relação ao próprio regime estabelecido pela Constituição Federal:

Porém, apesar do exposto, não podemos deixar de considerar que se a Constituição, já desde 1946, escolheu positivar uma norma que dispõe que a responsabilidade será objetiva, e dela não se extrai, em nossa opinião, que tal ocorra apenas com a ação do Estado, mas também na omissão de seus deveres específicos.

Não foi a vontade constituinte promover esse retorno à culpa do serviço. O Constituinte quis deliberadamente ampliar as circunstâncias em que o Estado responderá com base na adoção da teoria do risco, que envolve a repartição dos encargos sociais. Note-se que já há decisões que reconhecem que, ainda que exista o dever específico de agir, não se deve ignorar a reserva do possível, ou seja, que se afastam ainda mais, com base na alegação da culpa do serviço, da ideia de responsabilidade por risco nas atividades do Estado e que não promovem a justiça material quando alguém sofre isoladamente um dano.¹⁹²

Pelo que se depreende dos ensinamentos da referida autora, a responsabilidade do Estado deverá ser reconhecida sempre que o dano for *objetivamente imputável* ao Estado, isto é, “consequência da violação do papel destinado ao Estado nas relações sociais”. Caberia, porém, a exclusão da responsabilidade se o dano estiver dentro dos limites do risco permitido, o que dependeria de análise diante dos elementos do caso concreto.¹⁹³

¹⁹¹In: TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, *cit.*, p. 221.

¹⁹²In: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, *cit.*, p. 880.

¹⁹³*Id. Ibid.*, p. 883.

O grande problema, segundo ela, seria a linha tênue que separa, na prática, a *culpa do serviço* da noção de *imputação objetiva da responsabilidade* ao Estado, quando se descumprem justas expectativas sociais em relação aos papéis que devem ser desempenhados.

Isso porque haveria uma tendência em considerar as *justas expectativas no desempenho das atividades do Estado* na apreciação da responsabilidade civil por omissão estatal, para evitar que o Estado se transforme em segurador universal. Porém, seria quase que inevitável o surgimento da discussão acerca da culpa em meio à apreciação das *justas expectativas*.

De fato, em linha com essa preocupação, mas tendo em consideração também o princípio da confiança e a teoria do risco (inclusive o risco permitido), a autora ressalta que a questão dependerá da apreciação em concreto, recomendando o uso de juízo de razoabilidade ou de equilíbrio/prudência no julgamento¹⁹⁴.

Convém voltar à questão da imputação objetiva da responsabilidade, mas antes serão abordados alguns outros posicionamentos em relação ao regime de responsabilidade civil do Estado em hipóteses de omissões, para que possa a partir deles firmar um posicionamento quanto à questão.

Juarez Freitas compartilha com o entendimento de que não há nada em nosso sistema que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões¹⁹⁵. Propõe, no entanto, que a responsabilidade extracontratual do Estado seja redimensionada à luz dos direitos fundamentais, em especial o direito à boa administração pública. Complementa asseverando que o primado dos direitos fundamentais demanda assimilar o princípio da proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e da inércia ou inoperância.

¹⁹⁴“Em suma, parece ser inevitável o surgimento da questão da culpa em toda a discussão das ‘justas expectativas’, mas será doravante escolha do julgador, com base nos elementos apresentados, se ele vai: afastar a responsabilidade do Estado, se acolher a argumentação de que não houve imprudência, negligência ou imperícia diante do estágio de conhecimentos e técnicas alcançadas pela sociedade, isto é, que o risco assumido foi ‘permitido’, ou aplicará diretamente a teoria da responsabilidade objetiva, sem analisar se era um risco permitido ou não, ou seja, partindo do pressuposto de que o risco foi assumido e o Estado deve arcar com as consequências dele, pura e simplesmente.” (NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, cit., p. 884.) (sem os grifos do original)

¹⁹⁵In: FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o princípio da proporcionalidade. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 225.

Nesse sentido, entende que “a responsabilidade do Estado pode ser traduzida como obrigação de reparar ou compensar os danos materiais e imateriais causados a terceiros por ação ou omissão desproporcional e antijurídica dos agentes públicos, nessa qualidade.”¹⁹⁶

Portanto, segundo o raciocínio empregado, que usa como argumento-chave a aplicação imediata das normas que definem direitos fundamentais, as condutas comissivas e omissivas, uma vez presente o liame causal, serão ilícitas se e quando violarem direitos fundamentais.

Assimilado o nexo causal nesses casos, não haveria razão para a vítima ter que provar dolo ou culpa dos agentes públicos por omissão prestacional. Caberia à vítima alegar a antijuridicidade pelo cometimento de excessos ou inatividade.

Daniel Wunder Hachem, ao escrever sobre o tema, após esclarecer aspectos da sistemática francesa de responsabilidade civil do Estado, demonstrando a inadequação de algumas interpretações transpostas para a realidade brasileira, ressalta que o fundamento normativo para a responsabilidade civil no Brasil (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal) não faz qualquer distinção entre comportamentos omissivos e comissivos¹⁹⁷.

Para ele, no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado está submetido a uma sistemática homogênea de responsabilização decorrente de comportamento ineficiente, seja comissivo (mau funcionamento) ou omissivo (não funcionamento ou funcionamento tardio), qual seja: a responsabilidade objetiva.

Ao apontar os requisitos necessários para que se configure a responsabilidade por violação ao princípio da eficiência, aborda também a noção de antijuricidade. Os requisitos seriam os seguintes: (a) descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou de quem lhe faça as vezes; (b) ocorrência de dano a um cidadão que não tenha o dever de suportar os seus efeitos; (c) nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o prejuízo sofrido¹⁹⁸.

Portanto, a omissão será considerada juridicamente relevante nas hipóteses em que a inatividade estatal configure descumprimento de um dever jurídico. Isso significa que,

¹⁹⁶FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o princípio da proporcionalidade, *cit.*, p. 225.

¹⁹⁷In: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria do *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.147.

¹⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 1.148 e ss.

embora não se exija a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia, será salutar a antijuridicidade da inércia para dar lugar à responsabilidade.

Daniel Wunder Hachem destaca que parte da doutrina ressalta também a possibilidade material de agir como um requisito adicional para a caracterização da responsabilidade civil do Estado em hipóteses de omissão. Porém, em seu entendimento, a inclusão desse elemento como indispensável à configuração da responsabilidade significa retomar o elemento *culpa*, o que significaria encarar o regime de responsabilização como subjetivo. Isso porque, caso o Estado não tenha podido agir, não teve culpa em relação ao dano, e então estaria justificada a exoneração do seu dever de reparar o dano. O autor critica, em meio a essa ordem de ideias, a invocação da *reserva do possível* e a concepção de que o dever de agir só se imporia quando as condições financeiras e fáticas permitissem a atuação estatal¹⁹⁹.

O conceito de antijuridicidade também é empregado por Daniel Ferreira ao tratar do tema da responsabilidade civil por omissão, embora de forma um pouco diversa. O objeto do seu estudo, diga-se, foi centrado nos atos comissivos por omissão, portanto, aqueles que não seriam materialmente produtores do dano, mas sem os quais o dano não teria ocorrido²⁰⁰.

Referido autor defende que, nesses casos, a omissão que implica indenização pelo Estado seria aquela desconforme à lei e ao Direito de modo amplo. Ou seja, a omissão deve contrariar todo o ordenamento jurídico, revelando-se, pois, antijurídica, e não contrariar apenas certa previsão legal.²⁰¹

Ademais, o autor aponta que a omissão deve se revelar como *típica de resultado*, ou seja, contrária a uma obrigação jurídica de evitar o dano.

Destaca, no entanto, que o elemento subjetivo (dolo ou culpa) seria dispensável²⁰². Nesse ponto, aponta que a conduta estatal típica (ou danosa) e antijurídica exigiria a reprovabilidade para desencadear o dever de indenizar, mas a reprovabilidade não seria subjetiva, de índole psicológica e que demandasse investigação do *animus* do agente

¹⁹⁹HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria do *faute du service*. cit., p. 1.152.

²⁰⁰In: FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 57.

²⁰¹*Id. Ibid.*, p. 58-61.

²⁰²Vale notar que o autor não reputa adequada a classificação da responsabilidade como subjetiva ou objetiva. Defende que o motivo do ressarcimento é a ocorrência do dano indenizável e imputável, de fato ou de direito ao Estado. Portanto, tem origem no dano, tão só. (In: FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias, cit., p. 70-71).

causador ou propiciador do dano. A reprovabilidade seria normativa do agir estatal e esse seria o elemento autorizador da imputabilidade objetiva do resultado de dano nas atuações comissivas por omissão²⁰³.

Por se tratar de reprovabilidade normativa, seria possível imputar responsabilidade ao Estado mesmo quando impossível individualizar o sujeito ou sujeitos que atuaram de forma antijurídica, causando ou propiciando o dano.

Vale notar que a imputação objetiva do resultado, segundo explica, significa o artifício jurídico por meio do qual se atribui a um sujeito a responsabilidade por um resultado (o dano, no caso), o que pode decorrer, por exemplo, do fato de não tê-lo evitado, como exigido pelo Direito, ainda que tal resultado tenha sido diretamente produzido por outrem²⁰⁴. Assim, não estaria em pauta o nexos de causalidade, pois no mundo fenomênico este seria inexistente.

Marçal Justen Filho, conforme já mencionado, também aborda a noção de antijuridicidade, mas, frise-se, sugere sua aplicação indiscriminada para ações e omissões estatais, inclusive como forma de uniformização do regime aplicável à responsabilidade civil do Estado. Essa antijuridicidade estaria relacionada não somente com a infração objetiva aos limites das competências e atribuições estatais, mas também com a observância e respeito às cautelas necessárias e indispensáveis para evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros²⁰⁵. O autor defende, em suma, a objetivação do elemento subjetivo, com a aplicação de uma presunção de culpabilidade derivada de um dever de diligência especial devido em função da natureza da atividade estatal.

No tocante às hipóteses de danos derivados de omissão, Marçal Justen Filho afirma que podem ser diferenciadas em dois grandes grupos. Os ilícitos omissivos próprios, no caso em que a norma prevê o dever de atuação e a omissão configura infração direta ao dever jurídico, bem como os ilícitos omissivos impróprios, em que a norma prevê certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em razão da ausência da adoção das cautelas necessárias para tanto²⁰⁶.

O ilícito omissivo próprio poderia ser exemplificado pelo caso de interdição de estabelecimento irregular, sem autorização para funcionamento, já o ilícito omissivo

²⁰³FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias, *cit.*, p. 71-72.

²⁰⁴*Id. Ibid.*, p. 58.

²⁰⁵In: JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado, *cit.*, p. 233.

²⁰⁶*Id. Ibid.*, p. 234-235.

impróprio poderia se passar, por exemplo, na falta de sinalização de um defeito de pavimentação, que dá a oportunidade de consumação a acidentes de trânsito.

Os ilícitos omissivos próprios seriam equiparáveis aos atos comissivos para fins de responsabilização civil. Assim, se a norma prevê determinada conduta como obrigatória, a omissão configura atuação ilícita e pode desencadear o dever de reparação.

Contudo, segundo seu entendimento, nos casos de atos omissivos impróprios, a omissão não gera presunção de infração ao dever de diligência, pois o sujeito não está obrigado a agir de modo específico. Nesses casos, será necessário verificar concretamente se houve ou não violação ao dever de diligência que incumbe aos agentes estatais. Assim, é preciso analisar se havia elementos que indicavam a consumação do dano, se as providências necessárias para evitar o dano eram da competência do agente, se a observância ao dever de diligência teria de fato o condão de evitar o dano, etc.

Em ambos os casos de atos omissivos e também na hipótese de atos comissivos a reprovabilidade seria idêntica, sendo necessário avaliar a conduta estatal para verificar a violação ao supramencionado dever de diligência, o que ensejaria a aplicação de um regime único para ações e omissões estatais.

Por fim, Sérgio Cavalieri Filho traz também proposição um pouco diversa e que convém ser abordada²⁰⁷. Para ele, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal seria referente tanto a condutas comissivas quanto omissivas.

Por outro lado, o ato ilícito, na sistemática atual da responsabilidade, não se apresentaria sempre com o elemento subjetivo (culpa), sendo possível uma concepção de ato ilícito em sentido amplo, que traduz a mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem referência a um elemento psicológico.

Estabelecidas essas premissas, seria necessário diferenciar as omissões específicas das omissões genéricas. A omissão específica teria cabimento em situações em que o Estado detém a posição de garante ou guardião e, por sua omissão, cria situação propícia para a ocorrência do evento danoso, que tinha o dever de agir para impedi-lo. A omissão específica, portanto, pressupõe um dever especial de agir do Estado e, nessa medida, a omissão constitui causa direta e imediata de não se impedir o resultado.

²⁰⁷In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 335-340.

Já a omissão genérica teria lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica, havendo apenas um dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia ou dever de fiscalização e, por sua omissão, concorre para o resultado.

Em resumo, na omissão específica o dano seria proveniente, de forma direta, de uma omissão do Poder Público, enquanto na omissão genérica, o comportamento omissivo do Estado só daria ensejo à responsabilidade subjetiva quando constituir concausa do dano, juntamente com fatos da natureza, fato de terceiro ou da própria vítima.

Em casos de omissão específica, em que o Estado tem o dever de agir, a responsabilidade do Estado seria objetiva, sendo a demonstração de dano suficiente. Já em casos de omissão genérica, em que a inação do Estado não constitui causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, seria aplicável a responsabilidade subjetiva, devendo o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano e que se houvesse uma conduta positiva do Poder Público o dano poderia ter sido evitado.

A jurisprudência de forma geral ainda oscila em relação ao assunto, havendo variados posicionamentos sobre a matéria²⁰⁸. No entanto, a jurisprudência do STF dá indícios de estar cada vez mais inclinada a tratar a responsabilidade civil do Estado sob o viés objetivo, independentemente de se tratar de ação ou omissão estatal, em prestígio ao ditame constitucional²⁰⁹.

Por vezes, os ministros mantêm os posicionamentos dos tribunais inferiores no tocante à caracterização dos pressupostos de responsabilização ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas, inclusive em situações nas quais os tribunais inferiores aplicam a responsabilidade subjetiva em hipóteses de omissão estatal. No entanto, em

²⁰⁸Tal constatação se fez possível a partir da análise dos precedentes dos Tribunais Regionais Federais sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance. Para ilustrar a divergência, cabe citar alguns dos precedentes sobre o tema: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0001081-57.2011.4.05.8104*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 26.03.2015; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2009.83.00.018889-2*, Quarta Turma, Rel. Des. Emiliano Zapata Leitão, julgado em 14.09.2010. Disponíveis em: <https://www.trf5.jus.br>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003909-65.2015.4.04.7121*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 04.09.2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000483-50.2011.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 21.02.2017. Disponíveis em: <http://www.trf4.jus.br/>.

²⁰⁹Cabe citar, nesse sentido, os seguintes precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 951.552 - ES*. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 02.08.2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 754.778 - RS*. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26.11.2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 852.237 - RS*. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013. Disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/>.

algumas ocasiões, é possível verificar alguma análise a respeito da antijuridicidade das omissões por parte dos ministros.

A título de exemplo, pode-se citar o RE 598.356, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello²¹⁰, envolvendo caso de furto de caminhão no posto de pesagem da DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A. No acórdão, consigna-se a aplicação da responsabilidade objetiva mesmo diante de omissões estatais, mas pode se notar uma avaliação a respeito da falta de cuidado na vigilância e falha na prestação de serviço, especialmente focado na delimitação do nexo causal²¹¹.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o STF vinha exigindo a teoria do dano direto e imediato para a caracterização do nexo de causalidade, mas o entendimento parece estar se alterando, no sentido de se aceitar um alargamento da responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato²¹². Cita, nesse contexto, precedente em que o STF considerou a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal como causa suficiente para responsabilizá-lo pelo crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciária²¹³, bem como caso em que foi reconhecida a responsabilidade do Estado por danos causados em razão da falta de policiamento ostensivo em locais de alta periculosidade, sem aplicação, inclusive, do princípio da reserva do possível²¹⁴.

De fato, ao se tratar de omissão, o problema central está na caracterização de nexo de causalidade. Não sendo o Estado o efetivo causador do dano, mas tendo somente o dever de evitá-lo, em determinadas circunstâncias, faz-se necessário um artifício jurídico para que

²¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 598.356 - SP*. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 08.05.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

²¹¹Confira-se trecho específico: “Surge o liame causal a revelar a responsabilização da recorrida no caso concreto. Não fosse a conduta omissiva desta, que deixou de agir com o cuidado necessário quanto à vigilância no posto de pesagem, por ocasião do estacionamento obrigatório do veículo para lavratura do auto de infração, o evento não teria acontecido. De igual modo, está caracterizada falha na prestação e organização do serviço. É inviável reconhecer inexistente o nexo causal quando descuido de vigilância da pessoa jurídica privada prestadora de serviço público facilita furtos e, em consequência, acarreta danos. A responsabilidade, seja objetiva, seja subjetiva, encontra-se configurada. Enfoque diverso, afastando o direito à indenização, implicaria esvaziar o preceito do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 598.356 - SP*. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 08.05.2018, *cit.*, p. 9).

²¹²In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo, cit.*, p. 833-834.

²¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 409.203 - RS*. Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 07.03.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

²¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223 - PE*. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14.04.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

haja a atribuição de responsabilidade em função da omissão estatal, o que depende da imputação objetiva do resultado.

Portanto, a responsabilização por omissão estatal dependerá de uma análise quanto aos critérios autorizadores dessa imputação objetiva de responsabilidade e não somente dos pressupostos ordinários de responsabilização.

Como pondera Fernando Dias Menezes de Almeida, as diversas doutrinas convergem no sentido de que é necessário um descumprimento do dever de agir, causando um dano. Alguns afirmam que o descumprimento prescinde da discussão quanto à culpa ou dolo e outros dizem que o aspecto culposo está implícito no descumprimento desse dever de agir. De toda forma, coloca que:

[...] o ‘nexo de causalidade’ a ser estabelecido entre uma omissão e o dano não é um nexu factual, detectável sensivelmente no mundo natural; é antes um nexu abstrata e ficticiamente atribuído pelo direito ao associar uma sanção ao resultado, tornando a omissão o descumprimento do dever de agir.²¹⁵

Portanto, parece inegável que, para que haja a imputação objetiva da responsabilidade, mostra-se necessária alguma análise a respeito da antijuridicidade da omissão. Não se trata propriamente de uma apreciação quanto a um elemento subjetivo, no sentido psicológico do agente, mas sim de análise a respeito da existência de um dever de agir por parte do Estado e, bem assim, implicitamente, a respeito da conformidade da conduta ao Direito.

Essa lógica, que relaciona a questão da omissão ao nexu de causalidade (ou nexu de causalidade jurídico, vulgo imputação objetiva de resultado), mais do que propriamente com o elemento subjetivo, pode ser depreendida das considerações de Gilmar Ferreira Mendes quanto à matéria:

Nesse contexto, é importante perquirir sobre a eventual caracterização da omissão que origina o dever de indenizar, registrando que tal omissão não é fática, mas exclusivamente jurídica, isto é, somente haverá omissão, no sentido juridicamente relevante, se houver um prévio dever legal de agir. Tal entendimento já foi evidenciado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, e é válido para todos os campos do Direito. Com efeito, assentou essa Excelsa Corte: “A causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado”.

²¹⁵ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 423.

Assim, o primeiro pressuposto do reconhecimento da responsabilidade por omissão é a afirmação do dever legal de agir ou, na espécie, de prestar – matéria exclusivamente de direito, que integra ainda o pressuposto necessário do nexo de causalidade. Não obstante as normas constitucionais tenham adotado, desde a Carta de 1946, a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independente de culpa ou procedimento contrário ao direito, além de a evolução doutrinária e a jurídica refletirem uma tendência em abranger também a responsabilidade estatal por atos legislativos e jurisdicionais, não se pode chegar ao extremo de conceber, em nosso ordenamento vigente, a adoção da teoria do risco integral ou do risco social, até porque não agasalhada na Carta de 1988 (art. 37, § 6º).

[...]

Havendo, portanto, um dano decorrente de omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de exigir-se a caracterização do dever legal de agir, uma vez que, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.²¹⁶

Ademais, essa orientação foi expressamente adotada pelo STF, em precedente recente julgado sob o regime de repercussão geral. No RE 841.526²¹⁷, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que tratava da responsabilidade civil do Estado pela morte de detentos, fixou-se entendimento de que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, bastando que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade surja, não exigindo a norma constitucional que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva.

Não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal, e havendo a possibilidade de agir para evitar o resultado.

Para integração do regime de responsabilidade civil do Estado por omissão, propõe-se no referido precedente o estabelecimento de uma causalidade jurídica, nos seguintes termos:

²¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 907-909.

²¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 841.526 - RS*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

Realmente, a integração do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Assim, embora não se estabeleça um nexo de causalidade fática, imputa-se o resultado ao agente por meio de uma causalidade juridicamente estabelecida.²¹⁸

Ficaria preservada a possibilidade de o Estado comprovar situação que impeça sua atuação, excluindo o nexo jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular e, bem assim, eximindo-se da responsabilidade.

Para justificar tal raciocínio em vista do arcabouço jurídico existente, sugere-se a aplicação por analogia do artigo 13, § 2º, do Código Penal²¹⁹, previsto para o agente garantidor, ao Poder Público obrigado por lei a agir para impedir o dano. A aplicação analógica, por sua vez, seria autorizada pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²²⁰.

Embora o precedente fale de dever legal específico de agir e também de omissão específica, não consta um detalhamento desses conceitos. Associa-se a omissão específica com a hipótese em que a Administração está obrigada a evitar o dano e permanece inerte.

Frisa-se, porém, que o dispositivo do Código Penal que traz os contornos da omissão relevante, tido como aplicável por analogia à responsabilidade civil do Estado, prevê que o dever de agir incumbe a quem “(a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

Nessa medida, sopesando todos os posicionamentos acima esmiuçados e o desenvolvimento da jurisprudência, entende-se que a análise acerca da imputação objetiva da responsabilidade (ou causalidade juridicamente estabelecida), especialmente relevante em hipóteses de omissão, deverá perpassar a averiguação a respeito da existência de um dever de agir por parte do Estado.

²¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 841.526 - RS*. Rel. Min. Luiz Fux, *cit.*, p. 22.

²¹⁹Vale notar que o acórdão cita apenas a parte inicial do dispositivo, sem mencionar a especificação das hipóteses de dever de agir. Porém, optou-se por transcrever sua íntegra:

“§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

²²⁰“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A depender das circunstâncias, a verificação pode se limitar à constatação da existência de um dever específico do Estado, inclusive em virtude de uma posição de garante, ou, eventualmente, pode envolver uma verificação mais minuciosa em concreto, seja no tocante à assunção de responsabilidade de impedir o resultado ou devido à criação do risco de sua ocorrência.

Não nos parece se tratar de um retrocesso, tampouco restrição ao ditame constitucional, mas sim de aplicar uma interpretação consentânea com os pressupostos efetivos de responsabilização civil, sem perder de vista os fundamentos que a norteiam. Ademais, trata-se de questão que merece ser expressamente abordada pelo julgador no caso concreto, de modo que sejam fornecidos critérios mais claros e uniformes para apreciação da matéria e construção de um entendimento mais uniforme.

CAPÍTULO 2. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

2.1. Desenvolvimento da teoria

A responsabilidade civil de forma geral²²¹, mesmo aplicada fora do espectro de responsabilidade estatal, passou por significativas reflexões e transformações nos últimos tempos.

Uma das notáveis mudanças diz respeito ao advento da responsabilidade objetiva, que dispensa a prova de culpa, ante a constatação de insuficiência da responsabilidade subjetiva para acobertar todos os casos de reparação²²², mormente à luz da multiplicação de oportunidades e causas de danos levada a efeito a partir da Revolução Industrial.

A produção industrializada e o desenvolvimento de atividades industriais potencializaram a ocorrência dos chamados danos anônimos, em que se mostrava demasiadamente difícil a identificação do culpado, o que deixava inúmeras vítimas desamparadas²²³. Assim, a demonstração da culpa era o verdadeiro entrave para muitos que buscavam indenização.

Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy²²⁴, outro dado fundamental na modificação do sistema de responsabilidade civil se deu com a superveniência de nova conformação constitucional nos ordenamentos jurídicos ocidentais, após a eclosão das guerras mundiais, precisamente com a elevação da dignidade do homem a um valor básico do ordenamento.

A partir desse quadro, começou a germinar um novo desenho para a responsabilidade civil tomada como um todo, com maior enfoque à figura da vítima e à efetiva reparação do dano, ao invés do ofensor e sua culpabilidade.

A esse respeito, cumpre citar as valiosas lições de Alvinio Lima²²⁵:

²²¹Conforme será melhor explorado adiante, entende-se que a responsabilidade é um instituto do Direito e, como tal, é importante uma análise global, respeitando-se as concepções e influxos privatísticos e publicísticos concernentes à matéria.

²²²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 334.

²²³GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

²²⁴*Id.*, p. 14.

²²⁵In: LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Saldoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 115-116.

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.

Além da relativização da culpa, o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil provocou também discussões em relação à aplicação de outros requisitos tradicionais da responsabilidade civil²²⁶, como o nexo de causalidade e o dano.

Nesse contexto, a crescente complexidade dos fenômenos e das relações sociais abriu espaço à conscientização de que o Direito precisava considerar a álea, a incerteza, o acaso em meio às soluções jurídicas²²⁷.

O desenvolvimento dos estudos de probabilidade e, em especial, o refinamento dos métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas propiciou instrumentos para enfrentar a álea. Segundo Daniel Amaral Carnaúba, a estatística, como um desses instrumentos, conferiu métodos para controlar e desmistificar a incerteza²²⁸. Isto é, passou-se a admitir os limites da compreensão do ser humano, buscando-se não mais aniquilar o acaso, mas sim assimilá-lo, por meio da obtenção de uma resposta *provável*.

No campo da responsabilidade civil, o estudo probabilístico propiciou uma forma racional de enfrentamento de dilemas envolvendo a incerteza, por meio da qual se passou a conceber a reparação em situações antes não admitidas, com fundamento na teoria da perda de uma chance.

É possível citar como casos clássicos de responsabilidade civil pela perda de uma chance aqueles que envolvem jogos de azar, como a hipótese do cavalo que é impedido de correr e perde a chance de ganhar o prêmio, ou aqueles que envolvem matéria contenciosa,

²²⁶SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 6.

²²⁷*Id.*, p. 9.

²²⁸In: CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p. 7.

como é o caso da perda de prazo pelo advogado na interposição de recurso que, bem assim, priva o cliente das chances de reforma de uma sentença desfavorável, dentre tantos outros.

A teoria da perda de uma chance é uma criação essencialmente pretoriana e ganhou especial destaque por meio da aplicação levada a efeito por tribunais franceses confrontados por lesões de interesses sobre situações aleatórias.

Há divergência sobre qual teria sido o primeiro julgado a trazer os contornos da teoria da perda de uma chance, havendo quem sustente, inclusive, que a doutrina antecipou, timidamente, o conceito que seria mais tarde adotado pelos tribunais²²⁹.

Para a maioria da doutrina francesa, o primeiro acórdão da Corte de Cassação que teria versado sobre a perda de uma chance seria datado de 17 de julho de 1889, sendo proferido em favor de um demandante privado das chances de ganhar um processo pela atuação culposa de um oficial ministerial²³⁰.

Entretanto, há quem defenda que, na realidade, a primeira indenização pela perda de uma chance veio a ser concedida pela Corte de Cassação somente tempos depois, em acórdão de 26 de maio de 1932, que dizia respeito à perda da chance de realizar um projeto imobiliário em virtude da falta de um notário²³¹.

Isso porque, no acórdão de 1889, a Corte de Cassação entendeu que a decisão a respeito da responsabilidade do oficial ministerial dependia necessariamente do resultado do recurso, anulado por atuação culposa do oficial, caso submetido a julgamento. Se o recurso fosse infundado, não caberia indenização. Do contrário, caberia indenização pela totalidade do prejuízo causado, incluindo as despesas relacionadas ao recurso e reparação por perdas e danos²³².

²²⁹CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 103-104.

²³⁰Segundo Geneviève Viney e Patrice Jourdain: « L'exemple le plus ancien est fourni par un arrêt du 17 juillet 1889 qui a accepté d'indemniser la perte, provoquée par la faute d'un officier ministériel, de la possibilité de poursuivre une procédure et, par conséquent de gagner un procès.» (In: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. Dir. Jacques Ghestin. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006. p. 91). Tradução livre: “O exemplo mais antigo é fornecido por uma decisão de 17 de julho de 1889 que aceitou indenizar a perda, provocada pela culpa de um oficial ministerial, da possibilidade de prosseguir um procedimento e, conseqüentemente, de ganhar um processo.”. No mesmo sentido: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 11.

²³¹MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*. Thèse de doctorat en Droit Public. Université Panthéon-Assaz (Paris 2), 2013. p. 19; CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. p. 11.

²³²MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 19-22.

Nessa toada, a solução proposta pela Corte de Cassação consistia, a bem da verdade, em proceder com uma verificação do mérito do recurso e não com uma avaliação de chances de sucesso²³³.

Teria sido então Henri Lalou o primeiro a fazer referência à reparação das chances. A noção foi esboçada em 1914, em comentário a um julgado de 1911, e expressada de forma mais nítida em nota sobre um julgado de 29 de janeiro de 1920, no qual o pai de uma criança falecida demandava indenização pelo prejuízo referente à prestação alimentar que o filho lhe forneceria no futuro. Henri Lalou criticou a decisão do Tribunal Civil de Meaux, que havia rejeitado o pedido por entender que ele seria “puramente eventual”, consignando que o responsável por um acidente mortal priva os ascendentes da chance de obter, no futuro, uma prestação alimentar da vítima²³⁴.

Em 1928, a nota foi incorporada à primeira edição da sua obra *La responsabilité civile*. Em tal obra, pontuou: “Le préjudice, avons-nous dit, doit être non seulement actuel, mais *certain*. La privation d’une ressource à laquelle dans l’avenir ou aurait pu avoir recours ou d’une chance de gain que l’on pouvait courir constitue un préjudice certain.”²³⁵

Pouco tempo depois, os irmãos Henri e León Mazeaud trouxeram algumas considerações relativas à perda de uma chance no *Traité théorique et pratique*, datado de 1931²³⁶, um dos mais influentes trabalhos de responsabilidade civil francesa, a partir do qual a teoria da perda de uma chance ganhou especial notoriedade²³⁷.

²³³MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 19-22.

²³⁴Trib. Civ. Meaux, 29 jan. 1920, D. 1920, 1, p. 137, nota de H. LALOU *apud* CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 104.

²³⁵LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928. p. 42. Tradução livre: “O dano, como já dissemos, não deve ser somente atual, mas certo. A privação de um recurso que no futuro poderia ser usado ou uma chance de ganho que poderia ocorrer constitui um dano certo.”

²³⁶CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 105.

²³⁷Os irmãos Mazeaud continuaram a desenvolver a temática em suas obras, na linha defendida por Henri Lalou: “Les chances qui ont été perdues ne sont pas toujours les « châteaux en Espagne » de Perrette son pot au lait. Elles son parfois réelles. Certes, la victime se targuerait d’un préjudice hypothétique si elle réclamait par exemple le prix que n’a pu gagner son cheval: quelles que soient les qualités d’un cheval, il n’y a aucune certitude qu’il arrivera premier. Mais, comme le fait très exactement remarquer M. Lalou, il n’en existe pas moins un préjudice certain: le cheval avait une chance d’arriver; c’est cette chance qu’il a perdue.” (In: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD León. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle eu contractuelle*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 242-243). Tradução livre: “As chances que foram perdidas não são sempre impossíveis ou irrealizáveis. Às vezes elas são reais. Certamente, a vítima se gabaria de um dano hipotético se ela reclamasse, por exemplo, o prêmio que o seu cavalo não pôde ganhar: quaisquer que sejam as qualidades de um cavalo, não há nenhuma certeza que ele chegará em primeiro lugar. Mas, como observa muito precisamente o Sr. Lalou, nem por isso existe um dano certo: o cavalo tinha a chance de chegar e essa é a chance que ele perdeu.”

De acordo com essa linha de ideias, embora o acórdão de 1889 tenha tido importância na germinação da teoria da perda da chance, a Corte de Cassação francesa teria proferido o primeiro acórdão sobre reparação de chance somente em 26 de maio de 1932, quando confirmou decisão dos juízes de segunda instância que havia condenado um notário que, por conduta culposa, privou seu cliente das chances de adquirir propriedade rural que desejava²³⁸.

É relevante observar que, ao se admitir que a teoria da perda da chance só teria surgido na Corte de Cassação francesa com esse acórdão de 1932, ter-se-ia na verdade a consagração da perda de uma chance, pela primeira vez, na França, no âmbito do Conselho de Estado francês, órgão máximo da jurisdição administrativa.

Isso porque, após alguns julgados que tangenciavam a questão, o Conselho de Estado consagrou a noção de perda de chance pela primeira vez em acórdão datado de 3 de agosto de 1928, comumente chamado *Sieur Bacon*. No caso, um agente solicitou uma promoção à Administração Pública, mas a sua candidatura foi rejeitada pela comissão responsável, na medida em que ele não possuía um certificado de conhecimento em línguas e não poderia reivindicar a isenção prevista em um decreto. O Conselho de Estado entendeu que a comissão havia interpretado erroneamente o decreto e que o autor se beneficiava da isenção, de modo que o pedido foi ilegalmente rejeitado. Concluiu então que a irregularidade cometida privou o *Sieur Bacon* das chances de avanço na carreira com as quais ele poderia legitimamente contar e, por tal razão, poderia o autor reclamar uma indenização pelo prejuízo causado por falha atribuível à Administração²³⁹.

A teoria da perda da chance se difundiu na jurisprudência francesa, tanto na Corte de Cassação como no Conselho de Estado, e o seu campo de aplicação continuou a crescer²⁴⁰.

Nos anos 60, os tribunais franceses começaram a aplicar a teoria da perda de uma chance em julgados envolvendo a responsabilidade civil na seara médica. Nessas situações, fala-se na França em perda de chances de cura ou de sobrevivência (“*perte d’une chance de guérison ou de survie*”). Na década de 90, o mecanismo foi ventilado em hipótese envolvendo falta de informações na seara médica²⁴¹.

Embora a teoria da perda de uma chance tenha sido especialmente aperfeiçoada na França, a sua relevância e utilidade fizeram com que o mecanismo também se difundisse e

²³⁸CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 105.

²³⁹MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 27-28.

²⁴⁰VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*, cit., p. 91 et seq.

²⁴¹MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 29-30.

penetrasse outros países do sistema romano-germânico, como a Itália²⁴², bem como países do sistema *common law*.

Ressalta-se que, no sistema *common law*, a primeira menção à teoria da perda de uma chance teria se dado em 1911, com o caso inglês *Chaplin v. Hicks*²⁴³. A autora da demanda era uma das 50 finalistas do concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual a teria impedido de participar de fase final do concurso consistente em apresentação ao júri. As finalistas concorriam a 12 prêmios diferentes e, em virtude disso, um dos juízes defendeu que, diante da doutrina das probabilidades, a autora teria vinte e cinco por cento (25%) de chance de ganhar um dos prêmios²⁴⁴.

A teoria continuou a ser desenvolvida nesses outros países, sendo que, no sistema *common law*, nota-se especial dedicação à matéria na seara médica²⁴⁵.

No Brasil, embora a abordagem seja mais recente e, até por isso, não se verifiquem muitos trabalhos especificamente dedicados ao assunto, é possível constatar manifestações favoráveis na doutrina²⁴⁶ e na jurisprudência²⁴⁷ no sentido de admitir a reparação em casos que envolvam a perda de uma chance.

Apesar da aceitação de forma geral, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais evidenciam que a temática da perda da chance ainda apresenta obscuridades. Há posicionamentos diversos em relação à natureza jurídica da perda de uma chance, bem como especificidades de aplicação do instituto que merecem a devida observância. Antes de

²⁴²Confira-se a respeito da aplicação italiana da perda de uma chance: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

²⁴³Se procedente o entendimento de que o julgado de 1889 da Corte de Cassação francesa não foi o primeiro a abordar a perda de uma chance, poderia se refutar a ideia tradicional de que a perda da chance é um conceito de origem francesa, pois à jurisprudência inglesa teria cabido a primazia na admissão da reparação das chances, em função desse julgado datado de 1911.

²⁴⁴SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 11.

²⁴⁵*Id. Ibid.*, p. 12.

²⁴⁶Pode-se citar, entre outros: NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, *cit.*, p. 107 *et seq.*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, *cit.*, p. 56 *et seq.*; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 38 *et seq.*

²⁴⁷São citados alguns precedentes do STJ, para ilustração: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08.11.2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 821.004 - MG (2006/0035112-2)*. Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.08.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14.11.2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.662.338 - SP (2015/0307558-0)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.12.2017. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/>.

adentrar as divergências e especificidades de ordem teórica e prática, é importante a delimitação das hipóteses em que se pode cogitar a aplicação da teoria.

2.2. Caracterização dos casos de perda de uma chance

Conforme descrição analítica de Daniel Amaral Carnaúba, as situações que conduzem à aplicação técnica da reparação de chances²⁴⁸, embora diversas, possuem um núcleo fático comum. Assim, segundo sua análise, a hipótese de lesão a interesses aleatórios pode ser decomposta em três elementos²⁴⁹.

O primeiro elemento comum se relaciona ao interesse da vítima sobre um resultado aleatório. Em todos os casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, a vítima almeja a obtenção de um resultado cuja realização não era certa e não fazia parte do seu conhecimento. Ou seja, a realização da sua ambição traduzia uma possibilidade. A título de exemplo, o apostador não sabia, quando da aposta, se o cavalo que escolheu venceria a corrida. Da mesma forma, a vitória para o litigante em processo judicial também não era revestida de certeza.

O segundo elemento comum consiste na perturbação do desdobramento da situação aleatória por um fato imputável ao réu. A intervenção do réu pode diminuir ou aniquilar as chances de que dispunha a vítima de obter o resultado aleatório desejado. Por exemplo, o advogado que deixa transcorrer *in albis* o prazo para recurso, aniquila a possibilidade de reversão da decisão desfavorável ao seu cliente. Por outro lado, é possível que o ato do réu não aniquile, mas diminua as chances da vítima, como ocorre em alguns casos de erro médico.

O terceiro elemento consiste no fim do processo aleatório sem a obtenção do resultado almejado. Nesse sentido, a reparação da chance só ocorre se o processo aleatório está terminado e se a realidade se mostrar definitivamente contrária aos interesses da vítima²⁵⁰. Ou seja, em nenhum caso o resultado alcançado é o esperado pela vítima. Não

²⁴⁸Como se verá no item 2.3.4., o autor entende que a reparação de chance constitui uma técnica decisória.

²⁴⁹CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 26 *et seq.*

²⁵⁰Daniel Amaral Carnaúba ressalta a importância de que o terceiro elemento seja considerado, pois a reparação prematura de uma chance poderia ensejar enriquecimento ilícito (In: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 30).

houve vitória na demanda judicial, o apostador não ganhou o prêmio na corrida de cavalo e o paciente não sobreviveu à doença ou foi acometido por uma incapacidade permanente.

Esse último elemento é especialmente importante para diferenciar as situações de perda de chance das situações que resultam na criação ou aumento de riscos. Rafael Peteffi da Silva aborda essa diferenciação, salientando que a análise quanto à perda definitiva da vantagem se dá no momento de apreciação da demanda:

O ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.²⁵¹

Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral explica que, no caso de aumento de riscos, o lesado se encontra igualmente em processo aleatório, com vistas a obter uma vantagem ou evitar um dano, porém não sofreu o prejuízo derradeiro e não perdeu o proveito esperado de forma definitiva²⁵². Nesses casos, por força da conduta do lesante, aumentaram-se os riscos da ocorrência de um resultado negativo, mas não se tem certeza acerca da perda definitiva da vantagem almejada, havendo discussão quanto ao cabimento de indenização²⁵³.

Um dos exemplos citados para a hipótese de criação de riscos é o caso de acidente nuclear em que é possível provar cientificamente uma maior probabilidade das pessoas expostas desenvolverem determinadas enfermidades, porém essas pessoas podem vir a nunca sofrer doença alguma.

Descabe um maior aprofundamento do tema devido aos limites deste trabalho, porém é importante a diferenciação entre os institutos, inclusive com vistas a esclarecer a importância da análise acerca da perda definitiva da vantagem esperada para fins de caracterização da perda de uma chance.

Após esmiuçar cada um dos três elementos citados acima, Daniel Amaral Carnáuba sintetiza as hipóteses de aplicação da perda da chance:

²⁵¹In: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 116.

²⁵²In: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 72.

²⁵³ROCHA, Nuno Santos. *A «perda da chance» como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 76.

Esses três elementos de fato podem ser resumidos da seguinte maneira: a reparação de chances é aplicada nos casos em que, em razão de um ato imputável ao réu, a vítima foi privada, total ou parcialmente, das chances de obter um resultado desejado, e sob a condição de que essa antiga expectativa aleatória tenha se tornado definitivamente impossível.²⁵⁴

Prosseguindo em sua análise, Daniel Amaral Carnaúba destaca que essas constantes conduzem a uma situação em que os três elementos são conhecidos, mas outro elemento permanece desconhecido. Precisamente, fica impossível assegurar qual teria sido o resultado dessa chance perdida, o que o autor classifica como *incerteza contrafactual*:

Em outras palavras, sabe-se o que passou; não há efetivamente qualquer dúvida sobre a realidade. Mas, em razão da álea que acometia o interesse da vítima, não se sabe ao certo *o que teria ocorrido* caso o réu não tivesse intervindo. Trata-se de uma *incerteza contrafactual*, uma incerteza sobre uma situação hipotética, que teria supostamente se concretizado caso o fato – em espécie, o fato imputável ao réu – fosse suprimido do curso causal. Se normalmente é possível aguardar o desfecho de uma chance, visto que toda chance tende a se resolver a favor ou contra seu beneficiário, depois da intervenção do réu essa hipotética conclusão permanecerá, eternamente, relegada ao desconhecido. O ato falseou o processo aleatório, de modo que a chance tornou-se um *natimorto*; anulada antes mesmo de vir ao mundo.²⁵⁵

A mesma lógica pode ser extraída a partir de obra de Sérgio Savi:

A chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.²⁵⁶

Embora se entenda que não necessariamente a chance está relacionada a um lucro²⁵⁷, tal como coloca Sérgio Savi, a conceituação por ele proposta perpassa justamente a incerteza contrafactual, tal como expõe Daniel Amaral Carnaúba.

Fernando Noronha, ao caracterizar a perda de uma chance, ressalta de forma específica que a chance perdida pode ser traduzida não somente pela frustração da

²⁵⁴In: CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 30.

²⁵⁵*Id.* *Ibid.*, p. 31.

²⁵⁶In: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 101.

²⁵⁷A esse respeito: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 309.

oportunidade de obter uma vantagem, como também de evitar um dano, que depois se verificou²⁵⁸. Vejamos suas lições sobre o tema:

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que não houve interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente).²⁵⁹

Esse duplo viés da teoria da perda de uma chance, isto é, no sentido de amparar hipóteses de frustração da expectativa de obter vantagem ou de evitar um dano, também é ressaltado em precedentes jurisprudenciais, podendo-se citar, por exemplo, o REsp 1.677.083/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²⁶⁰. Vejamos trecho pertinente:

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

Salienta-se, porém, que não basta a caracterização de uma hipótese em que convirjam os sobreditos elementos para que se repute imediatamente devida a indenização pela perda de uma chance. Há condições específicas que são exigidas para que se cogite o dever de indenizar nessa hipótese, o que será analisado adiante.

De todo modo, definidos os contornos das hipóteses de aplicação da perda da chance, convém analisar as diferentes concepções em relação à sua natureza jurídica, para que em seguida se abordem outros aspectos relacionados propriamente à aplicação da teoria.

²⁵⁸A conceituação é de especial importância dentro da divisão da teoria que tal autor propõe, conforme se abordará no item 2.3.3.

²⁵⁹In: NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, *cit.*, p. 28.

²⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14.11.2017, *cit.*

2.3. Concepções quanto à natureza jurídica da perda de uma chance

2.3.1. A perda da chance sob o prisma do dano

A teoria doutrinária predominante entende, em regra, que a perda da chance configura espécie de dano.

De forma genérica, afirma-se que, em meio ao alargamento do conceito de dano ressarcível, dentro de um contexto em que a responsabilidade civil volta cada vez mais sua atenção ao dano injustamente provocado ao indivíduo, não importando se sua origem está associada a um direito subjetivo ou interesse legítimo, a chance perdida deveria ser tratada como efetivo dano ressarcível²⁶¹.

A base do entendimento que reconhece a perda da chance como dano ressarcível, em termos gerais, está relacionada à compreensão de que, em determinados casos, a chance pode ser considerada como um bem integrante do patrimônio da vítima, econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano efetivo, muitas vezes atual, passível de indenização.

Nesse sentido, não se concede uma indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da chance de conseguir a vantagem. Há uma diferenciação entre o resultado perdido e a própria oportunidade de consegui-lo.

Sobre o valor da chance em si considerada, são oportunas as lições de Geneviève Viney e Patrice Jourdain²⁶²:

En effet, à bien des points de vue, le droit reconnaît une valeur certaine à l'existence de la chance. Notamment, il n'a jamais été contesté qu'un billet de loterie (qui n'est rien d'autre qu'un titre représentatif d'une chance) peut être vendu contre un prix. Et on peut souligner que la pratique de l'assurance repose sur l'idée que la chance a une valeur en soi puisque les risques qui forment la matière de l'assurance sont en réalité des malchances. L'existence d'un aléa ne retire donc pas toute réalité à la

²⁶¹ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*, *cit.*, p. 93-94.

²⁶² In: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*, *cit.*, p. 90-91. De se ressaltar que, segundo Rafael Peteffi da Silva, Geneviève Viney seria a favor da reparação das chances nas hipóteses clássicas e, por outro lado, nas hipóteses em que a vítima perde a chance de sobreviver, a autora entende que há enquadramento nos casos em que a causalidade é extremamente difícil de ser provada e a noção de causalidade alternativa seria chamada a depor. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 72).

chance et, par conséquent, elle n'empêche pas que sa disparition ne puisse être ressentie comme un dommage.²⁶³

O enquadramento do dano, contudo, é objeto de intensa divergência, havendo juristas que classificam a perda da chance como um dano patrimonial, na modalidade dano emergente ou lucro cessante, como um terceiro gênero de dano patrimonial, como um dano extrapatrimonial ou, ainda, como uma nova categoria de dano²⁶⁴.

Seguindo o entendimento do jurista italiano Adriano De Cupis, Sérgio Savi advoga pelo enquadramento da perda da chance como subespécie de dano emergente, por entender que assim se elimina o problema da certeza do dano:

Ao se inserir a perda da chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial).

Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano, é, portanto, certo.²⁶⁵

Esse posicionamento pressupõe a necessária atribuição de um valor à chance perdida e sua consideração de forma independente do resultado final²⁶⁶.

Paulo Nader, por outro lado, defende o enquadramento da perda da chance na categoria de lucros cessantes, como segue: “A *perda de chance*, quando concreta, real,

²⁶³Tradução livre: “De fato, em muitos aspectos, o direito reconhece um valor certo à existência da chance. Notadamente, nunca foi contestado que um bilhete de loteria (que nada mais é do que um título representativo de uma chance) pode ser vendido por um prêmio. E pode-se enfatizar que a prática do seguro é baseada na ideia de que a chance tem um valor em si, já que os riscos que formam a matéria do seguro são na verdade infortúnios. A existência de uma álea não remove, portanto, toda a realidade da chance e, conseqüentemente, não impede que seu desaparecimento possa ser sentido como dano.”

²⁶⁴A respeito do tema, vide: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*, cit.

²⁶⁵In: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 102.

²⁶⁶AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*, cit., p. 113.

enquadra-se na categoria de *lucros cessantes*, ou seja, danos sofridos pelo que se deixou de ganhar ou pelo que não se evitou perder.”²⁶⁷

O enquadramento como lucro cessante pode parecer atraente, pois, sob essa ótica, a lesão afetaria um bem ainda não existente no patrimônio da vítima, estando relacionada a um prejuízo futuro. Entretanto, com a adoção dessa linha, acabar-se-ia por confundir a perda da chance de auferir a vantagem com a própria perda da vantagem e tal qualificação acarretaria maior incerteza quanto à ocorrência do prejuízo, pela impossibilidade de se demonstrar que o resultado final seria alcançado, o que levaria, então, a uma negativa de reparação²⁶⁸. Por tal razão, essa concepção está praticamente abandonada hoje.

Flávio da Costa Higa, que também entende que a perda da chance se encaixa na categoria de dano emergente²⁶⁹, traz importantes esclarecimentos acerca da distinção entre a figura dos lucros cessantes e a figura da perda de uma chance, pontuando que elas têm traço de distinção em técnicas diversas de indenização.

Segundo suas explicações, na perda de uma chance, há um juízo de probabilidade não para fins de supor qual seria o estado atual da vítima diante da inocorrência do ato ilícito e sim no sentido de se calcular qual seria a probabilidade da vítima obter o resultado esperado. Já nos lucros cessantes, o grau de probabilidade de que os fatos necessários à percepção da vantagem ocorram é tão grande, por decorrer do curso normal das coisas, que leva o intérprete a presumi-los, mediante a formulação de um raciocínio hipotético acerca da forma como acontecimentos naturais se concretizariam sem a ocorrência do ilícito²⁷⁰.

As lições de Sílvio de Salvo Venosa também relacionam a problemática da perda da chance especialmente com o elemento dano, porém, o jurista alude à doutrina que caracteriza a perda da chance como um terceiro gênero de dano patrimonial ou material, ao lado dos lucros cessantes e danos emergentes:

Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa na possibilidade de incerteza do dano. Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de

²⁶⁷In: NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7, p. 78. Maria Helena Diniz também aborda a perda de uma chance dentro da análise acerca dos lucros cessantes (In: *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 70-71).

²⁶⁸AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*, *cit.*, p. 102-107.

²⁶⁹In: HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 84.

²⁷⁰*Id. Ibid.*, p. 70-71.

indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento (Ghersi, 2000:63). Por isso, a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato.²⁷¹

Sérgio Cavaliéri Filho também cita essa vertente doutrinária:

Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como *terceiro gênero* de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre um extremo e outro caberia uma graduação, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a *mera possibilidade* da *probabilidade*.²⁷²

Esse enquadramento da perda de chance como um terceiro gênero de dano patrimonial decorre da dificuldade, por parte de alguns autores, em admitir o enquadramento do dano pela perda de uma chance como dano emergente ou lucro cessante, mormente pela probabilidade e não certeza da obtenção do resultado esperado²⁷³.

Segundo tal pensamento, com a perda da chance, não há propriamente a diminuição do patrimônio da vítima, no tocante a um bem que o compõe, assim como a perda da chance não representa a perda de uma vantagem futura e certa. Além disso, a forma de quantificação da indenização pela perda de uma chance também se distancia daquela aplicada nos casos de danos emergentes e lucros cessantes. A respeito, cumpre trazer as explanações de Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral:

Dano emergente, como afirmado, é o dano efetivo e concretamente ocorrido no patrimônio do lesado, verificado de plano, em regra, pela aplicação de fórmula simples que compara o momento anterior e posterior à ocorrência do fato danoso. Essa diferença é indenizada, o que, para tal concepção, não se verificaria na ocorrência da chance, pois antes da ocorrência do dano só haveria uma possibilidade, sem que nada tivesse sido incorporado ao patrimônio para que efetivamente se pudesse perder. Ademais, a quantificação da chance seria por meio da aplicação de cálculo probabilístico, o que não se coadunaria com a forma de quantificar o dano emergente.

Quanto aos lucros cessantes, a diversidade se encontraria presente, principalmente, por esse constituir um dano incerto e vinculado a uma objetiva probabilidade de ocorrência do resultado esperado.²⁷⁴

²⁷¹In: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil, cit.*, p. 38-39.

²⁷²In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, cit.*, p. 111.

²⁷³HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho, cit.*, p. 80.

²⁷⁴In: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano, cit.*, p. 115-116.

Nesse sentido, a concepção da perda da chance como um gênero diverso de dano patrimonial resolveria a complexidade da matéria, com uma diferenciação mais clara e estanque do resultado perdido e da oportunidade de consegui-lo.

Em adição, há quem defenda que o dano pela perda de uma chance pode ser enquadrado como dano extrapatrimonial, especificamente um dano moral. É o caso, por exemplo, de Sérgio Novais Dias, ao tratar da responsabilidade civil do advogado. A bem da verdade, para ele, o dano pela perda de uma chance poderia ser enquadrado como dano moral nos casos em que a matéria discutida no processo judicial não tem chances de êxito:

[...] toda vez que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não haveria probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior.²⁷⁵

O enquadramento da perda da uma chance como dano moral se encontra especialmente presente na jurisprudência²⁷⁶.

Para Sérgio Savi, em determinados casos, a perda da chance pode ser considerada um agregador do dano moral, porém não se pode admitir o enquadramento da perda da chance como um dano exclusivamente moral²⁷⁷. Daniel Amaral Carnaúba também critica o enquadramento da perda da chance como mero dano moral²⁷⁸.

Corroborando esse entendimento, isto é, de que a perda da chance não deve ser considerada mero dano moral, o Enunciado 444, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada entre os dias 8 e 10 de novembro de 2011, *in verbis*:

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

²⁷⁵In: DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: Ed. LTr, 1999. p. 67.

²⁷⁶Como será abordado no item 2.6.

²⁷⁷In: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 53.

²⁷⁸In: CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 175.

A escolha de determinado enquadramento entre os anteriores poderia eventualmente tornar o intérprete refém dele e limitar a capacidade de abstração sobre as hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance, que efetivamente podem se relacionar a interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Nesse sentido, desenvolveu-se também posicionamento no sentido de admitir a perda da chance como uma nova espécie de dano ressarcível. A respeito, vale conferir as considerações do português Nuno Santos Rocha:

Considerando portanto, o património como o conjunto de todos os valores juridicamente protegidos, a tutela ressarcitória não se poderá restringir à reparação da lesão sofrida por um bem tangível, incluído no património “real” da vítima, mas terá, nomeadamente, de se estender a outras categorias de bens, cuja presença não é tão empiricamente perceptível pela pessoa, mas que se encontram igualmente presentes no património “jurídico” do lesado, seja como uma situação abstracta (não perceptível através dos sentidos), seja como um estado intermédio de um processo evolutivo que tem como resultado final a produção de um bem material, ou imaterial (uma *res*, uma utilidade, uma vantagem, etc.). Nesta perspectiva nada impede que se considere a «perda da chance» como um dano autónomo, economicamente avaliável e passível de ser indemnizado.²⁷⁹

Em linha similar, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral defende que a determinação da natureza jurídica do dano pela perda de uma chance está vinculada ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado, podendo assumir carácter patrimonial ou extrapatrimonial.

Seria, pois, um dano mutável, não passível de classificação *a priori*. Quando a perda da chance assume carácter patrimonial, em razão do interesse violado, seria um dano emergente *sui generis*²⁸⁰, e, quando assume carácter extrapatrimonial, seria também autónomo, porém uma nova modalidade de dano extrapatrimonial²⁸¹. Vejamos de forma sintetizada suas ideias:

Sendo assim, vê-se que o ato de “frustrar uma chance” pode atingir tanto interesses patrimoniais como extrapatrimoniais. Nem todo interesse afetado dará origem ao dano pela perda da chance e, de uma mesma

²⁷⁹In: ROCHA, Nuno Santos. *A «perda da chance» como uma nova espécie de dano*, cit., p. 95-96.

²⁸⁰Flávio da Costa Higa pontua que se costuma suscitar como problema para a vinculação da perda da chance ao dano emergente ou lucro cessante o fato dessas modalidades serem associadas, em regra, como desdobramentos do dano patrimonial, ao passo que a perda da chance pode, pelas suas particularidades, a depender do caso, acarretar prejuízos na esfera imaterial e/ou material. Contudo, o autor não concorda com o estreitamento da classificação do dano emergente e do lucro cessante em apenas subespécies de dano patrimonial. (In: HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*, cit., p. 82).

²⁸¹In: AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*, cit., p. 134-137.

conduta, podem advir danos de natureza diversa, incluindo-se, dentre as consequências do evento danoso, a causação de danos emergentes, lucros cessantes, dano moral, estético, existencial etc. sem prejuízo de restar caracterizado um dano específico denominado de dano pela perda da chance, representado pela eliminação da chance em si, e sua natureza segue a do interesse violado.

Quando se consideram os interesses extrapatrimoniais, o dano pela perda da chance soma-se à lista das espécies daquele gênero. Assim, o dano pela perda da chance não é o dano moral, existencial, etc. Ele é autônomo, nova modalidade de dano extrapatrimonial.²⁸²

A classificação do dano referente à perda da chance como uma nova categoria de dano, sem enquadramento rígido nas modalidades já existentes, parece ser o mais adequado para o fim de acomodar a lógica de diferenciação da vantagem final, que consiste em um dano incerto, da perda da chance de obtê-la, sem, por outro lado, restringir os interesses subjacentes à chance perdida, que podem ser tanto patrimoniais como extrapatrimoniais.

Para que se possa reconhecer essa autonomia do dano pela perda de uma chance, mostra-se necessário apreender a chance como um bem jurídico merecedor de tutela jurídica e economicamente avaliável. A autonomia, contudo, será relativa, pois o dano da perda da chance será analisado em função do resultado final esperado, conforme explica Nuno Santos Rocha:

Esta autonomia será porém uma autonomia relativa, dado não nos ser possível ignorar a relação delicada existente entre ambos os danos. Por conseguinte, o dano da perda de chance terá, quanto à sua existência, de ser obrigatoriamente analisado em função do resultado final esperado, já que as «chances» terão necessariamente de ser, sempre, «chances» de alguma coisa.²⁸³

Essa autonomia relativa, contudo, não prejudica a compreensão da perda da chance como uma categoria de dano, sendo que o mesmo se pode afirmar em relação à necessidade da vantagem estar definitivamente perdida para que se possa cogitar da aplicação da perda de uma chance.

A esse respeito, entende-se que tal exigência se mostra necessária para se conferir certeza ao dano específico consubstanciado na perda de uma chance, conforme requisitos aplicáveis a todo e qualquer dano passível de indenização. De mais a mais, tal requisito é

²⁸²AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*, *cit.*, p. 136.

²⁸³In: ROCHA, Nuno Santos. *A «perda da chance» como uma nova espécie de dano*, *cit.*, p. 64.

importante para diferenciar a teoria da perda de uma chance da hipótese de criação ou aumento de riscos e serve também para evitar enriquecimento ilícito por parte da vítima.

Sem prejuízo de toda a construção tratada neste tópico e divergências citadas, a suficiência e adequação da doutrina clássica, que classifica a perda da chance como um dano específico, começou a ser questionada, especialmente em razão da sua aplicação na seara médica, trazendo à tona outras concepções sobre o tema, as quais colocam a problemática em torno do nexo causal e não mais do elemento dano.

Precisamente, passou-se a questionar a adequação da concepção clássica da perda da chance nas hipóteses em que o processo se desenrola até o estágio final e se conhece o prejuízo decorrente, sendo que o que permanece ignorada é a causalidade entre o prejuízo e o ato do agente que poderia ter interrompido o processo e, talvez, evitado o resultado final²⁸⁴.

É o caso, por exemplo, do médico que deixa de prescrever algum tratamento recomendado ao paciente, sendo possível que essa prescrição interrompesse a evolução de determinada doença. Da mesma forma, poderia se cogitar essa situação diante de sistema de alarme que deixa de funcionar e, com isso, não aborta um furto que poderia talvez ser evitado.

Alguns autores passaram então a defender uma ruptura entre as hipóteses tradicionais de aplicação da perda da chance, nas quais há a interrupção do processo aleatório e a oportunidade de se conseguir a vantagem é vista como dano específico, daqueles casos em que o processo se desenrola até o seu estágio final e a conduta do réu, que poderia ser apta a evitar o dano, não é adotada, levando a uma diminuição das chances de se auferir a vantagem esperada.

Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, alude a hipóteses de perda da chance clássicas e hipóteses atípicas, nos seguintes termos:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, participar de um concurso, e outras situações que tiram da vítima a oportunidade de um ganho ou vantagem. Essas são típicas hipóteses da chamada *perda da chance clássica*, nas quais a conduta do agente faz a vítima perder a chance. Há certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato.

Outras situações, entretanto, que poderíamos chamá-las de *atípicas*, tornam a reparação pela perda da chance bem mais problemática. É o que ocorre no caso de *conduta omissiva*, em que, já estando em curso o

²⁸⁴FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, n. 4, p. 123, jan./mar. 2017.

processo causal que conduziu ao evento (dano final), o omitente deixa de interrompê-lo quando tinha esse dever jurídico. No caso do médico, por exemplo, que deixa de atender tempestivamente ao cliente ou se equivoca quanto ao diagnóstico ou tratamento, e o paciente vem a falecer, o dano é causado diretamente pela doença e não pela omissão do médico ou pela falha do tratamento. Mas não se pode deixar de reconhecer, em certas situações concretas, que a omissão médica ou a falha de tratamento pode ter privado o paciente de uma chance de cura ou de sobrevivência.²⁸⁵

Mesmo nessas hipóteses em que o processo aleatório foi concluído, há quem entenda que a reparação das chances perdidas está vinculada a um conceito alargado de dano, sendo desnecessária alteração em relação ao padrão de causalidade. Para tais autores, como Georges Durry e Yves Chartier, todos os casos de perda de uma chance podem e devem ser resolvidos pela noção de dano e, em qualquer caso, a perda da chance ocorrerá quando constatado o “desaparecimento da probabilidade de um evento favorável”^{286 287}.

No âmbito do direito norte-americano, um dos defensores da concepção de perda da chance como dano específico indenizável é Joseph King Jr., que sustenta ser desprocurando qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade²⁸⁸.

Para Joseph King Jr., o ponto fundamental é que, tanto nos processos aleatórios concluídos como naqueles interrompidos, foi a conduta lesiva que forçou o magistrado a se confrontar com a “situação imponderável criada pelo conhecimento imperfeito”²⁸⁹. Ou seja, ela foi determinante para a impossibilidade de se saber precisamente qual seria o resultado do processo aleatório sem a conduta lesiva. Assim, em ambos os casos, a perda definitiva da

²⁸⁵In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 108.

²⁸⁶Segundo Rafael Peteffi da Silva: “Georges Durry e Yves Chartier elaboraram seus comentários em forma de resposta à corrente majoritária, afirmando que todos os casos de perda de uma chance podem e devem ser resolvidos pela noção de dano, sendo desnecessária qualquer modificação do padrão tradicional de causalidade. Assim, os referidos autores acreditam que a responsabilidade pela perda de uma chance ocorrerá sempre que for constatado o ‘desaparecimento da probabilidade de um evento favorável’”. (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 82-83).

²⁸⁷Vale salientar também o entendimento defendido por François Chabas e Mariane Saludem, no sentido de assimilar a ruptura entre hipóteses clássicas de aplicação da perda da chance e hipóteses envolvendo a seara médica, mas admitir, mesmo na seara médica, a configuração de situações em que a perda da chance constitui dano autônomo e específico (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 100-103).

²⁸⁸KING JR., Joseph. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 6, p. 1.353-1.397, May 1981; KING JR., Joseph. “Reduction of likelihood” reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. *The University of Memphis Law Review*, v. 28, n. 2, 1998.

²⁸⁹“It is crucial to remember that the defendant's alleged negligence is the reason courts are confronted with the imponderable situation created by imperfect knowledge existing after the tortious conduct.” (KING JR., Joseph. “Reduction of likelihood” reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine, cit., p. 531) Tradução livre: “É crucial lembrar que a alegada negligência do réu é a razão pela qual as cortes são confrontadas com a situação imponderável criada pelo conhecimento imperfeito após a conduta lesiva”.

vantagem esperada existiu, não sendo possível afirmar se a vítima escaparia do dano na ausência da conduta lesiva, seja no tocante à interrupção do processo aleatório ou ao permitir o desenvolvimento do processo sem uma possível interrupção, quando havia o dever de agir.

Tal entendimento no sentido de admitir a perda de uma chance sob o prisma do dano, como se abordará, parece ser agasalhado por julgados recentes do STJ.

De todo modo, cabe analisar as nuances do entendimento que coloca a perda da chance como uma questão afeta à causalidade, seja para todos os casos que envolvem a perda de uma chance, seja para os casos em que o processo aleatório se desenvolve até o final.

2.3.2. A perda da chance como uma questão de causalidade

Para alguns autores estrangeiros, a perda da chance sempre envolve um problema de causalidade, mesmo nas hipóteses usualmente associadas à perda da chance clássica.

Jacques Boré e John Makdisi, adeptos desse entendimento, defendem a utilização das chances perdidas como meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final consubstanciado na perda da vantagem esperada²⁹⁰.

Eles repudiam a concepção da chance perdida como uma modalidade de dano específico e autônomo, tendo como base a indissociabilidade deste com o dano final, isto é, a perda da vantagem esperada pela vítima. Afirmam que a necessidade de a vítima aguardar até o final do processo aleatório para então poder ajuizar ação indenizatória, ainda que a perda da chance já tenha sido constatada antes, macula a autonomia das chances perdidas.

A título de exemplo, se um médico não realiza um procedimento recomendável, retirando um percentual das chances de vida do paciente, mas este sobrevive, sem qualquer seqüela, não caberia indenização.

As ideias desses autores estão calcadas na causalidade parcial, no sentido de que, se o prejuízo final não está em relação causal totalmente provada com o ato do ofensor, pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo, consubstanciada na perda das

²⁹⁰SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 50.

chances, sendo a reparação quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Nas palavras de John Makdisi²⁹¹:

This Article proposes that the tort system dispense with the element of causation in fact and require instead *probable* causation in fact. Furthermore, when probable causation is proved, damages should be allocated in proportion to the probability of causation. Therefore, if the evidence shows an 80% chance that defendant's negligent act caused plaintiff's harm, probable causation would be proved and damages would be awarded for 80% of plaintiff's harm. Likewise, if the evidence indicates a 40% probability, damages would be awarded for 40% of plaintiff's harm. This proposal treats what has been considered heretofore an evidentiary concern as a factual concern. The factfinder traditionally has been asked to determine by the weight of the evidence whether causation exists; under this new rule it is asked to determine what the weight of the evidence is as to the existence of causation.²⁹²

Nessa linha, entendem que o padrão imposto pelo atual sistema de responsabilidade civil se valeria da regra do “tudo ou nada”, não havendo gradação causal. Ou o liame causal é totalmente provado, desencadeando a responsabilidade civil, ou não. Entretanto, nunca haveria absoluta certeza em relação ao nexos causal, sendo o convencimento firmado com base em elementos probatórios disponíveis, de modo que, mesmo segundo os padrões ortodoxos, o nexos causal seria determinado por meio de probabilidades²⁹³.

Portanto, se existe sessenta por cento (60%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano suportado pela vítima, o dano deveria ser quantificado em sessenta por cento (60%) do prejuízo total sofrido.

A necessidade de mitigação do nexos de causalidade, segundo o entendimento de alguns autores, fica bem evidente em casos envolvendo a aplicação da perda de uma chance na seara médica. Por exemplo, em casos de diagnóstico tardio, prescrição de tratamento inadequado ou falta de prescrição adequada, a conduta danosa do médico poderia

²⁹¹MAKDISI, John. Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability. *North Carolina Law Review*, v. 67, n. 5, p. 1.064-1.065, 1989.

²⁹²Tradução livre: “Esse artigo propõe que o sistema de responsabilização dispense o elemento causalidade de fato e requeira, ao invés disso, uma causalidade provável. Nesse sentido, quando a causalidade provável for provada, os danos devem ser concedidos em proporção à probabilidade de causalidade. Assim, se a prova mostrar 80% de chance de que um ato negligente do réu causou um dano ao autor, a causalidade provável estaria provada e danos seriam fixados em 80% do dano do autor. Da mesma forma, se a prova indicar 40% de probabilidade, os danos seriam fixados em 40% do dano do autor. Essa proposta trata o que tem sido considerado, até agora, uma preocupação probatória como uma preocupação factual. O intérprete tradicionalmente é instado a determinar, pelo peso da prova, se a causalidade existe; sob esta nova regra, é solicitado que determine qual é o peso da prova quanto à existência de causalidade.”

²⁹³SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 58.

interromper o processo de desenvolvimento da doença e evitar o dano final, consubstanciado no falecimento do paciente ou acometimento por alguma enfermidade permanente.

A ação ou omissão médica não constitui propriamente a causa da doença ou da morte do paciente, mas faz com que ele perca a chance de que a doença pudesse vir a ser curada. Nessas hipóteses, portanto, não se poderia falar em dano específico e autônomo, estando o problema ligado à relação de causalidade entre a ação ou omissão médica e o dano final.

Jean Penneau, há muito, diferenciava a aplicação da teoria da perda de uma chance nas hipóteses clássicas e a perda da chance de sobrevivência, ressaltando que no último caso se relacionaria com uma questão de causalidade²⁹⁴. Vejamos algumas considerações mais recentes de tal autor que bem sintetizam a diferenciação²⁹⁵:

Dans la perspective classique de la perte de chances, une faute est en relation de causalité certaine avec l'interruption d'un processus dont on ne saura jamais s'il aurait été générateur d'éléments positifs ou négatifs: en raison de cette faute, l'étudiant n'a pas pu se présenter à l'examen, le cheval n'a pas pu prendre part à la course. Il faut alors apprécier les chances qu'avait l'étudiant de réussir l'examen ou le cheval de gagner la course. C'est donc bien, ici, l'appréciation du préjudice qui est directement en cause. La perte de chances de guérison ou de survie se place dans une toute autre perspective: ici, le malade est mort ou il est invalide; le processus est allé jusqu'à son stade ultime et on connaît le préjudice final. La seule inconnue est, en réalité, la relation de causalité entre ce préjudice et la faute du praticien: on ne sait pas avec certitude quelle est la cause du préjudice: cette faute ou l'évolution (ou la complication) naturelle de la maladie.²⁹⁶

Ocorre que a aplicação sistemática da perda de uma chance na seara médica ensejou preocupação de grande parte da doutrina francesa, justamente por se tratar de hipótese relacionada com uma incerteza de causalidade.

René Savatier e Jean Penneau, por exemplo, destacaram o perigo sistemático das chances perdidas avaliadas após o integral desenrolar do processo aleatório. Pontuaram que, como a certeza absoluta em relação ao nexo de causalidade é muito rara, com essa aplicação

²⁹⁴In: PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977. p. 115-120.

²⁹⁵PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 42, n. 2, avr./juin. 1990. Etudes de droit contemporain, p. 537.

²⁹⁶Tradução livre: “Na perspectiva clássica da perda de chances, uma falta está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual não se saberá jamais se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão dessa falta, o estudante não pôde se apresentar ao exame, o cavalo não pôde participar da corrida. É preciso, então, apreciar as chances que o aluno tinha de passar no exame ou as do cavalo de vencer a corrida. Aqui está, portanto, a apreciação do dano que está diretamente em questão. A perda de chances de cura ou sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente faleceu ou está inválido; o processo atingiu seu estágio último e o dano final é conhecido. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse dano e a falta do praticante: não se sabe com certeza qual é causa do dano: esta falta ou a evolução (ou complicação) natural da doença.”

sistemática, os juízes poderiam deixar de perquirir quem realmente causou o dano e passar a aplicar condenações parciais, perquirindo somente a porcentagem de chances que o agente retirou da vítima²⁹⁷. Assim, a regra do “tudo ou nada” deixaria de ser aplicada e a reparação parcial se proliferaria, sendo utilizada para espantar as próprias incertezas dos magistrados.

Por tal motivo, René Savatier declarava que a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o “paraíso do juiz indeciso”²⁹⁸. A lógica pode ser bem compreendida a partir do excerto abaixo transcrito²⁹⁹:

Je crois que pareille construction, si elle était définitive, devrait logiquement s'étendre, en dehors même de la médecine, à toute action en responsabilité où le juge hésite, quant à la causalité de la faute relativement au dommage. Mais je la pense incompatible avec les règles générales de la loi française sur la responsabilité et sur la preuve. La mission du juge est de juger, et non de doser ses hésitations. Si son intime conviction est faite en faveur des preuves exigées du demandeur, il doit lui donner entièrement raison. Mais si la preuve de la causalité du dommage reste à ses yeux incertaine, son doute doit avoir pour effet le rejet de la demande. C'est une règle de sécurité ! Comment, dans le doute qui l'assiège, pourrait-il d'ailleurs évaluer sérieusement de prétendues chances de causalité?³⁰⁰

Alice Minet, que procedeu a uma análise da teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito Administrativo francês, também associa a aplicação da teoria da perda de uma chance a um problema de incerteza causal, sem distinção quanto aos casos de responsabilidade na seara médica³⁰¹. Para ela, a perda da chance constitui sempre um remédio para a incerteza causal, autorizando o engajamento da responsabilidade apesar da

²⁹⁷SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 246.

²⁹⁸*Id. Ibid.*, p. 246.

²⁹⁹SAVATIER, René. La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé). *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 28, n. 3, p. 502, juil./sept. 1976.

³⁰⁰Tradução livre: “Acredito que tal construção, se fosse definitiva, deveria logicamente estender-se, mesmo fora da medicina, a toda ação de responsabilidade em que o juiz esteja hesitante quanto à causalidade da falta em relação ao dano. Mas penso que é incompatível com as regras gerais da lei francesa sobre a responsabilidade e sobre a prova. A missão do juiz é julgar, não medir suas hesitações. Se sua íntima convicção está a favor das provas exigidas do demandante, ele deve dar-lhe toda a razão. Mas se a prova da causalidade do dano permanece, aos seus olhos, incerta, sua dúvida deve ter por efeito a recusa do pedido. É uma regra de segurança! De que modo, na dúvida que o atormenta, ele poderia, inclusive, avaliar seriamente as supostas chances de causalidade?”

³⁰¹“Toutes les espèces dans lesquelles la perte de chance est utilisée posent un problème unique relatif à la causalité entre la perte de l'avantage escompté et le fait générateur. C'est sur cette dernière condition que l'aléa affectant la situation initiale de l'administré se réfléchit.” (MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 170). Tradução livre: “Todas as espécies nas quais a perda de chance é utilizada trazem uma dificuldade única relativa à causalidade entre a perda do benefício esperado e o fato gerador. É nesta última condição que a alea que afeta a situação inicial do administrado está refletida.”

impossibilidade da vítima demonstrar a existência de um nexo de causalidade entre o fato lesivo (no caso, da Administração) e os danos alegados³⁰².

A elasticidade da teoria se manifestaria precisamente no momento da quantificação da indenização. Nesse particular, entende que a resposta a ser dada pelo juiz em termos de indenização pode variar conforme a natureza da álea que afeta a situação da vítima e, nesse sentido, o juiz poderia se valer de uma presunção causal para conceder a indenização, aplicando então a lógica do “tudo ou nada”, ou poderia optar por uma indenização proporcional, representando uma fração da vantagem final almejada, conforme a extensão das chances perdidas. Nesse último caso, a perda da chance seria erigida a um dano reparável, havendo uma substituição do elemento dano³⁰³.

Na França, é majoritária a doutrina que propõe a ruptura entre a chamada perda de uma chance em hipóteses clássicas daquela aplicada à seara médica, sob a premissa de que no segundo caso seria necessária uma noção alternativa de causalidade³⁰⁴. A despeito disso, segundo Rafael Peteffi da Silva, a jurisprudência francesa continua a admitir a responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica sem necessariamente tecer maiores esclarecimentos sobre sua natureza jurídica³⁰⁵.

No Brasil, não há abundante doutrina que aborde especificamente a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica e em outras hipóteses em que o processo aleatório atinge seu estágio último.

Sérgio Cavalieri Filho é um dos autores que, após apresentar as nuances das hipóteses clássicas da perda de uma chance, adentra a aplicação da teoria na seara médica, trazendo à tona a problemática do nexo causal:

Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a

³⁰²“Participant au progrès de la technique juridique, la perte de chance constitue en effet un remède à l’incertitude causale. Elle autorise le juge administratif à engager la responsabilité de la puissance publique en dépit de l’impossibilité pour la victime de démontrer l’existence certaine d’un lien de causalité entre le fait de l’administration et son dommage.” (MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 600). Tradução livre: “Contribuindo para o progresso da técnica jurídica, a perda da chance constitui, na verdade, um remédio para a incerteza causal. Ela autoriza o juiz administrativo a engajar a responsabilidade do poder público a despeito da impossibilidade da vítima demonstrar a existência certa de um nexo de causalidade entre o fato da administração e seu dano.”

³⁰³MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 601-602.

³⁰⁴SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 83 et seq.

³⁰⁵*Id. Ibid.*, p. 156.

continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência.

Em última instância, o problema gira em torno do nexos causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas em dano causado diretamente pelo médico.³⁰⁶

Entende-se, entretanto, inexistir embasamento normativo para que se aplique a causalidade parcial no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive à luz das ponderações sobre as teorias referentes ao nexos causal admitidas pela doutrina e pela jurisprudência pátrias³⁰⁷.

A despeito disso, acolhe-se o entendimento de que, mesmo na seara médica ou em outras situações em que o processo aleatório se desenvolveu até seu estágio último, pode-se admitir a indenização pelo dano consubstanciado na perda da chance, por exemplo, perda da chance de cura caso houvesse um diagnóstico mais precoce. Ou seja, é possível uma diferenciação entre o dano final e dano consubstanciado na perda de uma chance.

Inclusive, há de se frisar que a necessidade de se aguardar a perda definitiva da vantagem se mostra relevante para conferir certeza ao dano consubstanciado na perda de uma chance, sem que isso prejudique a possibilidade de reparação deste último.

Traçadas essas noções, cabe apresentar algumas sistematizações da doutrina pátria sobre a matéria, especialmente à luz dessa divergência em relação aos casos de interrupção de processo aleatório que pode propiciar dada vantagem e os casos em que o processo chega a seu estágio último e já se sabe o resultado final.

2.3.3. As sistematizações de Rafael Peteffi da Silva e Fernando Noronha

Por serem alguns dos autores que se debruçaram de forma mais detalhada sobre a matéria, reputa-se conveniente trazer à baila as sistematizações de Rafael Peteffi da Silva e do lusitano, radicado no Brasil, Fernando Noronha. Essas sistematizações perpassam a

³⁰⁶In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, cit.*, p. 114-115.

³⁰⁷A esse respeito, vide item 1.4.4.

discussão sobre a natureza jurídica da perda de uma chance como dano específico ou questão afeta à causalidade, sendo relevantes dentro da divergência mencionada anteriormente.

Rafael Peteffi da Silva defende a sistematização das hipóteses de perda de uma chance em dois grandes grupos, sendo o primeiro grupo caracterizado pelos casos em que o processo aleatório é totalmente interrompido pela conduta lesiva e o segundo grupo pelos casos em que a conduta não interrompe o processo aleatório, ensejando a diminuição das chances de auferir a vantagem esperada.

Prossegue afirmando que o primeiro grupo diz respeito às hipóteses clássicas da perda da chance, em que ela se caracteriza como um dano específico e autônomo, trabalhado a partir da estatística, ao passo que, no segundo grupo, a estatística seria usada para medir em que grau a conduta do réu contribuiu para a causação do dano final, defendendo a aplicação da causalidade parcial nesses casos³⁰⁸:

[...] as hipóteses de responsabilidade pela perda de uma chance deveriam ser sistematizadas em dois grandes grupos. O primeiro seria caracterizado pelos casos nos quais o processo aleatório em que se encontrava a vítima é totalmente interrompido pela conduta do réu, antes de chegar ao seu final, aniquilando com todas as chances daquela. Esses casos apresentariam as chances perdidas pela vítima como uma especificidade do conceito de dano, garantida pela ciência Estatística. Já no segundo grupo, a conduta do réu não interrompe o processo aleatório em que se encontrava a vítima, fazendo com que haja apenas uma diminuição das chances de auferir a vantagem esperada. Nesses casos, o processo aleatório foi até o seu momento derradeiro e a ciência Estatística utilizada apenas para medir em que grau a conduta do réu contribuiu para a causação do dano final, fazendo com que as chances perdidas não passem de causas parciais para a perda da vantagem esperada pela vítima. Desse modo, afirma-se que a primeira hipótese de aplicação da teoria da perda de uma chance utiliza um conceito específico de dano, enquanto a segunda hipótese lança mão da causalidade parcial.

Rafael Peteffi da Silva sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro não apresentaria entraves a uma noção alargada de dano³⁰⁹, em consonância com a hipótese clássica de perda da chance. Com relação à aplicação da perda da chance nos casos em que o processo aleatório chega ao seu estágio último, entende que a negação absoluta poderia

³⁰⁸In: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 256.

³⁰⁹Segundo ele: “[...] o ordenamento jurídico brasileiro não apresenta entraves legislativos para a adoção da teoria da perda de uma chance, nos casos em que o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi interrompido antes do final, com a aniquilação da totalidade das chances da vítima. Com efeito, apenas se estaria adotando uma interpretação alargada do conceito de dano, por inferir que o princípio solidarista, que deve governar o sistema de responsabilidade civil atual, está plenamente concretizado na aplicação da teoria da perda de uma chance, auxiliando na já referida inversão do eixo da responsabilidade civil, polarizado para a reparação do dano. (*Id. Ibid.*, p. 258-259).

gerar injustiças, mas a aplicação deve ser cautelosa e constituir opção subsidiária do intérprete, após esgotadas as possibilidades de utilização ortodoxa do nexos causal.

Isso porque, embora entenda injusta a negação absoluta da teoria da perda de uma chance em casos em que o processo aleatório chegou ao ponto derradeiro, inclusive à luz do novo paradigma solidarista que vige em matéria de responsabilidade civil, teme o uso indiscriminado da causalidade parcial, na linha da crítica já deduzida por René Savatier.

Fernando Noronha propõe divisão um pouco diversa em relação à perda de uma chance³¹⁰. De acordo com o entendimento de tal autor, a teoria da perda de uma chance poderia ser dividida em duas modalidades básicas: “perda da chance de obter uma vantagem futura” e “perda da chance de evitar um dano que aconteceu”, sendo a segunda dividida na “perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação”. Portanto, no total, seriam três modalidades de aplicação da teoria da perda de uma chance³¹¹.

A modalidade de “perda da chance de obter uma vantagem futura” estaria vinculada ao que a doutrina francesa chama de perda de uma chance clássica. Dentro dela, poder-se-ia cogitar a perda da chance de realizar um benefício almejado e a perda da chance de evitar um prejuízo futuro. Em qualquer caso, a frustração da chance de obter a vantagem prevista surge porque o fato antijurídico interrompe um processo em curso, em circunstâncias em que não é possível afirmar se, sem a interrupção, o resultado almejado necessariamente aconteceria ou o prejuízo seria evitado, sendo necessário demonstrar a probabilidade de que tais eventos viessem a ocorrer, como também que eles são consequência adequada do fato antijurídico.

De outro lado, nas modalidades da “perda da chance de evitar um dano que aconteceu”, os elementos que se projetam para o futuro se referem ao grau de probabilidade de evitar um prejuízo que efetivamente atingiu o indivíduo.

Na primeira submodalidade (“perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo”), um responsável podia e devia ter evitado a ocorrência do dano, caso tivesse praticado um fato diverso daquele que lhe é imputado. A questão é saber se o responsável poderia ter interrompido o processo danoso em curso.

³¹⁰NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, *cit.*, p. 28-46.

³¹¹Fernando Noronha afirma que poderia até se considerar quatro modalidades em vista de outra subdivisão da “perda da chance de obter uma vantagem futura”.

A segunda submodalidade (“perda de uma chance por falta de informação”) diz respeito à frustração da oportunidade de tomar uma decisão esclarecida, devido à quebra de um dever de informar, que recaía sobre outra pessoa.

Dentro dessa conceituação, Fernando Noronha parece concordar com as distinções feitas pela doutrina majoritária francesa e por Rafael Peteffi da Silva³¹², sendo que, dentro da modalidade de “perda da chance de evitar um dano”, cita não somente os casos de responsabilidade médica, como também outros exemplos em que o processo aleatório seguiu até o final, como é o caso do sistema de alarme defeituoso que afeta a chance de se evitar um furto.

A divergência com o entendimento de Rafael Peteffi da Silva e a doutrina majoritária francesa reside na natureza jurídica dos casos de perda de chance em que o processo aleatório chega até o seu estágio último (“perda da chance de evitar um dano que aconteceu”).

Para Fernando Noronha, as chances perdidas devem ser consideradas, em qualquer modalidade da teoria da perda de uma chance, como danos autônomos e distintos dos benefícios almejados:

[...] a perda de chance, qualquer que seja a modalidade em que se apresente, traduz-se sempre num dano específico, o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados, mas tal dano há de ser sempre conseqüência adequada do fato antijurídico que estiver em questão.³¹³

Precisamente no que tange aos casos de perda de uma chance na seara médica e outros possíveis casos que possam ser incluídos na modalidade da “perda da chance de evitar um dano que aconteceu”, Fernando Noronha entende que a solução do “tudo ou nada” não seria a melhor, mas, por outro lado, não entende necessária a utilização da causalidade parcial, valendo-se da causalidade concorrente ou alternativa:

Nestes casos, mesmo que não se saiba qual foi a causa do dano, ele só pode ter acontecido em uma de duas situações: ou foi devido simultaneamente ao ato terapêutico inadequado e à evolução endógena da doença, ou resultou somente de um destes fatores, sem se saber qual. No primeiro caso teremos uma situação típica de causalidade concorrente, no segundo uma de causalidade alternativa.³¹⁴

³¹²SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 108.

³¹³NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perda de chances*, *cit.*, p. 32.

³¹⁴*Id.* *Ibid.*, p. 41.

Tanto no caso de causalidade concorrente como no de causalidade alternativa, acredita que contra o réu milita uma presunção de existência de causalidade, pois este praticou um fato capaz de causar o dano e sobre ele deve então recair o ônus de provar que não houve adequação entre tal fato e o dano. Todavia, mesmo admitindo essa presunção de causalidade, Fernando Noronha não entende que o réu deva reparar a integralidade do dano final, devendo ser aplicada a lógica do dano estabelecida na perda da chance clássica:

Resolvida a questão do nexo causal, é preciso ver a questão do dano. E a solução desta terá de acompanhar a que vale para a perda de chance relativa a vantagens futuras (perda de chance clássica). Também aqui o dano só pode consistir na perda da própria chance que o lesado tinha, anteriormente ao fato antijurídico, perda esta que é um prejuízo distinto do benefício que era esperado. E também aqui o responsável vai ser obrigado a reparar uma fração do dano total, igual ao grau de probabilidade em que o seu fato contribuiu para o dano. Assim, se a falha médica subtraiu dois terços das chances de vida da vítima, a reparação deve guardar a mesma proporção em relação ao dano final verificado.³¹⁵

Como se adiantou brevemente e será melhor abordado adiante, o STJ, nos julgados existentes sobre o tema, apresenta tendência de se fiar à concepção da perda de uma chance como espécie de dano, mesmo no caso de responsabilidade civil na seara médica, repudiando a adoção de uma noção não ortodoxa de nexo causal.

De todo modo, considerando as posições doutrinárias aludidas e, ademais, que são relativamente recentes os debates jurisprudenciais sobre o tema, é relevante que se tenha ciência dos contornos gerais das correntes existentes.

2.3.4. A perda da chance como técnica decisória

Por fim, Daniel Amaral Carnaúba defende um posicionamento singular e classifica a reparação das chances perdidas como uma técnica decisória.

Para chegar a essa classificação, o autor explica que a função da responsabilidade civil seria recolocar a vítima na situação em que se encontraria em caso de não ocorrência do ato danoso³¹⁶. Portanto, para examinar a certeza do prejuízo e a verificação do nexo de causalidade, o magistrado deve empreender uma operação intelectual de especulação em

³¹⁵NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances, *cit.*, p. 43.

³¹⁶In: CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, *cit.*, p. 47.

relação ao que teria ocorrido sem o fato imputável ao réu, uma reconstrução hipotética da realidade (raciocínio contrafactual)³¹⁷.

No entanto, aplicado no caso de perda de chance, o critério induziria subversão dos próprios objetivos, diante da incerteza contrafactual inerente às hipóteses que envolvem interesses aleatórios.

Em seu entendimento, a incerteza contrafactual atinge em um só golpe duas condições da responsabilidade civil, impedindo a constatação de prejuízo certo e se opondo à ideia de causalidade jurídica³¹⁸.

Assim, seria impossível proceder com a supramencionada operação intelectual na hipótese dos interesses aleatórios, justamente em razão da incerteza contrafactual que lhe é inerente. A responsabilidade civil, em princípio, ficaria impotente perante tal tipo de lesão.

Nessa senda, Daniel Amaral Carnaúba conclui que o dilema da perda da chance concerne, na verdade, às deficiências da norma reparadora³¹⁹:

O dilema da perda de uma chance não concerne verdadeiramente à ausência de condições para a reparação, mas sim às deficiências da norma reparadora. Fundada na ideia de recolocar a vítima na situação em que ela se encontraria, a regra se mostra inaplicável às lesões sobre interesses aleatórios. É o acaso que perturba o Direito, tornando-o incompatível com os limites do conhecimento.

Em vista da deficiência da norma, a reparação das chances seria uma técnica para superar o problema de lesão a interesses aleatórios, por meio da qual haveria um deslocamento da reparação da vantagem aleatória pretendida pela vítima, que estaria envolta em incerteza, para a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem. Nas palavras de Daniel Amaral Carnaúba³²⁰:

Trata-se, como já afirmamos, de uma técnica de deslocamento da reparação: em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto e que não tem ligação causal com o ato do réu -, os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem. Note-se que não se trata de mero reconhecimento de uma nova espécie de prejuízo. Há na realidade verdadeira substituição de um prejuízo por outro.

[...]

³¹⁷CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 67-68.

³¹⁸*Id. Ibid.*, p. 68.

³¹⁹*Id. Ibid.*, p. 69.

³²⁰*Id. Ibid.*, p. 103.

O artifício permite que os juízes superem o problema da incerteza contrafactual, concedendo proteção jurídica aos interesses aleatórios da vítima. A chance é um elemento que desapareceu em razão do ato imputável ao réu, e, assim, essa perda pode fundamentar um pedido de reparação. O deslocamento da reparação contorna o acaso e identifica uma certeza em meio ao litígio, restituindo a norma da responsabilidade ao seu campo de aplicação.

O método assimila a álea à regra de reparação, de modo que a incerteza deixa de representar um entrave à responsabilização civil e passa a refletir no momento da quantificação da indenização³²¹.

Dentro dessa conjuntura, Daniel Amaral Carnáuba adverte que, para evitar a arbitrariedade dos magistrados, a reparação de chances deve desempenhar um papel de técnica subsidiária, a qual só deve ser aplicada diante da impossibilidade da aplicação de presunções. Ademais, ressalta que se a chance não for séria e real deve ser ignorada pelo juiz e, por fim, consigna que a reparação de chances não pode ser utilizada para contornar incertezas que em nada se relacionam com os interesses da vítima ou incertezas que se reportam à vontade da própria vítima, o que é comum em casos de dever de informação³²².

2.4. Condição de aplicação da teoria da perda de uma chance: chances sérias e reais

Em se tratando a chance de um conceito abstrato, a reparação da chance perdida poderia dar azo a pretensões aventureiras, insignificantes ou oportunistas.

Assim, para que se cogite a reparação em função da chance perdida, é necessário que ela represente muito mais do que uma mera esperança subjetiva, bem como que tenha importância particular, inclusive merecendo tutela pelo Direito.

Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar do tema, repudia a reparação a danos hipotéticos e, citando Yves Chartier, ressalta que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.”³²³

³²¹CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 192.

³²²*Id. Ibid.*, p. 192.

³²³In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 58.

Flávio da Costa Higa ressalta que um dos comezinhos pressupostos para que o prejuízo seja reparável é a certeza e, por outro lado, a chance exprime, etimologicamente, a imprevisibilidade ou a incerteza de um evento. Assim, a situação seria, a princípio, paradoxal, tendo tal contradição deixado de existir a partir do momento em que se mudou o enfoque no futuro incerto – o resultado final cuja fruição restou expurgada –, para abranger o passado certo, em que havia um interesse jurídico legítimo e merecedor de tutela, consubstanciado na chance.³²⁴

Arremata afirmando que a característica essencial da perda da chance seria a certeza da probabilidade. Ou seja, “[...] é certa a existência da própria chance, entidade tutelada juridicamente e passível de valoração econômica, mas é incerto se ela iria ou não se concretizar. Por isso, a indenização corresponde à chance (certa) e não ao resultado buscado (incerto).”³²⁵

Em vista da preocupação no sentido de não se acolher danos hipotéticos, os juízes franceses formularam requisito no sentido de que, para ser reparável, a chance perdida deve ser *séria e real*³²⁶. Tal critério continua a ser o mais utilizado pelos tribunais franceses para diferenciar danos prováveis, que comportam indenização, daqueles danos eventuais e hipotéticos, que não dão azo à reparação³²⁷.

Tal requisito recebeu aprovação da doutrina francesa³²⁸ e foi também acolhido pelos tribunais brasileiros, como se demonstrará adiante, bem como pela doutrina brasileira. Sérgio Cavaliere Filho, a título ilustrativo, defende referido requisito, fazendo ainda menção à aplicação do princípio da razoabilidade: “É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade.”³²⁹

Ao abordar tal requisito, o português Nuno Santos Rocha explica que a primeira questão a ser verificada diz respeito à realidade das chances, o que está ligado à própria existência destas. As “chances” perdidas devem ser aquelas aptas a evitar o prejuízo final, registrando ainda que, sem que esse último dano ocorra, elas não podem ser consideradas

³²⁴In: HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*, cit., p. 64-65.

³²⁵In: *Id. Ibid.*, p. 66.

³²⁶Segundo Rafael Peteffi da Silva, os tribunais de *common law* igualmente exigem a demonstração de seriedade das chances perdidas para evitar pretensões levianas (In: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 138).

³²⁷*Id. Ibid.*, p. 138.

³²⁸CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 125.

³²⁹In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 108.

perdidas, sob pena de se caracterizar uma situação de criação de riscos. De outro lado, o dano tem que ser definitivo, resultando na impossibilidade de a chance voltar a existir.³³⁰

Em seguida, caberia averiguar se as “chances” perdidas gozavam de um grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido, de modo que possam ser consideradas relevantes para fins de ressarcimento.³³¹

Para avaliar se a chance posta em discussão é séria e real, a jurisprudência francesa considera elementos relacionados às probabilidades envolvidas no caso, bem como à prova do interesse real e concreto do beneficiário. Destarte, a chance diminuta e pouco factível não autoriza a reparação da chance perdida, assim como a chance não efetivamente estimada pela vítima, sendo que, no que diz respeito ao interesse da vítima, a prova pode ser extraída dos esforços empregados para a obtenção da vantagem aleatória³³².

Nesse sentido, os tribunais franceses adotam postura rígida em ações nas quais o demandante busca a reparação pela perda da chance de exercer uma profissão, tendo de demonstrar o engajamento em atividades específicas para a consecução do objetivo. Pode-se citar, a respeito, julgado da Corte de Cassação francesa, datado 12 de maio de 1966, por meio do qual a Corte negou pleito de indenização de uma jovem que afirmava ter perdido a chance de se tornar farmacêutica, sob o entendimento de que a demandante não apresentou provas de que teria empreendido estudo especial para ingressar na aludida profissão e, bem assim, as vantagens da carreira eram puramente hipotéticas³³³.

De modo mais genérico, Rafael Peteffi da Silva sustenta haver uma maior rigidez pelos tribunais franceses em relação à apreciação de danos futuros:

A jurisprudência francesa costuma analisar com maior rigor a seriedade das chances perdidas quando estas representam danos futuros. Nesse sentido, quando os efeitos da chance perdida vêm a se materializar em momento posterior à decisão do magistrado, o caráter de certeza do prejuízo encontra maiores dificuldades de ser provado.³³⁴

Em relação às probabilidades, a jurisprudência francesa não se vale de nenhum percentual preestabelecido, sendo a análise feita de forma concreta. As chances pouco factíveis não são consideradas passíveis de proteção de jurídica, ao passo que, demonstrada

³³⁰In: ROCHA, Nuno Santos. *A «perda da chance» como uma nova espécie de dano*, cit., p. 58-59.

³³¹*Id. Ibid.*, p. 59.

³³²CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 126.

³³³*Id. Ibid.*, p. 127.

³³⁴SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 140.

a alta probabilidade de obtenção de dado resultado, é difícil que não se reconheça uma chance séria e real em benefício da vítima³³⁵.

O sistema norte-americano, especialmente em casos de responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, aplica geralmente o padrão de causalidade “*more likely than not*”, por meio do qual se entende configurado o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada) se o procedimento médico retirar 51% das chances de um paciente sobreviver, hipótese em que inaplicável a utilização da teoria da perda de uma chance. Só seriam então analisadas sob o prisma da teoria da perda de uma chance, as ações em que o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir a vantagem esperada³³⁶.

Por outro lado, a jurisprudência italiana, em consonância com premissas fixadas pela doutrina, passou a exigir, na maioria dos casos, uma probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) como prova de certeza do dano para fins de admissão da reparação pela perda de uma chance³³⁷.

Sérgio Savi, que realizou minuciosa análise da literatura italiana sobre a matéria, defende a aplicação desse percentual preestabelecido ao sistema brasileiro, como forma de parametrizar a chance séria e real³³⁸:

Somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. Assim, feita a prova de que a vítima tinha mais de 50% (cinquenta por cento) de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado estará o *an debeatur*, faltando, somente, quantificar esse dano (*quantum debeatur*).

No Brasil, contudo, não se acolhe nenhuma limitação baseada em percentuais específico, conforme o já citado Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

³³⁵CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 126.

³³⁶SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 141.

³³⁷SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 33.

³³⁸*Id. Ibid.*, p. 102-103.

O enunciado traz de forma expressa o requisito em relação à chance se mostrar séria e real para que se cogite a concessão de indenização, consignando, ainda, que a aplicação da teoria não está adstrita a percentuais apriorísticos.

Como se abordará, na aplicação da teoria da perda de uma chance, a jurisprudência pátria, de modo geral, tem ressaltado a importância da averiguação quanto à chance perdida se mostrar séria e real, embora ainda haja espaço para o aperfeiçoamento da matéria.

2.5. A quantificação da indenização pela perda de uma chance

A regra fundamental de arbitramento de indenização pela perda de chance prescreve que a reparação da chance perdida deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada pela vítima. Tal regra deve ser obedecida mesmo nas hipóteses de dano moral³³⁹.

Afinal, a chance deve ser medida pelo que representa, isto é, pela factível e racional probabilidade de obtenção da vantagem final. Assim, deve ser realizado cálculo matemático que reflita, com critérios idôneos, as expectativas decorrentes da chance.

Para a realização do cálculo, orienta-se que seja aplicada a porcentagem correspondente à probabilidade de obtenção do resultado favorável sobre o montante que exprime a vantagem que se buscava auferir ou a perda que se buscava evitar.

Vejamos as explicações de Daniel Amaral Carnaúba:

Esse cálculo há de ser feito em duas etapas. Num primeiro momento, determina-se qual seria o ganho auferido ou a perda evitada, se a vítima tivesse obtido o resultado aleatório esperado. Depois, esse valor será multiplicado pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em função do ato imputável ao réu. O resultado dessa conta será o montante a ser indenizado em razão da perda da chance. E esse valor, frise-se, é necessariamente inferior ao valor da vantagem final esperada.³⁴⁰

No mesmo sentido, orienta Sérgio Savi:

O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano indenizável. Assim, a chance de lucro terá

³³⁹SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 143; CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 181.

³⁴⁰CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 180.

sempre um *valor menor* que a vitória futura, o que refletirá no momento da indenização.³⁴¹

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

Flávio da Costa Higa apresenta equação que, a princípio, deveria guiar essa operação. Deve-se formular um juízo de qual seria o resultado final obtido e, em seguida, o resultado deve ser minorado conforme a probabilidade dele se concretizar. A equação seria “**PC = RF x P**”, na qual “**PC**” significa o valor da **Perda da Chance**, “**RF**” o **Resultado Final** esperado e “**P**” a **Probabilidade** de concretização do resultado final, que servirá como coeficiente de redução³⁴².

A título ilustrativo, traz-se à tona exemplo trazido por Carlos Roberto Gonçalves acerca da quantificação de indenização em hipótese de aplicação da perda da chance diante de negligência do advogado:

Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a chance de obter o resultado útil esperado era, por exemplo, de 70%, fará incidir esta porcentagem sobre tal resultado. Assim, a indenização pela perda da chance será fixada em 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera devido à negligência do advogado.³⁴³

A lógica que preconiza que o valor da chance perdida deve ser sempre inferior à vantagem esperada se sustenta pela impossibilidade de se reparar o dano final, dadas as particularidades da teoria da perda de uma chance. A lógica está presente em inúmeros precedentes da Corte de Cassação francesa³⁴⁴ e, conforme se demonstrará, tem aparecido em muitos precedentes de tribunais brasileiros que abordam a perda da chance.

A jurisprudência norte-americana parece seguir a mesma metodologia. No caso *Falcon v. Memorial Hospital*, em que a Suprema Corte de Michigan apreciou o caso de uma

³⁴¹In: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 103.

³⁴²In: HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*, cit., p. 138.

³⁴³In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4, p. 286-287.

³⁴⁴REPUBLIQUE FRANCAISE. Cour de cassation. Chambre civile 2. Audience publique du jeudi 8 février 2018. *N° de pourvoi: 17-11744*; REPUBLIQUE FRANCAISE. Cour de cassation. Chambre civile 1. Audience publique du mercredi 15 juin 2016. *N° de pourvoi: 14-19927*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

gestante que faleceu logo após o parto, em decorrência de uma embolia, os peritos consignaram que 37,5% (trinta e sete e meio por cento) das pessoas que sofrem o mesmo problema sobrevivem se recebem o correto tratamento médico. Na hipótese, entendeu-se que a falta de uma terapêutica correta por parte do médico retirou as chances de vida da Sra. Falcon. Desse modo, a indenização concedida representou trinta e sete e meio por cento (37,5%) do valor que seria concedido se o médico fosse considerado responsável pela morte da vítima³⁴⁵.

Como a chance pode ter características patrimoniais e extrapatrimoniais, cumpre ressaltar expressamente que a observância à forma de quantificação não deve ser abandonada em hipóteses de indenização por dano moral. Nos dizeres de Glenda Gonçalves Gondim:

A chance possui características patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo que para a reparação desta última categoria de dano são utilizados os padrões adotados para o dano tradicional, com a ressalva de que será reparada apenas a dor decorrente da chance perdida e não a integralidade do prejuízo sofrido ou da vantagem que se esperava, eis que a obrigação é de “reconstituição do lesado na situação que existiria se não se tivesse verificado o evento” e nada mais.³⁴⁶

Nesses casos, a quantificação pode ser dificultada pela falta de padrões e diretrizes claras a respeito da própria indenização correspondente à vantagem esperada ou perda que se buscava evitar. De todo modo, é importante que o juiz apresente, na fundamentação de sua decisão, as etapas de arbitramento de indenização pela perda da chance, até mesmo para possibilitar o controle dos critérios.

³⁴⁵Confira-se trecho do acórdão: “We are persuaded that loss of a 37.5 percent opportunity of living constitutes a loss of a substantial opportunity of avoiding physical harm. We need not now decide what lesser percentage would constitute a substantial loss of opportunity.

In the instant case, while Nena Falcon's cause of action accrued before her death, she did not suffer conscious pain and suffering from the failure to implement the omitted procedures between the moment that the medical accident occurred and the time of her death a few minutes later she was sedated throughout the entire time period. In this case, 37.5 percent times the damages recoverable for wrongful death would be an appropriate measure of damages.” (MICHIGAN (State). Supreme Court. *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W.2d 44 (Mich. 1990). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/>).

Tradução livre: “Estamos convencidos de que uma perda de 37,5% de oportunidade de viver configura a perda de uma substancial oportunidade de evitar um dano físico. Nós não precisamos decidir agora se uma porcentagem menor constituiria uma perda substancial de oportunidade.

No caso em questão, como a situação que deu ensejo à ação referente à Nena Falcon se operou antes de sua morte, ela não sofreu dor e sofrimento conscientes da falta de implementação dos procedimentos omitidos entre o momento em que o acidente médico ocorreu e o momento de sua morte poucos minutos depois, pois ela ficou sedada durante todo o período. Neste caso, 37,5% dos danos indenizáveis por homicídio culposo seria uma medida apropriada de danos.”

³⁴⁶In: GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil da perda de uma chance*. São Paulo: Clássica, 2013. p. 148.

A necessidade de motivação adequada já era prevista pela Constituição Federal, conforme artigo 93, IX³⁴⁷, tendo agora sido ressaltada por meio das alterações propostas em relação à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, como se infere, por exemplo, a partir da redação do seu atual artigo 20³⁴⁸.

Nesse sentido, reputa-se salutar que o magistrado preveja expressamente em sua decisão as etapas de arbitramento da indenização, sendo certo que, nos casos em que estão em jogo interesses extrapatrimoniais, deverá aplicar os critérios ordinários de mensuração de danos morais e, em seguida, aplicar o coeficiente redutor arbitrado em consonância com as probabilidades do caso concreto.

2.6. A aplicação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência nacional

As manifestações dos tribunais brasileiros a respeito da teoria da perda de uma chance são relativamente recentes.

O TJRS foi pioneiro na aplicação consciente da teoria da perda de uma chance, em acórdãos relatados pelo desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁴⁹.

A primeira menção à referida teoria foi feita em acórdão, datado de 12 de junho de 1990³⁵⁰, que discutia a aplicação da teoria na seara médica. O caso envolvia um pedido de indenização por paciente em razão de dano sofrido em seu olho, após frustrada operação para correção de miopia. A teoria da perda de uma chance foi citada tão somente para se demonstrar a desnecessidade de sua aplicação pela existência de nexo causal entre a conduta do réu e o dano consubstanciado na lesão sofrida pelo paciente.

³⁴⁷“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

³⁴⁸“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

³⁴⁹O pioneirismo poderia ser justificado por palestra proferida por François Chabas denominada “Perte d’une chance em droit français” na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23 de maio de 1990.

³⁵⁰RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 589069996*. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 5ª Câmara Cível, julgado em 12.06.1990. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

Entretanto, a efetiva aplicação da teoria da perda de uma chance ocorreu em caso julgado em 29 de agosto de 1991³⁵¹, que envolvia a responsabilidade de advogado que havia intentado demanda judicial e nunca mais a impulsionou, deixando de informar sua cliente sobre o extravio dos autos e de providenciar a restauração destes. Cumpre trazer transcrição de parte do voto do desembargador relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Deixando de adotar essas diligências, o advogado cerceou até hoje o direito de a mandante ver apreciado em juízo o seu pedido de pensionamento pelo Instituto Nacional de Previdência Social, direito derivado da morte do marido. Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Professor François Chabas: “Portanto, o prejuízo não é perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la” (La perte d’une chance en droit français, conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23.5.90). Por isso, não impressiona o argumento longamente expendido nas razões de recurso sobre a impossibilidade jurídica de a autora ver reconhecido seu direito à pensão previdenciária pela morte do marido, uma vez que esse não era segurado do Instituto. O argumento tem dois defeitos: em primeiro, mostra que o réu está agindo sobre os próprios atos, isto é, tendo proposto ação fundada na alegação de um certo direito, não pode justificar sua omissão de informar e de diligenciar, lembrando a inexistência do mesmo direito. A ninguém é dado “venire contra factum proprium”; em segundo, porque a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.

A partir desses acórdãos, outros julgados passaram a enfrentar a teoria da perda de uma chance, com um aumento exponencial e maior aceitação da teoria especialmente no novo milênio³⁵².

O primeiro julgado que se tem conhecimento do STJ que aborda a perda de uma chance remonta o ano de 1990³⁵³. Embora no referido julgado se possa concluir pela admissão da teoria em tese, o relator Ministro Ilmar Galvão deixou de aplicá-la no caso concreto. No caso, a autora da demanda, a Cia. São Paulo de Distribuição de Combustíveis, buscava indenização pela chance perdida de vencer uma licitação pública. A vantagem

³⁵¹RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 591064837*. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 5ª Câmara Cível, julgado em 29.08.1991. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

³⁵²SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 196-197.

³⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.364 – SP (1990/0005788-4)*. Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 10.10.1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

esperada ao final do processo licitatório se consubstanciava na possibilidade de instalar postos de abastecimento de combustível ao longo de uma rodovia.

O Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, entendeu que a empresa possuía mera expectativa em relação ao lucro produzido pelos postos, sendo o prejuízo hipotético e não rendendo direito à indenização.

Contudo, ressaltou o Ministro que haveria a possibilidade de indenização de mera chance, quando ela, por si só, apresenta valor econômico, como seria o caso do exercício do direito de ação, o que se comprovaria até pelo fato de haver costumeiramente cessão desse direito. No caso concreto, porém, firmou entendimento de que a mera possibilidade de participar da licitação, se houvesse sido aberta, não possuía valor econômico em si:

Por fim, esclareça-se, para melhor entendimento, que, ao avertar o despacho agravado a possibilidade de indenização pela mera chance, quis referir hipótese em que essa chance, por si só, apresenta valor econômico, como é o caso do exercício do direito de ação. Como se sabe, não são raras as cessões de direito de ação, o que demonstra que se trata de mera chance com valor econômico. Frustrada a chance de vencer, por culpa do advogado, é inegável que remanesce um direito de ressarcimento que se restringe, entretanto, ao simples valor pago pela cessão, e não pelo resultado da causa.

No caso dos autos, conforme se afirmou no despacho em referência, não ficou demonstrado que a mera possibilidade de concorrer na licitação dos postos, caso houvesse sido aberta, possuía algum valor econômico, razão pela qual não se pode falar em indenização do direito de concorrer, o que é o mesmo dizer, em indenização de mera chance.

Adverte Rafael Peteffi da Silva que parece carecedora de fundamentação a diferenciação entre a chance de vencer uma demanda judicial e a chance de vencer uma licitação³⁵⁴, sendo certo que a licitação pública guarda características semelhantes aos concursos públicos, exemplos típicos de processos aleatórios³⁵⁵.

Alguns anos mais tarde, o STJ julgou demanda similar. O recurso, relatado pelo Ministro Ari Pargendler³⁵⁶, dizia respeito à demanda ajuizada pela companhia Petróleo Ipiranga contra o Estado de São Paulo e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado

³⁵⁴SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 199.

³⁵⁵Tanto é assim que o precursor caso Hicks v. Chaplin tinha como pano de fundo um concurso de beleza. ENGLAND AND WALES. The Court of Appeal. *Chaplin v. Hicks [1911] 2 KB 786*. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/>.

³⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 32.575 – SP (1993/0005217-9)*. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 01.09.1997, publicado em 23.06.1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

de São Paulo para obter reparação por danos decorrentes da cessão à Petrobras, sem licitação, de áreas de terreno para a implantação de centros de abastecimento e serviços ao longo de rodovias.

Em um primeiro momento, foi proferida sentença que reconheceu a carência da ação pela impossibilidade de se indenizar tal espécie de dano no ordenamento pátrio. A sentença foi anulada pelo TJSP que entendeu que o dano poderia ser, em tese, indenizável, cabendo avaliação pelo primeiro grau para evitar supressão de instância. Isso gerou a prolação de sentença de procedência da demanda, com a concessão de indenização a título de lucros cessantes. Após a interposição de novo recurso, o TJSP, segundo Rafael Peteffi da Silva, deu indícios de ter usado em alguma medida a sistemática da perda da chance³⁵⁷.

Contudo, na análise de recurso especial manejado contra tal acórdão, o Ministro Ari Pargendler afirmou que a melhor solução talvez teria sido aquela dada pela primeira sentença, anulada pelo TJSP. Além de citar o voto do Ministro Ilmar Galvão no caso similar julgado alguns anos antes, pontuou o Ministro que, no caso, buscar-se-ia lucro hipotético:

[...] desfeita a indigitada cessão de bens públicos, ela ainda teria de vencer licitação – só depois disso haveria lucro previsível, presunção que se atribui aos resultados dos negócios das empresas bem administradas e já posicionadas no mercado.

Fora daí, se tem lucro hipotético, dependente de variável incerta; se a licitação tivesse sido aberta aos interessados e, se, a final, o respectivo objeto lhe tivesse sido adjudicado, ela teria lucro.

Embora o precedente pudesse representar uma negativa geral à admissão da teoria da perda de uma chance, outra Turma do STJ, em precedente publicado no mesmo ano de 1997³⁵⁸, analisou a possibilidade de se indenizar o prejuízo que o cliente de uma companhia aérea sofreu pela perda da bagagem e, na ocasião do julgamento, foram tecidas algumas considerações gerais sobre a aplicação da perda de uma chance. No caso, a bagagem continha amostras necessárias para a participação de certame, em outro Estado, onde se daria a licitação pública, tendo os votos dos Ministros Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Sálvio de Figueiredo Teixeira abordado a admissibilidade da teoria da perda de uma chance no

³⁵⁷SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit., p. 201.

³⁵⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 57.529 - DF (1994/0037040-7)*. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. para o Acórdão Min. Fontes de Alencar, Quarta Turma, julgado em 07.11.1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

ordenamento pátrio, embora tenha prevalecido a decisão pelo não conhecimento do recurso, com enfoque na aplicação de legislação específica aeronáutica.

Posteriormente, o STJ em algumas oportunidades admitiu a aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo um dos casos mais emblemáticos o denominado caso do “Show do Milhão”³⁵⁹.

No caso, a participante de um programa televisivo deixou de responder à última pergunta, que poderia lhe proporcionar o prêmio no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), pois tal pergunta foi formulada de forma equivocada e não apresentava resposta correta. A autora da ação desistiu de responder à pergunta para salvaguardar o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que já havia conquistado. No entanto, ajuizou demanda alegando que a empresa ré teria agido de má-fé, tendo elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, o que justificaria o pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho cultivado por longo tempo.

A sentença de primeiro grau havia concedido reparação correspondente à integralidade da vantagem perdida pela vítima, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), como se fosse absolutamente certo que a autora acertaria a questão. A mesma solução foi adotada pelo TJBA, o que já demonstra a ausência de clareza quanto à forma de fixação de indenização nessas hipóteses.

Por outro lado, no acórdão relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, o STJ acatou a tese de defesa de que a autora possuía mera possibilidade de acertar a última questão. Tendo em vista a probabilidade matemática de acerto, considerando que a última questão consistia em múltipla escolha com quatro opções, a indenização foi reduzida ao valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). Em síntese, a vítima possuía 25% de chances de ganhar os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e, portanto, sua chance valeria R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Confira-se trecho do voto do Ministro Fernando Gonçalves:

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada

³⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08.11.2005, *cit.*

pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Embora a jurisprudência em geral, especialmente a partir do novo milênio, esteja se manifestando favoravelmente à admissão da teoria da perda de uma chance, a aplicação da teoria pelos tribunais ao longo dos últimos anos foi marcada por alguns erros conceituais e de premissa, devidamente estudados e apontados pela doutrina que se debruçou detidamente sobre o tema³⁶⁰.

Alguns desses equívocos têm sido enfrentados pelo STJ, o qual, recentemente, tem aplicado de forma mais constante a teoria da perda de uma chance e traçado algumas importantes diretivas a serem observadas nesse tocante.

Um primeiro equívoco comum pela jurisprudência consiste no enquadramento da perda da chance como uma mera situação ensejadora de danos morais. Ou seja, em alguns precedentes, reconhece-se a caracterização da perda de uma chance, porém é arbitrada uma indenização por danos morais em razão da frustração decorrente da perda.

Tal entendimento foi aplicado, por exemplo, pelo TJRS, em 29 de maio de 2002, no acórdão referente à apelação cível nº 70003003845³⁶¹, assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES DESABONATÓRIAS SOBRE A CONDUTA DO AUTOR PRESTADAS POR PREPOSTO DA RÉ. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. REDUÇÃO DO QUANTUM. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

³⁶⁰Vide, a esse respeito: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, cit.; SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006; CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit.

³⁶¹RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 70003003845*. Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, 6ª Câmara Cível, julgado em 29.05.2002. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

I - Não resta dúvida de que a ré é responsável pelos atos de seu preposto que, por ordem ou não de seus superiores, forneceu informações inverídicas sobre a conduta do autor, informações estas, determinantes para a não contratação deste por diversas empresas.

II - Dano material afastado. Ausência de comprovação.

III - Danos morais reduzidos para um valor mais consentâneo com as nuances do caso.

Apelo parcialmente provido.

Na referida demanda, o autor buscava indenização em razão de informações desabonatórias e inverídicas prestadas a seu respeito por preposto da empresa ré, onde trabalhava, e que teriam sido determinantes para a não obtenção de emprego em pelo menos cinco empresas.

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados pelo autor para condenar a empresa ré ao pagamento de indenização correspondente ao salário que o autor receberia caso admitido por uma das empresas, sendo computada desde a data provável de contratação até o fechamento da empresa, bem como indenização a título de danos morais no valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

Devido à interposição de recurso de apelação, o TJRS foi instado a se manifestar sobre a matéria. No acórdão, o relator consignou que, em seu entendimento, não seria devida a indenização a título de danos materiais, pois não se poderia presumir que o autor conseguiria o emprego e que permaneceria trabalhando na empresa. Conclui que o maior prejuízo sofrido seria a perda da chance de conseguir o emprego, dano que, em seu entendimento, comungado pelos demais integrantes da turma julgadora, encontrar-se-ia na esfera extrapatrimonial. *In verbis*:

Tenho que o maior prejuízo sofrido pelo autor foi a *perda da chance* de obter o emprego, ou seja, a possibilidade de concorrer com os demais candidatos em patamar de igualdade, com a mesma possibilidade de obter a vaga. No meu entender, tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes. Não vislumbro possibilidade de condenar a ré ao pagamento dos salários que o autor perceberia caso conseguisse o emprego, pois, tal fato não passa de uma presunção, não acompanhada da prova necessária para a condenação da empresa ré por danos materiais.

Ao final, o valor de indenização a título de danos morais foi inclusive reduzido, considerando critérios como a condição econômica das partes, a repercussão do fato e a conduta do agente.

Outro exemplo do enquadramento da perda da chance como mero dano moral ocorre em casos envolvendo a responsabilidade civil do advogado. A esse respeito, pode-se citar precedente do TJSP, precisamente o recurso de apelação nº 9199846-35.2006.8.26.0000, julgado em 22 de fevereiro de 2011³⁶².

No caso, o autor ajuizou demanda buscando reparação por danos materiais e morais em decorrência da atuação culposa dos réus no desempenho de mandato outorgado, tendo em vista a demora na propositura de reclamação trabalhista, o que fez com que transcorresse o prazo prescricional aplicável.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais, condenando os réus ao pagamento, a título de danos morais, da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizada monetariamente a contar do ajuizamento da ação, e acrescida de juros de mora a contar da citação, além de despesas processuais e honorários advocatícios.

O TJSP deu parcial provimento ao recurso de apelação dos réus, apenas para alterar a forma de atualização da indenização fixada e a distribuição das verbas sucumbenciais, negando provimento ao recurso de apelação do autor.

Em seu voto, o relator do acórdão fez detalhada análise sobre a teoria da perda de uma chance e trouxe o questionamento acerca da sua natureza jurídica, concluindo que a reparação, no caso, seria exclusivamente por dano moral:

Ciente destas premissas, quando se fala em perda de uma chance, vale destacar não ser fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta repercussão negativa na esfera patrimonial da vítima. Afinal, o prejuízo causado pelo ilícito encerra dano emergente, lucros cessantes ou dano imaterial? Como liquidar o prejuízo?

Tem prevalecido na jurisprudência desta Corte o entendimento de que a indenização pela perda de uma chance não equivale ao acréscimo material que a parte teria se não praticado o ilícito.

Isto porque, como ponderado pela doutrina, a teoria, a par de sua probabilidade real e séria, não despreza o grau de incerteza do evento previsto. Do contrário, estar-se-ia diante de prejuízo nitidamente material, consistente em verdadeiro lucro cessante.

Assim, indeniza-se a parte que perdeu a chance através da reparação imaterial (dano moral), uma vez que o que se indeniza é a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não propriamente o ganho efetivamente perdido.

³⁶²SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 9199846-35.2006.8.26.0000*. Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22.02.2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

De se ressaltar que o enquadramento da perda da chance como dano moral, mormente em hipóteses envolvendo a responsabilidade civil do advogado, foi aplicado em outros precedentes da mesma Corte³⁶³, inclusive em virtude de precedente do STJ³⁶⁴.

Por outro lado, é possível notar também precedentes que desfazem essa necessária assimilação da perda da chance como dano moral, admitindo que a perda da chance tem o condão de gerar tanto danos materiais como imateriais³⁶⁵, inclusive no âmbito do STJ³⁶⁶.

Conforme trecho de ementa de acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi³⁶⁷, que envolvia a responsabilidade civil de advogado: “A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.”³⁶⁸

A aplicação da perda da chance como simples dano moral, segundo a doutrina especializada no assunto, implica desnaturação da teoria, a qual se propõe a indenizar o próprio interesse sobre a vantagem aleatória esperada e não a frustração moral em virtude da perda³⁶⁹.

Compartilhamos desse entendimento, acrescentando que o arbitramento de indenização a título de danos morais pela frustração decorrente da perda acaba se mostrando

³⁶³Vide, por exemplo: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 9275639-09.2008.8.26.0000*. Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27.11.2012; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 0039092-89.2011.8.26.0554*. Rel. Des. Claudio Hamilton; 27ª Câmara de Direito Privado; julgado em 26.08.2014; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1003730-29.2015.8.26.0114*. Rel. Des. Melo Bueno, 35ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04.12.2016. Disponíveis em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

³⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.321.606 - MS (2011/0237328-0)*. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23.04.2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

³⁶⁵SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1093237-43.2015.8.26.0100*. Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19.04.2018; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1000752-26.2017.8.26.0400*. Rel. Des. Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14.03.2018. Disponíveis em: <http://www.tjsp.jus.br/>; RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 70076031830*. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, 16ª Câmara Cível, julgado em 22.02.2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>; RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. *Apelação nº 0217356-94.2015.8.19.0001*. Rel. Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior, 9ª Câmara Cível, julgado em 26.09.2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>.

³⁶⁶A respeito, é possível citar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.11.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2010. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/>.

³⁶⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.11.2008, *cit.*

³⁶⁸Como abordado anteriormente, o entendimento de que a chance perdida pode apresentar natureza de dano patrimonial ou extrapatrimonial também já se encontra insculpido no Enunciado 444, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

³⁶⁹CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, *cit.*, p. 176.

uma saída cômoda, mas insuficiente e desatenta à correta aplicação da referida teoria. Até mesmo porque se admite maior subjetivismo na fixação de indenizações por danos morais, o que viabiliza o arbitramento de valores dissociados da própria vantagem final.

Embora seja possível afirmar que a jurisprudência parece ter evoluído na aplicação da teoria da perda de uma chance, fato é que remanesce discussão acerca da natureza jurídica da perda da chance, especialmente sobre o enquadramento do dano.

Nem sempre os tribunais brasileiros se debruçam com profundidade sobre a questão, por vezes reconhecendo a perda da chance independentemente de uma análise a respeito da sua natureza jurídica.

No entanto, a partir de pesquisa realizada perante os Tribunais Regionais Federais, detalhada adiante, foi possível constatar que diversos magistrados se atentam a essa discussão a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance, dedicando considerações ao tema e citando precedentes do STJ sobre a matéria³⁷⁰.

A partir de alguns julgados do STJ, pode-se depreender uma tendência em se considerar a perda da chance como um dano específico. Embora possa parecer, em uma primeira leitura, que há uma associação do dano decorrente da perda da chance a um terceiro gênero de dano patrimonial, a análise global evidencia uma concepção ampla, capaz de abarcar interesses patrimoniais e extrapatrimoniais.

A respeito do tema, cumpre trazer trechos de acórdão do STJ relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, que discutia a responsabilidade civil do advogado:

Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético [...]³⁷¹

Vejamos também algumas considerações tecidas em acórdão relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em que se discutia falha na prestação de serviço por empresa

³⁷⁰Vide Apêndice A.

³⁷¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2010, *cit.*

especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, pela ausência de prepostos no momento do parto:

A certeza do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão ao interesse do prejudicado deve ser real e efetiva, sem deixar dúvida acerca da sua existência, ficando, assim, excluídos os danos hipotéticos.

Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência a partir da teoria da perda de uma chance.

Relembre-se que a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.³⁷²

Mesmo em hipóteses envolvendo a responsabilidade civil na seara médica, nas quais o processo aleatório chega a seu estágio último, o STJ parece manter a conceituação da perda da chance como dano específico, não apresentando indícios de adotar a noção de causalidade parcial.

A respeito do tema, cumpre trazer à baila trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.254.141/PR no qual se discutiu a aplicação da teoria em caso de responsabilidade médica³⁷³. O caso versava sobre responsabilidade civil de médico oncologista em hipótese em que a perícia apurou a inadequação do tratamento de câncer adotado em paciente que, posteriormente, veio a falecer. O médico alegava a não comprovação do elemento nexos causal.

Por ocasião do julgamento, a Ministra Nancy Andrighi defendeu que, mesmo na seara médica, a responsabilidade civil pela perda de uma chance não atua no campo da mitigação do nexos causal, ressaltando tratar de modalidade autônoma de indenização. Confira-se:

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas

³⁷²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.08.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

³⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar.

Posteriormente, a Ministra reiterou esse posicionamento em acórdão de sua relatoria³⁷⁴ e tal entendimento foi também agasalhado em precedente de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva³⁷⁵.

Em julgado recente, envolvendo a perda da chance de venda de ações por valor melhor, o Ministro Luis Felipe Salomão³⁷⁶, embora tenha apresentado considerações alinhadas com julgados anteriores do STJ que parecem pender para a admissão da perda da chance como dano específico, adotou a concepção proposta por Daniel Amaral Carnaúba, que considera a perda da chance como técnica decisória:

É certo que, ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdivido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes.

É certo também que, na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer será o agente causador responsabilizado por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

[...]

A meu ver, uma definição bem aperfeiçoada do instituto foi conferida por Daniel Amaral Carnaúba, para quem a perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado.

Enquanto a delimitação da natureza jurídica evidencia ainda divergências no âmbito da doutrina e da jurisprudência, o requisito consubstanciado na exigência de que a chance seja séria e real para que seja passível de reparação se mostra, em geral, bem consolidado.

³⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.662.338 - SP (2015/0307558-0)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.12.2017, *cit.*

³⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14.11.2017, *cit.*

³⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.540.153 - RS (2015/0082053-9)*. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.04.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

Ainda podem ser localizados precedentes que não fazem menção a esse requisito³⁷⁷ ou que conduzem uma análise insuficiente a respeito. Contudo, além de a doutrina ser consolidada no sentido de exigir que a chance seja séria e real, para que não se indenizem danos meramente hipotéticos, o requisito está expressamente previsto no já citado Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e é também enfatizado por diversos precedentes de tribunais estaduais³⁷⁸ e do STJ a respeito da matéria³⁷⁹.

Realmente, a análise a respeito da seriedade da chance perdida é questão que ocupa os próprios ministros do STJ que têm se deparado com a matéria, quando tal Corte entende que a avaliação não é obstada pelo teor da Súmula n.º 7 do STJ³⁸⁰.

O requisito foi ressaltado, por exemplo, no REsp 1.591.178/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva³⁸¹, conforme se extrai do trecho da ementa do julgado.

In verbis:

A jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o consequente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória.

No caso, o autor buscava a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos que lhe teriam sido ocasionados em virtude do seu atropelamento.

³⁷⁷Não se desconhece, ademais, a existência de precedentes que defendem que a simples perda de uma chance de obtenção de um provimento judicial mais favorável caracteriza danos morais, independentemente de qualquer análise probabilística. Cita-se, por exemplo: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível n.º 0039092-89.2011.8.26.0554*. Rel. Des. Claudio Hamilton; 27ª Câmara de Direito Privado; julgado em 26.08.2014, *cit.*

³⁷⁸RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível n.º 70077054351*. Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, 15ª Câmara Cível, julgado em 11.04.2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>; MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível n.º 1.0024.13.350477-9/007*. Rel. Des. Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, julgado em 05.10.2017. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Agravo Regimental n.º 0044494-59.2008.8.26.0554*. Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, 28ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10.06.2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

³⁷⁹Entre outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n.º 1.591.178 - RJ (2013/0236789-0)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.04.2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1.145.118/SP - (2009/0184568-1)*. Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19.10.2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 173.148 - RJ (2012/0089345-6)*. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03.12.2015. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/>.

³⁸⁰Súmula n.º 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

³⁸¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial n.º 1.591.178 - RJ (2013/0236789-0)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.04.2017, *cit.*

O autor afirmou que em razão do atropelamento sofreu danos diversos, a saber: (a) deixou de concluir sua residência médica em cirurgia-geral; (b) foi desclassificado do concurso público para o cargo de médico socorrista do Corpo de Bombeiros, para o qual encontrava-se provisoriamente classificado em 4º (quarto) lugar em virtude dos resultados obtidos nas provas teóricas anteriormente realizadas, por impossibilidade de realizar as provas físicas, e (c) deixou de trabalhar em plantões hospitalares como resultado de sua perda de capacidade laborativa.

Ao analisar especificamente a aplicação da teoria da perda de uma chance no que se refere ao concurso para socorrista do Corpo de Bombeiros, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou que não havia provas que conferissem seriedade à chance perdida, *in verbis*:

Isso porque a simples inscrição do autor no concurso ou mesmo o fato de estar, no momento do acidente, bem posicionado na lista classificatória parcial do certame, não indicam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de configurar a existência, no caso, de lucros cessantes a serem indenizados.

A nomeação do autor para o cargo àquela altura almejado ainda dependeria de seu sucesso nas provas faltantes, na obtenção de classificação suficiente para sua nomeação bem como na prática, pela administração pública, do próprio ato de nomeação. Tais circunstâncias evidenciam que a pretensão do recorrente, pelo menos nesse ponto específico, está atrelada mais à frustração de uma esperança subjetiva do que de uma séria e real a possibilidade de êxito.

Da mesma forma, insta mencionar o REsp 1.115.687/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que discutia a declaração de nulidade de leilão extrajudicial de imóvel e indenização pela ausência de intimação dos autores da demanda acerca do leilão extrajudicial deste imóvel no qual residiam³⁸².

A sentença havia julgado a demanda improcedente e o acórdão proferido pelo TJSP, por sua vez, havia condenado a ré ao pagamento de dez salários mínimos, sob o argumento

³⁸²O acórdão está assim ementado:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL REALIZADO NOS MOLDES DO DL 70/66. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEVEDORES. PERDA DA OPORTUNIDADE DE PURGAR A MORA. IMPROBABILIDADE DO PAGAMENTO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. É indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial realizado nos termos do DL 70/66. Precedentes.

2. Somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a compensação por danos morais. Na hipótese dos autos, a chance de que fosse purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores era remota e inexpressiva.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.115.687 - SP (2009/0103354-9)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.11.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>).

de que a ausência de notificação pessoal importou a perda da chance dos autores de purgarem a mora.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi, valendo-se de excerto da sentença e outros elementos, entendeu que os autores jamais demonstraram a intenção de purgar a mora ou mesmo de efetuar o pagamento dos valores devidos à instituição financeira ré. Assim, as chances de purgação da mora após a intimação pessoal da data designada para o leilão extrajudicial do imóvel hipotecado eram remotas e inexpressivas, não sendo admitido o cabimento da indenização pela perda de uma chance.

Como antecipado, embora se trate de requisito unânime e recorrentemente exaltado pela jurisprudência, vale ressaltar que a análise concreta quanto à seriedade das chances por alguns tribunais suscita críticas da doutrina³⁸³, em especial pela falta de fundamentação a respeito. De fato, trata-se de aspecto que comporta aprimoramento, o que também depende de uma maior conscientização por parte dos próprios demandantes e seus patronos em relação aos elementos de prova necessários nesse tocante.

Finalmente, a quantificação da indenização pela perda de uma chance também constitui ponto de atenção na aplicação da teoria. Conforme se mencionou, a regra fundamental de arbitramento da indenização pela perda de uma chance preconiza que a indenização não pode corresponder ao montante da vantagem esperada, devendo ser aplicado um coeficiente de redução atrelado à probabilidade de obtenção da vantagem.

Apesar de tal regra, a doutrina que se debruçou de forma detida sobre o assunto ressaltou casos concretos em que a indenização é fixada em montante equivalente à vantagem almejada ou em valor aleatório, especialmente nos casos em que a perda da chance é caracterizada como espécie de dano extrapatrimonial³⁸⁴.

De se notar, por exemplo, trecho de precedente do TJPR³⁸⁵ envolvendo a responsabilidade civil de advogado por falha na condução de processo e no qual o *quantum* indenizatório foi fixado com base na natureza da lide, a capacidade econômica das partes, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem vinculação à vantagem almejada:

³⁸³SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 56 et seq.

³⁸⁴CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 178-179.

³⁸⁵PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Paraná TJ-PR. *Apelação Cível nº 893595-9*. Rel. Des. Renato Braga Bettega, 9ª Câmara Cível, julgado em 22.11.2012. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>.

Nesse diapasão, considerando a natureza da lide, a capacidade econômica das partes, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tenho como razoável a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que deverá ser corrigida monetariamente pelo INPC e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambas a contar da data do evento danoso (rejeição da preliminar de cerceamento de defesa e não conhecimento dos embargos de terceiro).

Como mencionado, o valor de indenização para a perda da chance realmente não deve corresponder à vantagem final, porém é esperado que o arbitramento considere a vantagem final para a devida mensuração, não devendo ser arbitrado um valor totalmente dissociado e aleatório.

Sérgio Savi³⁸⁶ traz em sua obra outro exemplo de incorreta fixação de indenização. No caso, também se discutia a responsabilidade civil de causídico, precisamente por deixar transcorrer *in albis* o prazo para propositura de determinada ação. Diferentemente da hipótese acima, no caso em questão, a advogada ré foi condenada a pagar todo o montante buscado na ação judicial. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível nº 70005473061, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 10/12/2003)

Por outro lado, em linha com a doutrina especializada, o STJ já externou, em algumas oportunidades, posicionamento atento à regra no sentido de que o valor da chance não deve corresponder ao benefício ou prejuízo final.

A título de exemplo, cita-se trecho de acórdão do REsp 1.677.083/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva³⁸⁷: “Na responsabilidade civil pela perda de uma

³⁸⁶In: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 61.

³⁸⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14.11.2017, cit. De se notar que, no caso, o Ministro manteve o valor a título de danos morais fixado pelo acórdão de segunda instância, que não realizou

chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo”.

No mesmo sentido, em precedente já citado, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi³⁸⁸, que versava sobre a perda de uma chance na seara médica, assevera a relatora que “todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da quantificação do dano”.

Ao abordar especificamente a quantificação, a Ministra consigna que a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é a fixação de indenização relacionada à chance como bem jurídico autônomo em uma proporção aplicada sobre o dano final.

No caso, embora a indenização fosse a título de danos morais em função do falecimento da vítima, é ressaltado que o TJPR se valeu de critérios ordinários de arbitramento dos danos morais, mas deixou de aplicar a necessária redução proporcional aplicável nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance:

O caminho escolhido pelo Tribunal foi o de valorar, no momento de fixar a indenização, não apenas a função ressarcitória do dano moral, mas notadamente sua função punitiva e dissuasória, tomando em consideração (i) a reprovabilidade da conduta; (ii) a intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido. Com isso, teceu considerações acerca de cada um desses elementos, deixando de ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda.

[...]

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar a redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede.

uma quantificação em conformidade com os critérios comumente abordados pela doutrina em matéria de perda de uma chance. Todavia, o Ministro relator entendeu que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) não se mostrava desarrazoado e o Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, só poderia reexaminar montantes fixados pelas instâncias ordinárias quando se revelam irrisórios ou exorbitantes, circunstâncias que não entendeu configuradas no caso.

³⁸⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2012, *cit.*

Nesse sentido, ao final, entendeu a Ministra Nancy Andrighi por reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença e mantida pelo TJPR³⁸⁹, em consonância com o necessário coeficiente redutor que deve ser observado nas hipóteses de perda de uma chance.

De fato, os critérios usuais da doutrina para mensuração do dano moral podem continuar a ser aplicados em casos envolvendo a perda de uma chance, já que ela pode possuir características patrimoniais e extrapatrimoniais. Contudo, em qualquer caso, entende-se salutar que se observe igualmente que a reparação diz respeito à perda da chance e não à integralidade do prejuízo sofrido ou vantagem esperada³⁹⁰.

Embora os tribunais nem sempre se atentem às necessárias etapas para fixação da indenização pela perda de uma chance e, em alguns casos, mencionem a necessidade de redução proporcional sem fundamentação adequada e detalhada, pode-se notar outras iniciativas de descrição mais minuciosa do cálculo em atenção aos contornos acima esmiuçados³⁹¹.

Por todo o exposto, denota-se que a teoria da perda de uma chance, apesar de não encontrar previsão legal expressa, é amplamente aceita pela doutrina e cada vez mais aplicada pela jurisprudência brasileira, inclusive em linha com o paradigma mais recente da responsabilidade civil que coloca a vítima como foco da reparação.

Apesar das divergências ainda existentes e alguns problemas de aplicação, não se pode negar a crescente utilização deste instituto, nos mais variados campos.

Segundo Rafael Peteffi da Silva, o entusiasmo com o evidente crescimento do número de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance deve ser temperado pelo fato de alguns tribunais brasileiros ainda não terem tido contato com a teoria, não podendo se afirmar que a teoria goza de aplicação geral e irrestrita por parte da jurisprudência

³⁸⁹Após descrição de circunstâncias específicas do caso, concluiu que: “Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final. Relembro, contudo, que essa redução se reporta aos termos da sentença, na qual a indenização foi fixada, de modo que a correção monetária deve incidir desde a data de sua publicação.”.

³⁹⁰GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil da perda de uma chance*, cit., p. 148.

³⁹¹É possível citar, por exemplo: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1006563-02.2014.8.26.0002*. Rel. Des. Kioitsi Chicuta; 32ª Câmara de Direito Privado; julgado em 16.04.2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>; MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 1.0024.06.269920-2/001 MG*. Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, julgado em 10.06.2014. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>; SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC. *Apelação Cível nº 2007.056997-6*. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 17.11.2009. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>.

brasileira³⁹². De outro lado, afirma que não se pode apontar qualquer linha jurisprudencial que, tendo efetuado profundo estudo da teoria da perda de uma chance, tenha tomado posição refratária à sua aplicação de forma definitiva.

Dentro desse contexto de crescente aplicação e desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o presente trabalho se propõe a analisar a sua aplicação especificamente no campo da responsabilidade civil da Administração Pública.

³⁹²SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 197.

CAPÍTULO 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PERDA DE UMA CHANCE

3.1. Cabimento

A partir do que se extrai do famoso caso Blanco, a razão que impulsionou a elaboração de teorias de responsabilidade civil do Estado segundo princípios de Direito Público seria a sua sujeição a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço público e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.³⁹³

Na doutrina administrativista, é comum se deparar com a afirmação de que a responsabilidade civil do Estado é governada por princípios próprios, compatíveis com a sua posição jurídica e, bem assim, seria mais extensa do que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas³⁹⁴ ou ao menos caminharía em sentido de maior amplitude³⁹⁵.

A respeito do tema, pode-se citar Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.³⁹⁶

Embora a responsabilidade civil do Estado mereça atenção especial, inclusive em virtude da posição jurídica assumida pelo Estado, não se compartilha do entendimento quanto a uma autonomia absoluta da matéria ou negação a qualquer influxo proveniente do Direito Civil ou Privado.

Adotando as considerações de Fernando Dias Menezes de Almeida, entende-se que “um instituto jurídico como o da ‘responsabilidade’ não é passível de ser cientificamente

³⁹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo, cit.*, p. 824.

³⁹⁴BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.005.

³⁹⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 577.

³⁹⁶In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 1.005.

rotulado como ‘de direito público’ ou ‘de direito privado’, nem mesmo como de ‘direito administrativo’, ou de qualquer outro ramo do direito.”³⁹⁷

Segundo Jesus Leguina Villa, o instituto da responsabilidade civil, embora tenha tido sua origem e grande parte de seu desenvolvimento no regime privado, pertence atualmente à teoria geral do Direito, uma vez que seu fundamento, finalidade e os princípios que o informam são aplicáveis a todos os ramos do Direito. Entende Leguina Villa que o que poderia variar historicamente é a função atribuída ao instituto pelos ordenamentos jurídicos. Vejamos:

La responsabilidad civil es un instituto que, aunque históricamente tuvo su origen y desarrollo en los ordenamientos privados, pertenece hoy a la teoría general del Derecho por la simple razón de que su fundamento y finalidad y los principios en que se inspira son igualmente aplicables a todos los sujetos jurídicos. Por tal motivo no nos parece correcto hablar, en general, de una cierta especialidad del instituto cuando es aplicado a los entes públicos. Lo que sí puede variar, y en efecto ha variado históricamente, es la función atribuida al instituto por los ordenamientos jurídicos.³⁹⁸

Yussef Said Cahali defende que o instituto da responsabilidade civil do Estado ainda conserva os vínculos de filiação às suas origens civilísticas e critica aqueles que pretendem torná-lo um “filho ingênuo” do Direito Público, olvidando-se que os princípios fundamentais que hoje remarcam o instituto foram elaborados pelo Direito Comum, a partir do século passado.³⁹⁹ Nesse sentido, pontua que:

Em realidade, o conceito de responsabilidade é unitário, sendo hoje contemplado nos ordenamentos jurídicos mais tendo em conta a posição da pessoa que sofreu o dano, do que a do sujeito que o provocou; as concepções individualistas da responsabilidade subjetiva foram sendo paulatinamente descartadas a partir do final do século passado, dando lugar às concepções solidaristas, inspirando as teorias do risco criado, do risco-proveito, da atividade perigosa, do dano injusto, da socialização do dano, e abrindo caminho definitivamente para a responsabilidade objetiva em todos os níveis.⁴⁰⁰

³⁹⁷ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 229.

³⁹⁸In: LEGUINA VILLA, Jesus. *La responsabilidad civil de la administración pública: su formulacion en el derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*. Madrid: Tecnos, 1983. p. 117. Tradução livre: “A responsabilidade civil é um instituto que, ainda que tenha tido sua origem e desenvolvimento nos ordenamentos privados, pertence hoje à teoria geral do Direito, pela simples razão que o seu fundamento e finalidade e os princípios que a inspiram são igualmente aplicáveis a todos os sujeitos jurídicos. Por tal motivo não nos parece correto falar, em geral, em uma certa especialidade do instituto quando aplicado aos entes públicos. O que sim pode variar, e com efeito tem variado historicamente, é a função atribuída ao instituto pelos ordenamentos jurídicos.”

³⁹⁹In: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 25.

⁴⁰⁰*Id.*, p. 26.

Com efeito, é possível apontar uma tendência de se conferir crescente proteção aos administrados por eventuais prejuízos oriundos das atividades estatais, o que se justifica, dentre outras razões, pelo inquestionável alargamento do Estado contemporâneo. A esse respeito, as lições de Almiro do Couto e Silva:

A responsabilidade objetiva extracontratual do Poder Público, notadamente com a largueza como foi recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, destina-se a ser instrumento poderoso de proteção dos indivíduos contra o gigantismo do Estado contemporâneo. Apesar da dieta neoliberal que lhe vem sendo prescrita quase que em toda a parte, o Estado de nossos dias é - e creio que continuará a ser - um imenso feixe de serviços públicos, dos quais o administrado depende a cada minuto. Tão vasta e intensa atuação, ou pela forma de administração coercitiva, ou pelo modo da administração prestadora de benefícios, faz com que o Estado cause danos aos particulares com grande frequência, por comportamentos comissivos e omissivos que lhe são imputáveis, lícitos ou ilícitos. No moderno direito da responsabilidade tomou-se trivial afirmar que a tendência universal é a de fazer passar o acento tônico do causador do dano para a vítima. Isto é tanto mais verdade quando na relação jurídica estão, de um lado, como causador do prejuízo, o Estado onipotente, onipresente e onímodo, e de outro, como vítimas, pessoas desprovidas inteiramente de recursos, castigadas pela miséria, sem saúde, sem educação e que, para sobreviver, lutam sem tréguas contra toda a sorte de dificuldade, como desgraçadamente acontece com a maioria da população dos países do terceiro mundo.⁴⁰¹

Fernando Dias Menezes de Almeida ressalta também a tendência de favorecimento da vítima, dando ênfase ao movimento evolutivo de constitucionalização do Direito Administrativo, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988:

[...] pretende-se, pois, produzir reflexões sobre o resultado da articulação dos elementos normativos estudados nos capítulos anteriores: pessoas responsáveis, nexos de causalidade e dano.

Pode-se, de plano, apontar uma tendência, contemporânea, de conjugarem-se esses fatores de modo amplamente favorável à posição da vítima. Ou seja, uma tendência de interpretação do direito e da introdução de novas regras do direito que amplie a responsabilidade do Estado.

Essa tendência guarda clara coerência com a tendência evolutiva que acompanha o direito administrativo brasileiro em geral, especialmente desde a promulgação da atual Constituição Federal.⁴⁰²

⁴⁰¹In: SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 25, out./dez. 1995.

⁴⁰²ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 407.

No entanto, esse movimento não é exclusivo do Direito Administrativo. Destaca-se, contemporaneamente, a tendência de objetivação dos sistemas de responsabilidade, além de outras tendências, como a expansão de danos indenizáveis e coletivização da responsabilidade, as quais, em última instância, servem para o fim de tutelar a necessidade da sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação⁴⁰³.

Adicionalmente, é inegável que a responsabilidade civil do Estado importou para si conceitos desenvolvidos no âmbito do Direito Privado, especialmente no tocante aos pressupostos de responsabilização, como o conceito de danos emergentes e lucros cessantes, teorias relativas à causalidade, entre outros⁴⁰⁴.

Jesus Leguina Villa ressalta a ênfase na vítima como característica marcante da responsabilidade civil atual e aponta tal característica como uma das razões pela qual a responsabilidade civil transcende os diversos ordenamentos e as especificidades da posição dos sujeitos sobre os quais recai a obrigação de reparar o dano⁴⁰⁵.

Considerando então que a responsabilidade civil do Estado tende a ser mais ampla que a responsabilidade civil atribuível às pessoas privadas, pautando-se em uma tendência de favorecimento da vítima, bem como tendo em vista que não se vê qualquer óbice, *a priori*, na importação de institutos desenvolvidos no âmbito do Direito Civil para o Direito Administrativo, até porque a responsabilidade civil é instituto que pertence à teoria geral do Direito, não se vislumbra, em princípio, qualquer entrave à aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil do Estado.

⁴⁰³A respeito do tema, confira-se: NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999; CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 583-605.

⁴⁰⁴Vide, por exemplo: ARAÚJO, Edmir Netto. A reparação do dano causado pelo Estado ao administrado. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al* (Orgs.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1120-1130. São Paulo: Atlas, 2013; SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, *cit.*, p. 268-292.

⁴⁰⁵“[...] el instituto de la responsabilidad civil es contemplado hoy por los ordenamientos teniendo más en cuenta la posición jurídica de la víctima que ha sufrido el daño que la del sujeto que lo ha provocado. Es ésta, sin duda, una de las principales razones por las cuales la responsabilidad civil trasciende los diversos ordenamientos parciales, así como las especialidades posicionales de los sujetos sobre los cuales recae la obligación de reparar el daño.” (In: LEGUINA VILLA, Jesus. *La responsabilidad civil de la administración pública: su formulacion en el derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*, *cit.*, p. 116-117). Tradução livre: “O instituto da responsabilidade civil é contemplado hoje nos ordenamentos tendo mais em conta a posição jurídica da vítima que sofreu o dano do que a do sujeito que o provocou. É esta, sem dúvidas, uma das principais razões pelas quais a responsabilidade civil transcende os diversos ordenamentos parciais, assim como as especialidades quanto à posição dos sujeitos sobre os quais recai a obrigação de reparar o dano.”

Pelo contrário. A responsabilidade civil do Estado, especialmente no Brasil, desenvolveu-se sob a premissa de que este deveria arcar com maior grau de responsabilização, pois é mais forte jurídica e economicamente em relação aos particulares⁴⁰⁶.

Independentemente do fundamento que se atribua à responsabilidade civil do Estado, seja a teoria do risco⁴⁰⁷, o princípio da igualdade dos ônus e encargos públicos⁴⁰⁸, a lógica de defesa do socialmente mais fraco⁴⁰⁹ ou, ainda, o princípio da legalidade e submissão do Estado ao Direito⁴¹⁰, fato é que existe um foco na efetiva reparação do dano e comprometimento com a noção de justiça.

Se a teoria da perda da chance foi desenvolvida no âmbito do Direito Civil para atender uma necessidade que se mostrava latente em meio às relações sociais, no sentido de se considerar a álea e o acaso em meio às soluções jurídicas, não há dúvidas de que, havendo situações similares no âmbito das relações que envolvem a Administração Pública, deve se cogitar a aplicação da referida teoria.

Afinal, a teoria da perda de uma chance propicia, através do estudo probabilístico, uma forma racional de enfrentamento de dilemas envolvendo a incerteza, sendo um instrumento legítimo para aprimorar as formas de reparação da vítima e do dano injusto.

Com efeito, o Estado é composto por um feixe de atribuições complexas e variadas, de diversas naturezas, o que obviamente resulta em uma grande exposição em matéria de responsabilidade civil.

Em meio ao feixe de atribuições que incumbem ao Estado e propriamente à Administração Pública, e em meio às expectativas da população em relação aos serviços públicos a serem por ela desempenhados, é possível sim vislumbrar inúmeras situações nas quais, em tese, o administrado pode estar exposto à perda de uma chance, em razão de ações ou omissões imputáveis ao ente público.

⁴⁰⁶NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo, cit.*, p. 849.

⁴⁰⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo, cit.*, p. 594.

⁴⁰⁸MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno, cit.*, p. 417; CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar, cit.*, p. 323.

⁴⁰⁹ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado, cit.*, p. 409.

⁴¹⁰JUSTEN FILHO, Marçal. *A responsabilidade do Estado, cit.*, p. 226; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo, cit.*, p. 581.

Poucos autores abordaram de forma específica a matéria e nenhum óbice foi levantado no tocante à aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil do Estado.

Almiro do Couto Silva abordou de forma superficial a questão, apenas afirmando que não veria óbice à indenização por perda de uma chance séria se os prejuízos foram causados pelo Estado:

Além disso, o dano deverá ser certo, embora possa tanto ser atual como futuro. Não é indenizável, pois, o dano eventual. Na doutrina de direito privado, sob influência do direito francês, admitem-se como indenizáveis o dano consistente na perda de uma chance séria e o dano por ricochete, e não vemos óbice à indenizabilidade desses prejuízos quando causados pelo Estado.⁴¹¹

Sérgio Severo, em seu *Tratado de responsabilidade pública*, aborda a questão, ressaltando que a jurisprudência francesa cunhou a noção de perda de uma chance, a qual vem sendo assimilada no Direito brasileiro, sobretudo para avaliar a responsabilidade no plano das obrigações de meio, embora não se restrinja a essas hipóteses. Ademais, consigna que na esfera da responsabilidade pública também se manifesta a responsabilidade pela perda de uma chance⁴¹².

Cumprir notar que o STJ já afirmou, de modo expresso, a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil do Estado.

O caso em que houve tal afirmação versava sobre pedido de indenização apresentado em face do Estado de Minas Gerais por exoneração ilegítima, devido a uma equivocada conclusão quanto à inacumulabilidade com cargo já exercido. No acórdão, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, consignou-se expressamente que a teoria da perda de uma chance tem sido admitida não somente no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Afinal, ainda que a responsabilidade civil estatal tenha delineamentos próprios no que tange à interpretação do ditame constitucional, o ente público também estaria obrigado à reparação quando, por ação ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício.

No caso em debate, contudo, entendeu-se pela inadequação da teoria, uma vez que o dano sofrido não adviria da perda de uma chance. Isso na medida em que a parte já exercia

⁴¹¹In: SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro, *cit.*, p. 29.

⁴¹²In: SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*, *cit.*, p. 193-194.

o cargo anteriormente, de forma regular, de modo que o ato imputado ao Estado implicou prejuízo de ordem certa e determinada, sendo dispensável a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Tendo sido afastado o fundamento do acórdão de segundo grau, qual seja, a teoria da perda de uma chance, determinou-se o retorno dos autos ao TJMG para nova mensuração do dano, o qual deveria ser redimensionado à luz das premissas constantes no acórdão.

Confira-se a ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ.

2. Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que "há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

3. Esta teoria 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.

4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos.

5. Ocorre que o dano sofrido pela parte ora recorrente de ordem material não advém da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não resta dúvidas. Não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos

porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada. A questão assim deve continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo portanto ser redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação.

6. Assim, afastado o fundamento adotado pelo Tribunal a quo para servir de base à conclusão alcançada, e, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda eminentemente a análise do conjunto fático e probatório constante, devem os autos retornarem ao Tribunal de Justiça a quo a fim de que possa ser arbitrado o valor da indenização nos termos do art. 944 do Código Civil.

7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido.⁴¹³

De fato, sob o ponto de vista teórico, parece cabível a admissão da teoria da perda de uma chance em hipóteses que envolvam a responsabilidade civil da Administração Pública.

Não se vislumbra, *a priori*, qualquer empecilho em aplicar uma teoria amplamente aceita no Direito Civil no âmbito da responsabilidade civil do Estado, caso se mostrem presentes os pressupostos para tanto, admitindo-se um influxo desejável de influências.

Aliás, ao se admitir a lógica de que a responsabilidade civil do Estado deve se desenvolver em conformidade com as especificidades desse sujeito de direitos, que tem a aptidão de produzir danos mais intensos e variados aos cidadãos, e considerando ainda os fundamentos da responsabilidade estatal, inclusive a noção de legalidade e o preceito de justiça, é desejável que se pondere a aplicação de técnicas e instrumentos que favoreçam a conciliação de interesses públicos e privados nesse campo.

Importa então analisar a compatibilidade do instituto, aplicado à responsabilidade civil do Estado, em vista do ordenamento jurídico pátrio, inclusive sob a ótica dos pressupostos de caracterização do dever de reparação.

⁴¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.308.719 - MG (2011/0240532-2)*. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

3.2. Compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e pressupostos de caracterização da responsabilidade civil estatal

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal constitui o mandamento básico e dispositivo mais relevante em matéria de responsabilidade civil do Estado ao dispor que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Conforme já mencionado, o atual Código Civil, em seu artigo 43, traz previsão compatível com aquela constante na Constituição Federal, precisamente: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”.

Há ligeiras diferenças entre o dispositivo da Constituição Federal e aquele do Código Civil, as quais, no entanto, não importam inconstitucionalidade, tampouco têm o condão de restringir a matéria. A principal delas é a omissão a respeito das *pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, a qual não afeta a previsão mais abrangente da Constituição Federal, até mesmo em virtude da hierarquia de normas⁴¹⁴.

Há também outros dispositivos no bojo da própria Constituição Federal ou em legislações específicas que abordam o tema, mas com ênfase em situações particulares. É o caso do artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade civil por danos nucleares, bem como a Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003, que regula a responsabilidade civil do Estado no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos. Por se tratarem de disposições específicas, não se afiguram relevantes para a análise que se pretende neste tópico⁴¹⁵.

⁴¹⁴Além dessa questão, o Código Civil busca mais precisão em determinados termos, substituindo, por exemplo, o direito de regresso contra o “responsável” por “causador do dano”, além de explicitar algumas ideias e definir as pessoas jurídicas de direito público “interno”, o que não é igualmente mencionado pela Constituição Federal. A respeito do assunto, vide: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 337-338 e 352.

⁴¹⁵Além dessas disposições, algumas Constituições estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal trazem menção à responsabilidade civil do Estado, quase sempre repetindo o texto da Constituição Federal, sendo que as Constituições de Minas Gerais e Alagoas acrescentam elementos à normatização, sem alterações de conteúdo. A Constituição de Minas Gerais prevê o dever do Estado de promover o direito de regresso contra o agente causador do dano, em caso de dolo ou culpa, em prazo estabelecido em lei estadual. Já a Constituição de Alagoas, substitui o termo “responsável” por “agente direto” na parte que diz respeito à ação de regresso.

Embora a Constituição Federal dê as bases sobre a responsabilidade civil do Estado, ela não esgota o tratamento do assunto.

Como bem aponta Fernando Dias Menezes de Almeida: “A matéria da responsabilidade civil, em geral, comporta tratamento nas normas infraconstitucionais, como, aliás, notória e tradicionalmente é feito pelo Código Civil”.⁴¹⁶

Assim é que, considerando a premissa de que a responsabilidade civil é um tema de teoria geral do Direito, devendo-se admitir influxos entre os ramos em que tal assunto é tratado, especialmente do Direito Civil pelo amplo desenvolvimento do tema nesta sede, é certo que incidirão subsidiariamente, em matéria de responsabilidade civil do Estado, outras normas do Código Civil relacionadas à responsabilidade civil em geral.

Pois bem. A partir da disposição constante no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, podem-se desdobrar os pressupostos de responsabilização do Estado, tratados no capítulo anterior.

Em resumo, a partir do que se extrai do dispositivo, exige-se para fins de responsabilização civil do Estado: (a) conduta praticada por agente de pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público, devendo o agente atuar nessa qualidade; (b) dano; e (c) nexo de causalidade.

Na parte final, o dispositivo prevê o direito de regresso contra o agente público, em caso de culpa ou dolo, mas não faz qualquer exigência de demonstração do elemento subjetivo no tocante à responsabilização das pessoas jurídicas, do que resulta a afirmação corrente da doutrina e jurisprudência de que restou consagrada a responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo resultado.

Conforme abordado anteriormente, há divergência sobre qual seria a natureza jurídica da perda da chance, sendo que alguns a caracterizam como espécie de dano, enquanto outros a caracterizam como noção alternativa de causalidade, instrumento que ora atua sobre o dano e ora sobre o nexo causal, ou, ainda, como uma técnica decisória específica.

Dentro desse contexto, importa, em um primeiro momento, analisar a compatibilidade da teoria da perda de uma chance com a responsabilidade civil estatal à luz dos requisitos de responsabilização que poderiam ser potencialmente afetados.

(Sobre o tema, vide ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 335-337.

⁴¹⁶*Id. Ibid.*, p. 333.

Como se vê, a Constituição Federal trata genericamente dos requisitos *dano* e *nexo de causalidade*.

As explanações sobre os requisitos do dano ressarcível e sobre as nuances do nexo de causalidade são extraídas da doutrina, jurisprudência e também de dispositivos da legislação infraconstitucional, em especial do Código Civil.

Em relação ao dano, sintetizando as ideias já detalhadas anteriormente, pode-se dizer que precisa ser: (a) certo e não eventual, podendo ser atual e futuro; (b) correspondente a uma lesão a bem jurídico tutelado pelo sistema jurídico; (c) antijurídico, no sentido de o lesado não ter o dever jurídico de suportá-lo, bem como, especialmente em hipóteses de atos lícitos; (d) anormal em relação aos inconvenientes usuais da sociedade e (e) especial, ou seja, individualizado e especificamente referível à vítima.

A discussão a respeito da perda da chance por muito tempo envolveu impasse relativo à certeza do dano, especialmente antes de haver uma diferenciação entre a vantagem ou o benefício almejado e a chance de obtê-lo. A título de exemplo, no caso do transportador de cavalo que deixa de entregá-lo para determinada corrida, entendia-se que o dano reclamado era incerto, pois não havia certeza de que, caso o cavalo tivesse sido entregue, ganharia efetivamente a corrida.

Contudo, com o desenvolvimento da concepção de que a perda da chance consubstanciaria um dano específico, passou-se a entender que a aplicação da teoria não impactaria a exigência de certeza do dano. Nas palavras de Caio Mário Pereira da Silva: “É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na ideia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a *certeza do dano*.”⁴¹⁷

René Chapus, em meados da década de 50, trazia a questão da perda da chance e a admissão da responsabilidade daí decorrente em meio à discussão a respeito do requisito de certeza do dano.

À época, consignou que o Conselho de Estado se mostrava mais rígido na análise desse requisito em comparação aos tribunais civis franceses, mas ressaltou a possibilidade teórica de se admitir a reparação pela perda de uma chance também na esfera administrativa:

⁴¹⁷In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 58.

Une intéressante application du principe de la réparation du préjudice certain est l'indemnisation de la perte d'une chance sérieuse de gain ou d'avantages quelconques.

[...]

Quant au Conseil d'Etat, s'il refuse généralement de réparer la perte d'une chance, ce n'est nullement parce qu'il aurait une position de principe opposée à celle des tribunaux judiciaires, mais à cause de la plus grande sévérité avec laquelle il apprécie le caractère sérieux de la chance perdue. C'est ainsi que, s'il estime qu'un requérant ne peut alléguer qu'il a subi un préjudice certain du fait que, par la faute de l'administration, il a perdu la chance d'obtenir un emploi, c'est parce que « aucune offre ferme d'emploi » ne lui avait été faite (C.E. 29 juillet 1950, *Bourdeaux*, Rec. p. 497, 2^a esp.; v. aussi C.E. 28 juillet 1951, *Soc. d'exploitation des forges at ateliers de Lyon*. Rec., p. 453: omission par le séquestre d'une société de lever une option immobilière avantageuse). Toutefois, il semble - autant qu'on en puisse juger d'après les circonstances de fait relatées dans les arrêts - que parfois il répare effectivement la perte d'une chance lorsqu'il alloue des dommages-intérêts à raison des « troubles survenus dans les conditions d'existence » du requérant (v. par exemple: C.E. 20 décembre 1911, *Ville de Paris*, Rec. p. 1218).⁴¹⁸

Anos depois, em seu Manual de Direito Administrativo, René Chapus foi expresso no sentido de que a perda da chance constitui dano certo, desde que a chance seja séria, citando hipóteses de aplicação em matéria de responsabilidade civil do Estado. Confirma-se:

Mais la «perte d'une chance» est constitutive d'un préjudice certain, s'il s'agissant d'une chance sérieuse.

Ouvrent ainsi droit à réparation la perte (du fait d'une décision administrative ou d'une absence de décision, ou d'un retard, ou d'un accident) d'une chance sérieuse de réussir à un examen ou à un concours de la fonction publique ou de bénéficier d'un avancement ou d'une titularisation (1), d'obtenir un emploi, public ou privé (2), ou bien un contrat (3), ou d'obtenir le paiement de certaines sommes d'argent (4).

⁴¹⁸In: CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris: LGDJ, 1954. p. 406-407. Tradução livre: "Uma aplicação interessante do princípio da reparação do dano certo é a indenização da perda de uma chance séria de ganho ou de qualquer outra vantagem. [...] Quanto ao Conselho de Estado, se geralmente se recusa a reparar a perda de uma chance, não é de modo nenhum porque teria uma posição de princípio oposta àquela dos tribunais judiciais, mas por causa da maior rigidez com a qual ele aprecia o caráter sério da chance perdida. É assim que, se ele considera que um requerente não pode alegar que ele sofreu um certo prejuízo pelo fato de que, por culpa da administração, ele perdeu a chance de obter um emprego, é porque que "nenhuma oferta firme de emprego" lhe tinha sido feita (C.E., 29 de julho de 1950, Bourdeaux, Rec. P. 497, 2^a esp.; v. também C.E. 28 de julho de 1951, Soc[iedade] de exploração de ferragens e oficinas de Lyon, Rec., p. 453: omissão na penhora de uma empresa para levar uma opção de imóvel vantajosa). No entanto, parece - tanto quanto pode ser julgado a partir das circunstâncias de fato relatadas nas decisões - que às vezes ele repara efetivamente a perda de uma chance quando atribui as perdas e danos aos "problemas oriundos das condições de existência" do requerente (v., por exemplo: C.E. 20 de dezembro de 1911, Cidade de Paris, Rec. 1218)."

Et il en va de même pour la perte (en conséquence d'erreurs de diagnostic ou de négligences) d'une chance sérieuse d'éviter une infirmité ou une opération chirurgicale (5).⁴¹⁹

De fato, com a diferenciação entre o resultado perdido e a oportunidade de conseguirlo, bem como o desenvolvimento de requisitos próprios relacionados à admissão da chance reparável, afastaram-se os questionamentos relacionados à possibilidade de se conceber a existência de um dano certo com a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Para aqueles que entendem que a perda da chance equivaleria a um dano patrimonial ou extrapatrimonial, pode-se afirmar que estaria logicamente englobada em hipóteses de danos já admitidas em matéria de responsabilidade civil do Estado.

Edmir Netto de Araújo, por exemplo, é expresso no sentido de que a indenização do lesado pelo Estado deve abranger os danos emergentes, lucros cessantes e outros valores acessórios, como juros, correção monetária, honorários e outras despesas:

Ou seja, a indenização deverá abranger aquilo que o lesado realmente perdeu, despendeu e até mesmo o que deixou com certeza de ganhar, ou seja, na linguagem do Direito Civil, os *danos emergentes* e os *lucros cessantes*, modalidades que se verificam isolada ou cumulativamente, com base em distinção entre dano atual e futuro. Não se excluem, todavia, juros, correção monetária, honorários advocatícios e outras despesas, tudo apurado pelos sistemas judiciais de liquidação das obrigações.⁴²⁰

Ademais, é certo que, além de danos materiais ou patrimoniais, que englobam os danos emergentes e lucros cessantes, o Estado pode igualmente causar danos morais ou extrapatrimoniais, que serão igualmente passíveis de indenização⁴²¹.

A Constituição Federal determina expressamente essa possibilidade no artigo 5º, incisos V e X, que preveem respectivamente: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e “são

⁴¹⁹CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 15. éd. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 1.236. Tradução livre: “Mas a “perda de uma chance” é constitutiva de um dano certo, tratando-se de uma chance séria. Abrem, assim, o direito à reparação a perda (em razão de uma decisão administrativa ou ausência de decisão, ou de um atraso, ou de um acidente) de uma chance séria de sucesso em um exame ou concurso público ou de se beneficiar de uma promoção ou titulação (1), de obter um emprego, público ou privado (2), ou ainda um contrato (3), ou de obter o pagamento de certas somas de dinheiro (4). E o mesmo vale para a perda (como resultado de erros de diagnóstico ou de negligências) de uma chance séria de evitar uma enfermidade ou uma operação cirúrgica (5).”

⁴²⁰In: ARAÚJO, Edmir Netto. A reparação do dano causado pelo Estado ao administrado, *cit.*, p. 1.121.

⁴²¹NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, *cit.*, p. 859.

invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No entanto, caso se admita a perda da chance como uma categoria distinta de dano ou um dano específico, tal como vem sendo preconizado pelo STJ⁴²², seria também tal dano admitido em face da Administração Pública?

Entende-se que sim. A Constituição Federal, ao regular a responsabilidade civil do Estado o fez de forma ampla, dando ênfase ao resultado danoso, sem qualquer restrição no tocante às modalidades de dano admitidas.

Aplica-se, nesse ponto, a máxima de que “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir” (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). São pertinentes as lições de Carlos Maximiliano a respeito do aludido brocardo:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.⁴²³

Obviamente não se trata de premissa absoluta, já que em determinados casos a norma objetiva pode não se estender a hipóteses específicas e é possível que outras disposições sobre a mesma matéria prescrevam limites ou exceções ao preceito amplo, devendo, logicamente, haver uma interpretação sistemática nesse tocante. Contudo, parece-nos que a responsabilidade civil do Estado foi propositalmente tratada de forma ampla, especialmente no que tange aos danos passíveis de reparação, e deve ser assim interpretada.

Ademais, como ensina Anderson Schreiber, no que concerne ao dano ressarcível, os ordenamentos modernos se dividem em duas vertentes: “(i) ordenamentos típicos ou fechados, que indicam taxativamente os interesses cuja violação enseja um dano reparável; e (ii) ordenamentos atípicos ou abertos, que não empregam semelhante restrição.”⁴²⁴

⁴²²Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2010, *cit.*; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2012, *cit.*

⁴²³In: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 225.

⁴²⁴In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 100.

Como exemplo de ordenamento típico, cita, originariamente, o ordenamento alemão, em que o ressarcimento dos danos vem assegurado em face de lesão a interesses tipificados em lei. Já como exemplo de ordenamento atípico, cita o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento de danos, inclusive morais, precisamente no artigo 186 do Código Civil atual⁴²⁵ ⁴²⁶.

Em virtude da noção abertíssima de dano, Anderson Schreiber afirma que o desafio imposto aos juristas brasileiros é o de definir métodos de aferição deste merecimento de tutela, reconhecendo o importante papel da discricionariedade judicial, mas sem deixar a tarefa exclusivamente ao árbitro dos tribunais⁴²⁷.

Tendo se apontado anteriormente que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido a reparação pela perda de uma chance, entende-se que tal possibilidade deve ser estendida à responsabilidade civil do Estado, que tem seguido, em matéria de dano ressarcível, as disposições constitucionais, mas também normas infraconstitucionais e diretrizes aplicáveis à esfera civil.

Frisa-se, vez mais, que o entendimento que parece prevalecer atualmente no STJ⁴²⁸ é justamente o de que a perda da chance constitui um dano específico, mesmo quando aplicado na seara médica. Desse modo, partindo-se dessa premissa, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a admissão dessa categoria de dano no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

De todo modo, não se poderá deixar de analisar os demais requisitos já abordados no tocante ao dano ressarcível para que efetivamente se cogite o dever de reparação em face da Administração Pública. Portanto, mesmo diante de hipótese em que se admita a perda da chance como dano específico, será necessário analisar: (a) a existência de lesão a um bem

⁴²⁵“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴²⁶Anderson Schreiber aponta a insuficiência do artigo 186 do Código Civil, entre outras razões, pelo fato de que a responsabilidade objetiva elimina o peso atribuído à ilicitude na conceituação de dano, enfatizada no referido dispositivo legal (In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, cit., p. 104-105).

⁴²⁷*Id. Ibid.*, p. 107.

⁴²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2012, cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.308.719 - MG (2011/0240532-2)*. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013, cit.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.08.2014, cit.

jurídico tutelado pelo ordenamento; (b) a antijuridicidade do dano; (c) a anormalidade do dano e (d) a especialidade do dano.

Entretanto, explicou-se anteriormente que uma corrente doutrinária sustenta que a aplicação da teoria da perda de uma chance reclama, a bem da verdade, uma noção não ortodoxa de nexo causal.

Assim, cabe analisar se, dentro dessa concepção acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, mesmo que não prevalecente nos tribunais brasileiros, seria compatível a sua admissão em relação à responsabilidade civil da Administração Pública.

Demonstrou-se, nesse particular, que o nexo de causalidade constitui um elemento-chave em matéria de responsabilidade civil do Estado, até porque os principais meios da exclusão da obrigação de indenizar estão relacionados com a interrupção o nexo causal.

Como mencionado, a Constituição Federal trata genericamente do nexo de causalidade ao tratar da responsabilidade civil do Estado, apenas estabelecendo a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros.

Passando então à legislação infraconstitucional, tem-se como único dispositivo relevante para a matéria o artigo 403 do Código Civil⁴²⁹, que, segundo parte da doutrina⁴³⁰ e jurisprudência⁴³¹, consagrou a teoria dos danos diretos e imediatos para a responsabilidade civil contratual e extracontratual.

A despeito dessa previsão expressa e mesmo após o desenvolvimento da subteoria da necessidade, que melhor explicaria os danos *diretos e imediatos*, fato é sob o ponto de vista prático a referida teoria sofre relativizações.

Os tribunais empregam as diversas teorias de causalidade sem seguir qualquer padrão, buscando, em especial, uma solução flexível. Segundo pontua Anderson Schreiber: “A indefinição quanto às teorias da causalidade tem servido, muito mais do que a qualquer

⁴²⁹“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”.

⁴³⁰SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, *cit.*, p. 60-61.

⁴³¹Apontam-se, novamente, os seguintes precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Segundo Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 1.853 - GO*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.08.2018, *cit.*; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 754.859 – GO (2015/0189097-6)*. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02.06.2016, *cit.*; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 719.738 - RS (2005/0012176-7)*. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.09.2008, *cit.*

das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos.”⁴³² E é justamente dentro desse contexto de buscar garantir reparação às vítimas que a jurisprudência tem aceitado alargar a responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato, o que se mostra especialmente claro em hipóteses de omissão.

A bem da verdade, nesses casos, a orientação recente do STF conversa com a noção de imputação, pois, embora não se estabeleça um nexo de causalidade fático, imputa-se o resultado ao agente por meio de uma causalidade juridicamente estabelecida, desde que haja o dever legal específico de agir e a possibilidade de fazê-lo⁴³³.

O que se denota é que, de fato, a jurisprudência tem admitido certa flexibilidade na análise do nexo de causalidade, justamente porque se trata de um problema eminentemente empírico. E, conforme Fernando Dias Menezes de Almeida, as teorias constituem oferta de argumentos de retórica para o juiz escolher a causa juridicamente relevante⁴³⁴.

Tendo-se em pauta apenas a disposição do artigo 403 do Código Civil, que prevê a teoria dos danos diretos e imediatos, pode-se encontrar dificuldade em se aplicar a teoria da perda de uma chance como uma noção alternativa de causalidade.

Por exemplo, no caso de omissão médica na prescrição de tratamento específico para determinada doença, o magistrado pode ter dificuldade em associar eventual morte ou qualquer consequência de saúde como causa direta e imediata da omissão e não propriamente do desenvolvimento da doença.

Poderia se alegar, por um lado, que o exercício a ser empreendido pelo juiz em casos envolvendo a perda da chance deve ser similar àquele empregado em hipóteses de omissões estatais. Ou seja, far-se-á uma análise quanto à existência de dever de agir e também possibilidade de agir para evitar o dano, procedendo-se, ainda, com uma verificação quanto ao requisito de que a chance se mostre *séria e real*.

De mais a mais, poderia se alegar que efetivamente a verificação do nexo causal tem sido cada vez mais flexível e que caberá ao magistrado, diante do caso concreto e a partir

⁴³²In: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, cit., p. 65.

⁴³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 841.526 - RS*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, cit.

⁴³⁴ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*, cit., p. 387.

dos elementos probatórios disponíveis, aferir se a omissão médica que ensejou a perda da chance constitui uma causa juridicamente relevante.

Todavia, nos casos de omissão, espera-se que haja uma avaliação concreta a respeito da possibilidade da conduta estatal ter impedido o dano e também a respeito da relevância da relação estabelecida entre essa conduta e o dano suportado pelo lesado. Ou seja, deve-se analisar a possibilidade efetiva de, não havendo a omissão, o dano ter sido evitado.

Nos casos de perda da chance, por outro lado, pressupõe-se a existência de um processo aleatório, em que, por definição, será inviável saber o que teria acontecido caso a chance não tivesse sido perdida, de modo que as presunções ordinárias, em tese, são inadequadas e esse exercício não poderá ser empreendido de forma satisfatória.

Dentro desse contexto, surge como proposição a adoção da causalidade parcial, que sugere um nexo de causalidade proporcional às chances efetivas de que a conduta tenha causado o dano, com a concessão de uma indenização correspondente à porcentagem admitida, ou então a adoção de uma presunção causal.

Lembremos que, para aqueles que relacionam a aplicação da teoria da perda de uma chance a um problema de causalidade, seria inviável a concepção da perda da chance como um dano específico em razão da sua indissociabilidade com o dano final.

Defendem então a utilização das chances perdidas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final⁴³⁵, ressaltando que nunca haveria certeza em relação ao nexo causal, de modo que o convencimento do magistrado é firmado com base em elementos disponíveis e, bem assim, probabilidades.

Normalmente, no tocante à configuração da responsabilidade, valeria a regra do “tudo ou nada”, sem se admitir uma gradação causal, baseada também em probabilidades. Assim, com base na concepção de causalidade parcial, propõem que a reparação seja admitida e que a indenização seja fixada conforme a probabilidade de causação de dano.

Recorde-se que Alice Minet, por outro lado, embora concorde com a premissa de que todos os conflitos de perda de chance envolvem uma incerteza causal, apresenta uma sugestão diversa em relação à forma de tratamento dessas hipóteses por parte da jurisprudência e ao modo quantificação da indenização.

⁴³⁵SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 50.

Ao analisar a aplicação prática da teoria da perda de uma chance por parte da jurisprudência administrativa francesa, afirma que a redução proporcional da indenização em casos de aplicação da perda da chance nem sempre seria observada. Ela propõe uma sistematização dessa questão, para que haja maior previsibilidade a respeito, e sugere que o tipo de álea que envolve o conflito seja o fator determinante da incidência da reparação total ou proporcional.

Nos casos que envolvem uma incerteza técnica, como os de álea econômica ou médica, propõe que a indenização seja integral, justamente porque são hipóteses em que se aplica a presunção de causalidade. Já nos casos que envolvem uma álea em virtude da discricionariedade de alguém (Administração Pública, terceiro ou da própria vítima, nos casos de falta de informação), sugere a aplicação da reparação proporcional, pois, nessas situações, a resposta para a incerteza causal seria o deslocamento do objeto de reparação para a chance perdida.⁴³⁶

Diferentemente de Alice Minet, René Chapus, ao abordar o tema, não menciona ou referenda essa divergência da jurisprudência administrativa francesa no tocante à quantificação da indenização. Após afirmar que a perda de uma chance pode constituir um dano certo, desde que a chance seja séria, ressalta que, segundo a fórmula dos tribunais judiciais, e que a jurisprudência administrativa ajudou a desenvolver, a reparação deve ser medida pela chance perdida e não pela vantagem que poderia se obter não fosse a frustração dessa chance⁴³⁷.

Ocorre que a noção de causalidade parcial não encontra respaldo em qualquer dispositivo do nosso ordenamento jurídico brasileiro, tampouco na doutrina e na jurisprudência pátrias. Na mesma linha, não se vislumbra qualquer fundamento normativo que justifique o arbitramento de indenização de forma proporcional à probabilidade de causação do dano admitida.

Inexistindo base legal para a adoção da causalidade parcial, tampouco robusto fundamento doutrinário e jurisprudencial, parece-nos que a aplicação desse raciocínio poderia ser extremamente perigosa no Brasil, especialmente em matéria de responsabilidade civil do Estado, já deveras alargada.

⁴³⁶MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 595-596.

⁴³⁷In: CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 15. éd. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1, p. 1.236-1.237.

O nexó de causalidade constitui elemento-chave ao se tratar de responsabilidade objetiva e responsabilidade civil do Estado. Nesse contexto, é preciso rigor na análise desse pressuposto, sob pena de se admitir que pretensões das mais diversas sejam acatadas com base em uma possibilidade de que o Estado, por meio de qualquer ato ou omissão, tenha contribuído em determinado percentual para a causação do dano final.

Consideradas as variadas funções do Estado, isso poderia em última instância responsabilizá-lo além do razoável.

Se René Savatier já alertava para os riscos da aplicação dessa concepção da teoria da perda de uma chance anos atrás, voltado para o âmbito civil na França, que dirá ao se admitir a aplicação contra o Estado, em meio ao regime brasileiro.

Nesse particular, convém ressaltar que, a despeito do nosso Direito Administrativo ter forte inspiração francesa, os sistemas da França e do Brasil, em matéria de responsabilidade civil, possuem diferenças substanciais.

Daniel Wunder Hachem explica que a grande questão sobre a qual se funda a sistemática francesa de responsabilidade civil do Estado reside na ocorrência de falta (e não propriamente culpa), entendida como descumprimento de uma obrigação jurídica. Há, outrossim, situações que estão submetidas à responsabilidade que denominamos objetiva (*sans faute*), sendo o critério delimitador a natureza da atividade⁴³⁸.

Nesse tocante, pontua que a abrangência da teoria do risco é mais restrita no Direito francês, sendo que apenas atividades que envolvem um risco excepcional gozam do regime de responsabilidade objetiva com fulcro na teoria do risco, como danos causados a terceiros por trabalhos públicos, bens e métodos perigosos e risco da vizinhança. Por outro lado, aplica-se a teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos a determinadas hipóteses, como para a responsabilidade decorrente de atos legislativos, de convenções internacionais, de regulamentos e de decisões administrativas regulares⁴³⁹.

Dentro desse contexto, o campo de responsabilização civil do Estado no Brasil já é alargado, sendo que a admissão da causalidade parcial poderia ser de fato temerária, abrindo margem para pretensões descabidas.

⁴³⁸In: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria do *faute du service*, *cit.*, p. 1.143-1.144.

⁴³⁹In: *Id. Ibid.*, p. 1.146.

Por outro lado, a adoção de uma presunção causal e a concessão de indenização integral, tal como propõe Alice Minet para determinadas hipóteses na França, parece contrariar as premissas já estabelecidas na doutrina e na jurisprudência brasileiras no tocante aos pressupostos gerais da responsabilidade civil e também os requisitos específicos de aplicação da teoria da perda de uma chance.

O STJ, como já se adiantou, não acolhe a concepção da perda da chance como meio de mitigação do nexos causal. Mesmo em casos relacionados à seara médica, vê-se a tendência em admitir a perda da chance como dano específico e até autônomo⁴⁴⁰. E, de fato, o posicionamento se mostra coerente com a conclusão de Rafael Peteffi da Silva de que o ordenamento jurídico brasileiro não apresentaria entraves a uma noção alargada de dano⁴⁴¹, ao passo que, ao defender a aplicação dessa noção alternativa de causalidade, afirma que sua utilização deveria ser cautelosa e constituir opção subsidiária do intérprete, após esgotadas as possibilidades de utilização ortodoxa do nexos causal.

Assim, como a própria jurisprudência pátria não acolheu, ao menos até o momento, a concepção da perda da chance associada a uma noção alternativa de causalidade, mostra-se inclusive despropositada a discussão, podendo ser adotada a teoria da perda da chance em face da Administração sob a premissa de que constitui um dano específico passível de reparação, desde que a chance seja séria e real e sejam observados todos os demais pressupostos aplicáveis.

Por fim, ao se admitir a teoria da perda de uma chance como uma técnica decisória, tal como sugere Daniel Amaral Carnaúba, entende-se que igualmente será cabível a sua aplicação em face da responsabilidade civil do Estado.

⁴⁴⁰Citam-se trechos de acórdão relatado pela Min. Nancy Andrigui, especialmente quando defende a adequação da teoria que classifica a perda da chance como dano autônomo:

“O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexos causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

[...]

Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)*. Rel. Min. Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 04.12.2012, *cit.* p. 11 e 13).

⁴⁴¹SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, *cit.*, p. 258-259.

Até porque, em alguma medida, a técnica decisória possui pontos de convergência com a concepção que trata a chance perdida como dano específico.

De acordo com Daniel Amaral Carnaúba, o exame a respeito da certeza do prejuízo e do nexo de causalidade depende de uma operação intelectual do magistrado de especulação em relação ao que teria ocorrido sem o fato imputável ao réu, uma reconstrução hipotética da realidade (raciocínio contrafactual)⁴⁴².

No entanto, a incerteza contrafactual inerente às hipóteses que envolvem interesses aleatórios impossibilitaria essa operação intelectual por parte do magistrado, impedindo a constatação de prejuízo certo e se opondo à ideia de causalidade jurídica⁴⁴³.

Assim, a reparação das chances seria uma técnica para superar o problema de lesão a interesses aleatórios, por meio da qual haveria um deslocamento da reparação da vantagem aleatória pretendida pela vítima, que estaria envolta em incerteza, para a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem⁴⁴⁴. É dizer: há uma substituição de um prejuízo pelo outro, o que refletirá no momento da quantificação da indenização, mas com essa técnica se permite a identificação de uma certeza em meio ao litígio.

Como pode se depreender, a técnica decisória proposta por Daniel Amaral Carnaúba desloca a reparação, que ao invés de visar à vantagem final, passa a recair sobre a chance de obtenção dessa vantagem, que desapareceu em função de determinado ato imputável ao réu. Ele ressalta que não se trata de mero reconhecimento de uma nova espécie de prejuízo, mas de verdadeira substituição de um prejuízo pelo outro.

No entanto, entende-se que a lógica se assemelha àquela que permeia a concepção da perda da chance com um dano específico. Afinal, as duas concepções pressupõem a admissão de um prejuízo diverso da vantagem final almejada, com vistas a possibilitar a reparação, contornando a incerteza inerente ao processo aleatório.

Nessa medida, toda a análise a respeito da admissibilidade de se reparar o dano específico consubstanciado na perda da chance em se tratando de responsabilidade civil do Estado se aplica igualmente à ideia de reparação das chances como técnica decisória.

⁴⁴²In: CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, cit., p. 67-68.

⁴⁴³*Id. Ibid.*, p. 68.

⁴⁴⁴*Id. Ibid.*, p. 103.

Conquanto haja um acórdão do STJ que acolhe a concepção proposta por Daniel Amaral Carnáuba⁴⁴⁵, ainda prevalece a posição que conceitua a perda da chance como dano específico, conforme anteriormente demonstrado.

Por todo o exposto, mostra-se compatível a aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil à luz do ordenamento jurídico pátrio, pressupostos de caracterização necessários e diretrizes doutrinárias e jurisprudências sobre a matéria, especialmente ao se admitir a prevalência da concepção da perda da chance como dano específico, que nos parece igualmente passível de reparação no âmbito da responsabilidade civil estatal.

Lógica similar seria aplicável à concepção da reparação das chances como técnica decisória, porém se trata de posicionamento ainda isolado e sem representatividade até o momento.

A admissão da perda da chance de forma relacionada a uma aplicação não ortodoxa do nexo causal não parece encontrar eco na jurisprudência pátria e suscita dificuldades diante da ausência de base legal. Sob o ponto de vista prático, não se pode, contudo, negar a interpretação flexível que vem sendo dada ao nexo de causalidade e o alargamento da responsabilização civil do Estado, independentemente da teoria dos danos diretos e imediatos, preconizada pelo Código Civil.

Essa conjuntura jurisprudencial abre margem para uma possível aplicação da perda da chance com uma noção não ortodoxa de nexo de causalidade. Todavia, parece-nos uma iniciativa perigosa, especialmente em se tratando de responsabilidade civil do Estado, já alargada dentro do regime brasileiro.

Portanto, com vistas a manter uma coerência nacional em relação ao regime da responsabilidade civil, reputa-se necessária a aplicação da teoria da perda de uma chance em conformidade com as bases já aceitas para a esfera civil, observando-se os pressupostos específicos delineados em relação à caracterização de chances sérias e reais e, da mesma forma, observando-se as diretrizes de quantificação de indenização correlatas.

⁴⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.540.153 - RS (2015/0082053-9)*. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.04.2018, *cit.*

3.3. Hipóteses concretas de enquadramento a partir da experiência francesa

O Conselho de Estado francês, órgão máximo da jurisdição administrativa francesa, desde muito aplica a teoria da perda de uma chance, havendo até discussão se o Conselho de Estado não precedeu a Corte de Cassação francesa na aplicação consciente da perda da chance⁴⁴⁶.

Na síntese de Alice Minet, a aplicação da teoria da perda de uma chance, no âmbito do Direito Administrativo, teria cabimento quando o administrado tem sua situação, cujo resultado tem um caráter aleatório inicial, perturbada por um fato imputável à Administração, fato este que impede o administrado de obter o que esperava. Confira-se:

Un administré qui voit sa situation perturbée par le fait d'une personne publique tente généralement de rechercher la responsabilité de cette dernière afin d'obtenir une indemnisation pour le dommage subi. Le caractère initialement aléatoire du résultat de sa situation n'y change rien. Le requérant prétend alors que le fait de l'administration l'a empêché d'obtenir ce qu'il espérait. C'est dans cette hypothèse particulière que la perte de chance est utilisée dans le contentieux de la responsabilité administrative extracontractuelle.⁴⁴⁷

Nota-se que a introdução da teoria em meio à jurisprudência administrativa francesa se deu de forma discreta, silenciosa⁴⁴⁸ e gradual. Ao longo do tempo, os juízes administrativos foram ampliando o campo de aplicação da perda de uma chance a litígios específicos⁴⁴⁹.

René Chapus menciona a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de decisão administrativa, ausência de decisão, ou mesmo de seu retardamento, bem como em casos de acidente. Cita, ademais, hipóteses concretas extraídas da jurisprudência, tal como a perda da chance de sucesso em um concurso público ou de obter promoção, de obter um emprego público ou privado, um contrato, o pagamento de certos

⁴⁴⁶MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 19-23.

⁴⁴⁷Tradução livre: “Um administrado que vê sua situação perturbada pelo fato de uma pessoa pública tenta, geralmente, buscar a responsabilidade desta última a fim de obter uma indenização pelo dano sofrido. O caráter inicialmente aleatório do resultado de sua situação não altera nada. O requerente alega então que o fato da administração o impediu de obter o que esperava. É nessa hipótese particular que a perda da chance é utilizada no contencioso da responsabilidade administrativa extracontratual.” (*Id. Ibid.*, p. 83).

⁴⁴⁸MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 283; SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la puissance publique*. Paris: LGDJ, 1994, pp.7-8.

⁴⁴⁹MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 83.

valores em moeda ou, ainda, a perda da chance de evitar uma incapacidade ou procedimento cirúrgico, em razão de erro de diagnóstico ou negligência⁴⁵⁰.

Pode-se dizer, atualmente, que o campo de aplicação da teoria da perda de uma chance em matéria administrativa na França normalmente envolve litígios relacionados à função pública (agentes públicos), à responsabilidade médica ou hospitalar, à obtenção de contratos administrativos, bem como relacionados a mandatários da justiça⁴⁵¹, embora seja possível localizar eventualmente outras hipóteses de aplicação.

O início da aplicação da teoria se deu no âmbito de litígios envolvendo a função pública. Conforme se adiantou, após alguns julgados que tangenciavam a questão, o Conselho de Estado consagrou a noção de perda de chance pela primeira vez em acórdão datado de 3 de agosto de 1928, comumente chamado *Sieur Bacon*⁴⁵².

No caso, um agente solicitou uma promoção à Administração Pública, mas a sua candidatura foi rejeitada pela comissão responsável, na medida em que ele não possuía um certificado de conhecimento em línguas e não poderia reivindicar a isenção prevista em um decreto. O Conselho de Estado entendeu que a comissão havia interpretado erroneamente o decreto e que o autor se beneficiava da isenção, de modo que o pedido foi ilegalmente rejeitado. Concluiu então que a irregularidade cometida privou o requerente das chances de avanço na carreira com as quais ele poderia legitimamente contar e, por tal razão, poderia o autor reclamar uma indenização pelo prejuízo causado por falha atribuível à Administração⁴⁵³.

Narra Alice Minet que três decisões anteriores tiveram um papel importante na consagração da perda de uma chance no aludido acórdão.

⁴⁵⁰In: CHAPUS, René. *Droit administratif general*, cit., p. 1.236.

⁴⁵¹«Le champ de la perte de chance dans le contentieux de la responsabilité administrative est généralement présenté à la manière d'un catalogue. Les auteurs ont pris l'habitude de dresser une liste d'exemples illustrant les contentieux épars les plus importants dans lesquels le juge administratif fait usage de l'instrument: contentieux de la responsabilité en matière de fonction publique, contentieux de la responsabilité hospitalière, contentieux de la responsabilité à propos de la passation des contrats administratifs, contentieux de la responsabilité des mandataires de justice. Ces grandes rubriques donnent déjà un aperçu du large éventail construit progressivement par le juge administratif.» (MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 84). Tradução livre: "O campo da perda de chance no contencioso da responsabilidade administrativa é geralmente apresentado na forma de um catálogo. Os autores criaram o costume de fazer uma lista de exemplos ilustrando os contenciosos mais importantes nos quais o juiz administrativo faz uso do instrumento: contencioso da responsabilidade em matéria de função pública, contencioso da responsabilidade hospitalar, contencioso da responsabilidade quanto à obtenção dos contratos administrativos, contencioso da responsabilidade dos mandatários da justiça. Essas grandes rubricas já dão uma visão do grande leque construído progressivamente pelo juiz administrativo."

⁴⁵²SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la puissance publique*. Paris: LGDJ, 1994. p. 2.

⁴⁵³MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 27-28.

De acordo com os termos da decisão *Sieur Rodière*, de 26 de dezembro de 1925, o ministro deve buscar meios de assegurar a cada funcionário sob sua autoridade a continuidade de sua carreira com o desenvolvimento normal e as chances em que, nas relações com outros funcionários, pode legitimamente se basear em vista dos regulamentos em vigor. Assim, em caso de destituição ilegal, a carreira do agente público deve ser restabelecida na posição que normalmente se encontraria, não fosse a irregularidade cometida.⁴⁵⁴

A noção não apresentaria dificuldades no tocante ao desenvolvimento com base no critério de antiguidade, mas, por outro lado, levantaria questões delicadas relacionadas às promoções a critério da discricionariedade da Administração. Seria, assim, um trabalho de conjectura ao qual se entregaria o juiz.

Alguns anos antes, o Conselho de Estado tinha permitido a um agente público prejudicado por ato anulado, que não pôde restaurar sua carreira normal, a possibilidade de exigir indenização, inclusive se baseando em promoções eletivas em que não podia intervir. Na decisão *Sieur Guyon*, de 22 de abril de 1921, o Conselho de Estado considerou que o requerente não tinha o direito de "reivindicar a sua nomeação retroativa" a uma classe superior, uma vez que a promoção a essa classe estava dentro do poder discricionário da Administração, mas poderia reivindicar o direito à indenização por causa da impossibilidade de competir pela promoção no momento em que justificou o atendimento às condições exigidas. Por uma segunda decisão de mesmo nome, datada de 8 de agosto de 1924, o Conselho de Estado assumiu então a responsabilidade da Administração Pública, levando em conta as possibilidades de progresso do requerente que poderiam ser apreciadas a partir dos autos⁴⁵⁵.

Portanto, o Conselho de Estado, na decisão *Sieur Bacon*, ao conceder indenização pelas chances com as quais o agente público poderia legitimamente contar, não fosse a falha da Administração, combinou as ideias tratadas nessas decisões anteriores.

Alice Minet, ao tratar das hipóteses de aplicação da teoria no âmbito da responsabilidade da Administração Pública, menciona que o contencioso da função pública está repleto de casos em que a vítima se encontra em processo aleatório no momento da intervenção causada pela Administração. Cita, como exemplos, hipóteses de concurso para cargos públicos e competições internas, ressaltando que o concurso é um processo aleatório por excelência, casos de funcionários que esperam promoções por escolha, em que não há

⁴⁵⁴MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 25-26.

⁴⁵⁵*Id. Ibid.*, p. 26-27.

um direito assegurado em seu favor, assim como estagiários que não têm direito à posse ou candidatos à integração em determinado órgão, que não poderiam reivindicar esse direito⁴⁵⁶.

Após o precedente de 1928, não houve um movimento frenético de aplicação da teoria na jurisprudência administrativa francesa. O Conselho de Estado por algumas décadas aplicou a teoria da perda de uma chance em casos pontuais, sobretudo em litígios envolvendo a função pública.

A década de 60 foi marcada pela introdução da teoria da perda de uma chance na seara médica, tanto na esfera judicial como na esfera administrativa francesa. Os litígios que envolvem erro de diagnóstico ou atraso no atendimento são, por vezes, resolvidos por meio da teoria da perda de uma chance.⁴⁵⁷

A decisão que marcou a introdução da perda da chance na responsabilidade hospitalar no âmbito da jurisprudência administrativa é comumente chamada *Hôpital-Hospices de Voiron*, e foi proferida em 1964. No caso, diversas negligências foram cometidas pela equipe médica no pós-operatório do paciente, as quais teriam comprometido a chance de evitar a amputação da sua perna, justificando assim a concessão de indenização pelos danos sofridos⁴⁵⁸.

A transposição da teoria da perda de uma chance para litígios envolvendo contratos administrativos se deu na década de 70, como explica Alice Minet, sendo a decisão *Sieur Monti*, proferida em 1970, um marco dessa transposição. Na ocasião, o Conselho de Estado teria concordado em resolver reclamações de candidatos excluídos ilegalmente do procedimento de obtenção do contrato administrativo por meio da teoria da perda de uma chance⁴⁵⁹. No entanto, a indenização teria sido determinada em conformidade com o benefício que seria obtido a partir da execução do contrato.

A parametrização da forma de indenização parece, nesse ponto, inadequada à luz dos ditames da teoria da perda de uma chance. Afinal, conforme se abordou anteriormente, ela deveria pressupor a aplicação de um coeficiente redutor sobre o benefício final almejado.

De toda forma, conforme explicou Alice Minet, essa é uma realidade da jurisprudência administrativa francesa, em que se verifica a adoção de diferentes critérios de quantificação dos casos de perda de uma chance, sem uma sistematização a respeito.

⁴⁵⁶MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 84-85.

⁴⁵⁷*Id. Ibid.*, p. 85-86.

⁴⁵⁸*Id. Ibid.*, p. 113.

⁴⁵⁹*Id. Ibid.*, p. 86.

Tal situação se mantém até os dias de hoje, sendo a perda de lucro indenizada nos casos em que a ilegalidade da Administração enseja a perda de chances sérias de obter o contrato⁴⁶⁰.

Nos anos 2000, o Conselho de Estado estendeu a aplicação da teoria da perda da chance para hipóteses de falta de informação médica e conflitos envolvendo mandatários da justiça, estes últimos já tempos depois da aplicação levada a efeito pelos tribunais judiciais franceses quanto ao mesmo tema.

Nos casos de falha do dever de informação médica em relação aos riscos e consequências de determinado tratamento, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance se justificaria na medida em que, antes da falha de informação, o paciente estaria em situação de escolher a submissão ou não à prática terapêutica e essa escolha esclarecida teria sido tolhida pela inadequada informação prestada pela equipe médica. O Conselho de Estado teria inaugurado a aplicação da teoria da perda da chance nesse âmbito em 2000, por meio das decisões *Cts Telle et AP-HP c/ M. Guilbot*⁴⁶¹.

O último grande grupo de litígios em que se aplicaria a perda de uma chance seria, então, aquele envolvendo faltas de advogados na defesa dos interesses de seus clientes durante processos em trâmite perante a jurisdição administrativa ou comum. Nesse ponto, Alice Minet ressalta que não se trataria propriamente de uma responsabilidade administrativa, pois não haveria responsabilidade do Poder Público⁴⁶².

Esse tipo de litígio seria submetido inicialmente ao Conselho da Ordem de Advogados vinculada ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação, a depender da jurisdição em que a falta tenha sido cometida. Posteriormente, o Conselho de Estado seria então responsável por aprovar ou não o parecer emitido em relação ao advogado que supostamente arruinou as chances do cliente de vencer demanda contra a Administração Pública.

Com efeito, além dessas disputas, a perda da chance aparece eventualmente em outros litígios, desde que observados os requisitos de aplicação. Alice Minet cita, a título de exemplo: (a) casos relacionados ao registro de médicos em lista de notoriedade, que autorizaria cobrança de valores adicionais por parte desses profissionais; (b) casos de administrados que, em virtude de falta da Administração Pública, não puderam obter determinada autorização que poderia lhe gerar benefícios; (c) casos em que determinado fato

⁴⁶⁰MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 370.

⁴⁶¹*Id. Ibid.*, p. 87.

⁴⁶²*Id. Ibid.*, p. 87-88.

da Administração impediu que o cidadão obtivesse uma isenção fiscal e (d) casos em que houve interrupção de processo judicial envolvendo o cidadão⁴⁶³, entre outros.

Além dessas hipóteses, Alice Minet defende a possibilidade de estender o campo de aplicação da teoria da perda de uma chance, valendo-se das mesmas premissas já utilizadas nesses litígios em que o instituto é costumeiramente aventado.

3.4. Outras possíveis hipóteses de cabimento cogitadas na experiência francesa

Alice Minet ressalta que, embora os juízes administrativos estejam usando cada vez mais a perda de uma chance, ainda não foi explorado todo o seu potencial. Destaca que é difícil identificar todas as situações em que a vítima se encontra em um processo aleatório interrompido por fato da Administração, e tampouco pretende apresentar uma lista exaustiva, mas procura dar algumas possibilidades de extensão da aplicação da teoria, inclusive para evitar decisões divergentes em situações semelhantes.

Para abordar as possibilidades de extensão, Alice Minet procede a uma análise a partir do tipo de álea que envolve o conflito, notadamente: (a) casos em que a álea decorre da discricionariedade da Administração Pública; (b) casos em que a álea decorre da discricionariedade da própria vítima e (c) casos em que a álea decorre de uma incerteza técnica⁴⁶⁴.

Em relação aos casos em que a álea decorre da discricionariedade da Administração Pública, Alice Minet afirma que a utilização da perda da chance em hipóteses que envolvem o poder discricionário da Administração está intimamente ligada à responsabilidade por ilegalidade de ato administrativo. Na maioria dos casos em que a perda da chance é utilizada nesse âmbito, o processo de decisão da Administração Pública foi interrompido ou alterado em virtude de uma ilegalidade.

No entanto, segundo ela, a aplicação do instituto não teria se espalhado para todos os casos similares, pois os juízes administrativos aplicariam a teoria principalmente em litígios envolvendo a função pública e contratos administrativos, bem como, em alguns casos, concessões de autorização⁴⁶⁵.

⁴⁶³MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 88-89.

⁴⁶⁴*Id. Ibid.*, p. 320-224.

⁴⁶⁵*Id. Ibid.*, p. 321.

Nos casos em que a jurisprudência não recorre ao uso da perda da chance, os juízes administrativos pesquisariam se a decisão da Administração Pública foi justificada para inferir se há ou não responsabilidade, mesmo que, na verdade, o poder discricionário da Administração impeça saber com certeza qual decisão teria sido tomada.

Nesse sentido, sugere que tais casos de responsabilidade por ilegalidade sejam apreciados pela perda da chance, na medida em que o poder discricionário da Administração impede que se determine com precisão se a decisão esperada seria tomada na ausência da ilegalidade. Essa evolução teria a vantagem de padronizar o método de julgamento e de respeitar o poder discricionário da Administração em todos os casos em que a obtenção da vantagem desejada pela vítima depende disso⁴⁶⁶.

De fato, Alice Minet ressalta que a existência de um poder discricionário pela Administração Pública é tida como fonte de várias hipóteses de enquadramento da perda de uma chance na jurisprudência administrativa francesa⁴⁶⁷:

L'identification du pouvoir discrétionnaire comme source du caractère aléatoire de la situation de l'administré permet ainsi de réunir dans une même enveloppe de nombreuses utilisations de la perte de chance qui sont souvent présentées de manière cloisonnée en fonction du contentieux dont elles relèvent. Ce regroupement montre qu'une large partie du champ de la perte de chance repose sur l'existence du pouvoir discrétionnaire de l'administration.⁴⁶⁸

Caso se recusasse qualquer possibilidade de indenização em razão do poder discricionário da Administração, estaria se admitindo que a decisão estatal seria aleatória e totalmente imprevisível, dando-lhe ares de arbitrariedade. Assim, a utilização da perda da chance teria um papel importante no sentido de permitir certo controle, respeitando, contudo, a discricionariedade da Administração Pública. Ou seja, o juiz não substitui a decisão da Administração, mas utiliza elementos para aferir as probabilidades diante de elementos concretos⁴⁶⁹. Vejamos o que afirma Alice Minet, focando especialmente nos casos de função pública e contratos administrativos, em que a aplicação da teoria se faz presente:

⁴⁶⁶MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 320-224.

⁴⁶⁶*Id. Ibid.*, p. 325.

⁴⁶⁷*Id. Ibid.*, p. 104.

⁴⁶⁸Tradução livre: "A identificação do poder discricionário como fonte do caráter aleatório da situação do administrado permite, assim, reunir em um mesmo arcabouço, numerosas utilizações da perda de chance que frequentemente são apresentadas de uma forma estrita em função do contencioso às quais dizem respeito. Esse reagrupamento mostra que uma grande parte do campo da perda de chance repousa sobre a existência do poder discricionário da administração."

⁴⁶⁹MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 186-188.

Même s'il permettait d'éviter ce type de confusion, le refus du juge administratif de décider à la place de l'administration n'en était pas moins contestable. En s'abstenant de dire ce qu'aurait pu être la décision de l'administration, le Conseil d'Etat laissait entendre que la décision prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire était purement aléatoire et totalement imprévisible. Ce faisant, il teintait ce type de pouvoir d'une coloration arbitraire.

L'utilisation de la perte de chance dans les contentieux de la fonction publique et de la passation des contrats administratifs vient atténuer cet effet. Cependant, elle suppose que le refus du juge de faire le choix en lieu et place de l'administration perdure. En effet, ce mécanisme répond à l'impossibilité pour le juge de réaliser le raisonnement contrefactuel tendant à déterminer ce qu'il serait advenu pour l'administré en l'absence d'illégalité. Or cette impossibilité découle directement de la position du juge administratif qui s'abstient de se prononcer de manière tranchée sur l'avantage espéré par l'administré. La perte de chance vise donc à surmonter une incertitude causale que le juge a lui-même créée en cherchant à respecter le pouvoir discrétionnaire de l'administration.⁴⁷⁰

De fato, a utilização da teoria da perda da chance em situações que envolvem a discricionariedade da Administração Pública pode ser ressaltada como uma particularidade da aplicação frente ao Estado, nas palavras de Frédérique Sallet:

Ainsi, malgré les similitudes indéniables existant entre la perte de chance de droit privé et celle utilisée par le juge administratif, relatives à leurs domaines d'application (<<professionnel>> au sens large, économique, médical), aux conditions de leur utilisation (dans un contexte de responsabilité pour faute), et à l'importance prise, dans le deux cas, par les facteurs temporels, il n'est pas douteux que la perte de chance utilisée en droit public n'est pas la simple copie conforme la notion du même nom employée dans le cadre de la responsabilité civile.

Si en effet, la mise en valeur de sa fonction explicative dans le domaine de la Santé est susceptible d'être comparée avec l'usage qui en est fait dans le même domaine par le juge civil ou criminel (encore que son emploi en droit public ne puisse pas se voir autant décrié que celui qui en est fait en droit privé, du fait de la réparation de toute façon intégrale octroyée par les juridictions administratives), son utilisation en tant que critère délimitatif par le Conseil d'Etat la dote d'une totale autonomie, dont les éventuelles corrélations avec ce qui existe en matière de recours pour excès de pouvoir,

⁴⁷⁰MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 188. Tradução livre: “Mesmo que permitisse evitar esse tipo de confusão, nem por isso a recusa do juiz administrativo em decidir no lugar da administração é menos questionável. Ao abster-se de dizer qual poderia ter sido a decisão da administração, o Conselho de Estado deixava entender que a decisão tomada no exercício do poder discricionário era puramente aleatória e totalmente imprevisível. Ao fazê-lo, ele tingia esse tipo de poder com uma coloração arbitrária. A utilização da perda de chance no contencioso da função pública e de obtenção dos contratos administrativos atenua esse efeito. No entanto, ela supõe que a recusa do juiz de fazer a escolha no lugar da administração continua. Com efeito, esse mecanismo responde à impossibilidade de o juiz realizar o argumento contrafactual tendente a determinar o que teria acontecido ao cidadão na ausência de ilegalidade. Ora, essa impossibilidade decorre diretamente da posição do juiz administrativo que se abstém de se pronunciar de maneira decisiva sobre a vantagem esperada pelo cidadão. A perda de chance, portanto, visa superar uma incerteza causal que o próprio juiz criou, buscando respeitar o poder discricionário da administração.”

et surtout ses rapports avec le pouvoir discrétionnaire (étranger à la sphère du droit privé), ne sont que les indices.⁴⁷¹

Trata-se de instrumento que merece ser ponderado como um meio de permitir o controle de atos discricionários, sem, contudo, admitir que o juiz substitua a decisão da Administração, respeitando-se, assim, a separação dos poderes. Contudo, logicamente, a sua utilização deve ser cautelosa e criteriosa, dentro dos limites admitidos pelo controle jurisdicional dos atos discricionários, para que não haja abuso.

Além dos casos que envolvem a discricionariedade da própria Administração, Alice Minet aborda a possibilidade de extensão da aplicação da teoria da perda de uma chance em casos que envolvem um poder de decisão do próprio administrado.

Nesse espectro, ressalta que a aplicação da teoria da perda de uma chance está normalmente relacionada às hipóteses de falta de informação médica. Porém, entende que a jurisprudência pode aplicar a teoria em outras situações que envolvem o poder de decisão do administrado.

Cita, nesse particular, a possibilidade de aplicação em casos de falta de informação sobre alimentos e outros produtos, inclusive alertando sobre riscos decorrentes da utilização, como bebidas alcóolicas e cigarros. Tal aplicação seria, portanto, relacionada com o desenvolvimento da informação pública exigida pela legislação no campo da saúde pública e assuntos econômicos.

Além disso, cita a hipótese de suicídio, decorrente de falha de vigilância ou atendimento médico adequado à vítima⁴⁷², e que poderia eventualmente ser evitado. Segundo Alice Minet, a aplicação da perda da chance seria admissível, pois a questão estaria a meio

⁴⁷¹SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la puissance publique*, cit., p. 96. Tradução livre: “Assim, apesar das inegáveis semelhanças entre a perda da chance de direito privado e aquela utilizada pelo juiz administrativo, relacionada aos seus campos de aplicação (“profissional” no sentido amplo, econômico, médico), nas condições de sua utilização (em um contexto de responsabilidade por culpa), e a importância assumida, em ambos os casos, pelos fatores temporais, não há dúvida de que a perda de chance utilizada em direito público não é a simples cópia da noção de mesmo nome empregada no contexto da responsabilidade civil.

Se, de fato, a valorização de sua função explicativa no campo da saúde é suscetível de ser comparada com o uso que é feito dela no mesmo campo pelo juiz civil ou criminal (ainda que seu emprego em direito público não possa ser tão desacreditado como o que é feito no direito privado, como resultado da indenização total outorgada pelos tribunais administrativos), sua utilização enquanto critério delimitativo pelo Conselho de Estado fornece-lhe uma autonomia total, cujas possíveis correlações com o que existe em matéria de recurso por excesso de poder e, sobretudo, suas relações com o poder discricionário (estranho à esfera do direito privado), são apenas os indícios.”

⁴⁷²MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 326-329.

caminho entre o litígio clássico de responsabilidade hospitalar e o litígio da falta de informação médica.

Isso porque, um indivíduo em estado suicida está em um processo em que pode esperar uma melhora do seu estado psicológico. Entretanto, mesmo que lhe seja prestado tratamento adequado, nada permitiria excluir definitivamente a possibilidade de que efetivamente consuma o ato de suicídio. Como no litígio clássico de responsabilidade hospitalar, a eficácia do tratamento adequado não seria certa. A escolha do paciente para acabar com a própria vida poderia ser mais forte, e aí seria o ponto comum com o litígio da falta de informação médica. Assim, a perda da chance permitiria assimilar essa incerteza.

Por fim, no campo da incerteza técnica, Alice Minet ressalta que a perda da chance é comumente aplicada na seara médica, mas a utilização do instrumento no caso de incerteza econômica seria ainda muito limitada. A despeito disso, entende haver a possibilidade de estender a aplicação desse instrumento para outras hipóteses, especialmente relacionadas à perda da chance de encontrar emprego, desenvolver uma atividade econômica ou de vender imóvel⁴⁷³.

Menciona, a título de exemplo, hipótese de comerciante privado de receitas por trabalho público realizado próximo de sua loja, hipóteses de empreendedor impedido de desenvolver atividade em razão de ilegalidade na concessão de licença ou construtor que, devido à ilegalidade de uma decisão de planejamento urbano, foi privado dos benefícios da transação imobiliária que planejava. Segundo ela, nesses casos, há o envolvimento em uma atividade potencialmente lucrativa, cujo resultado dependia de muitas áleas, mas um fato da Administração veio a perturbar o processo aleatório, eliminando as chances de qualquer ganho financeiro.

Nesses casos, normalmente a jurisprudência caminhará no sentido de rejeitar a pretensão, em razão da álea econômica envolvida. Porém, entende que, conquanto a álea deva ser ponderada, haveria casos em que o lucro seria muito provável, de modo que a teoria da perda da chance poderia ser um instrumento para assimilar a incerteza existente.

Embora tais referências e impressões sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na experiência administrativa francesa sejam relevantes para a melhor compreensão da matéria e para a obtenção de parâmetros sobre possíveis campos de aplicação, reputa-se conveniente analisar se e como se dá a aplicação no âmbito da jurisprudência brasileira,

⁴⁷³MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 329-334.

considerando as particularidades do regime de responsabilidade civil do Estado no Brasil e mesmo as particularidades da aplicação da teoria da perda de uma chance.

3.5. Panorama da jurisprudência da Justiça Federal brasileira relacionada ao tema

De fato, tanto a responsabilidade civil do Estado como a teoria da perda de uma chance são temas que não se esgotam a partir de análises abstratas e, bem assim, cujo aperfeiçoamento está diretamente ligado à aplicação prática.

Assim, a despeito das considerações teóricas já apresentadas e da existência de precedente do STJ afirmando a possibilidade, em tese, de aplicação da teoria da perda de uma chance no campo da responsabilidade civil do Estado⁴⁷⁴, entende-se salutar proceder com uma análise jurisprudencial sobre o assunto.

Primeiramente, efetuou-se pesquisa no sítio eletrônico do STF, já que se trata da corte responsável por julgar, em última instância, alegações de contrariedade à Constituição Federal, diploma em que está prevista a responsabilidade civil do Estado (artigo 37, § 6º).⁴⁷⁵

Contudo, a pesquisa não se mostrou frutífera.

Em um primeiro momento, no dia 02 de abril de 2019, tentou-se inserir a expressão ‘*perda de uma chance*’ entre aspas simples, conforme orienta o sítio eletrônico, no campo *pesquisa livre*, sem nenhum filtro adicional, tendo a pesquisa resultado em 12 decisões monocráticas⁴⁷⁶ e nenhum acórdão.

⁴⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.308.719 - MG (2011/0240532-2)*. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013, *cit*.

⁴⁷⁵Conforme, art. 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;”

⁴⁷⁶Quais sejam: Supremo Tribunal Federal, ARE 1170444 / RJ; Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30.10.2018; Supremo Tribunal Federal, ARE 1124172 / SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 08.05.2018; Supremo Tribunal Federal, HC 120423 / SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 16.12.2013; Supremo Tribunal Federal, Rcl 16023 / DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.12.2013; Supremo Tribunal Federal, Rcl 16023 MC / DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15.08.2013; Supremo Tribunal Federal, Rcl 15820 MC / RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 06.06.2013; Supremo Tribunal Federal, HC 106068 MC / MG; Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 14.12.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 444518 / RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15.03.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 603128 / RS; Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25.11.2009; Supremo Tribunal Federal, MS 28259 MC / DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 15.10.2009; Supremo Tribunal Federal, AI 251265 / RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17.10.1999; Supremo Tribunal Federal, RE 172587 / SP; Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 11.05.1999. Disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/>.

Analisando-se as decisões monocráticas, foi possível constatar que a grande maioria sequer abordava a teoria da perda de uma chance, contendo apenas menções esparsas ao termo *chance* e em contexto não relacionado com a aplicação da aludida teoria.

Apenas duas decisões traziam propriamente referência à teoria da perda da chance ou à noção de *chance* de forma relacionada à teoria, quais sejam ARE 1170444 / RJ e ARE 1124172 / SC. No entanto, a menção vinha somente em transcrições da ementa ou de trechos do acórdão recorrido, sem que tenha havido análise específica pelo STF, que invocou óbices de admissibilidade dos recursos extraordinários, em especial a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório para rever as conclusões acerca da responsabilidade do Estado (Súmula nº 279 do STF⁴⁷⁷).

Diante desse cenário, em um segundo momento, também no dia 02 de abril de 2019, tentou-se inserir os termos *perda* e *chance* no campo de pesquisa livre, bem como aplicar um filtro nos campos específicos de pesquisa, notadamente na parte da legislação relacionada, selecionando a Constituição Federal de 1988 e inserindo referência ao artigo 37, § 6º. A pesquisa então resultou em 22 decisões monocráticas^{478 479} e nenhum acórdão.

Analisando-se as 22 decisões monocráticas, foi possível verificar que em duas decisões não havia propriamente menção à teoria da perda de uma chance ou ao termo

⁴⁷⁷Súmula nº 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

⁴⁷⁸Quais sejam: Supremo Tribunal Federal, ARE 1129753 / SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 08.05.2018; Supremo Tribunal Federal, ARE 1124172 / SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 08.05.2018; Supremo Tribunal Federal, ARE 1128763 / SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 04.05.2018, Supremo Tribunal Federal, ARE 1101620 / ES, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 07/02/2018; Supremo Tribunal Federal, ARE 1079257 / RS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 16.10.2017; Supremo Tribunal Federal, ARE 1057028 / PE; Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29.06.2017; Supremo Tribunal Federal, ARE 1004598 / PE; Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 15.02.2017; Supremo Tribunal Federal, ARE 1005212 / RS, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14.02.2017; Supremo Tribunal Federal, ARE 971061 / SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 23.11.2016; Supremo Tribunal Federal, ARE 1008579 / SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2016; Supremo Tribunal Federal, ARE 926220 / RS, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12.09.2016; Supremo Tribunal Federal, ARE 961407 / RR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 14.06.2016; Supremo Tribunal Federal, ARE 942330 / RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11.04.2016; Supremo Tribunal Federal, RE 914808 / MT, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 01/03/2016; Supremo Tribunal Federal, ARE 897803 / PE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 19.08.2015; Supremo Tribunal Federal, ARE 853929 / RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12.05.2015; Supremo Tribunal Federal, ARE 864442 / RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 11.02.2015; Supremo Tribunal Federal, ARE 790973 / RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 03.02.2014; Supremo Tribunal Federal, ARE 705138 / PE, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27.11.2012; Supremo Tribunal Federal, ARE 675078 / MG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26.06.2012; AI 813951 / RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 31.08.2010; Supremo Tribunal Federal, AI 789391 / RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 30.06.2010. Disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/>.

⁴⁷⁹De se notar a decisão referente ao ARE 1124172 / SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 08.05.2018 foi captada nas duas pesquisas perante o STF.

chance de forma relacionada à teoria⁴⁸⁰. Nas demais, a referência à teoria da perda de uma chance ou a termos correlatos constava em transcrições da ementa ou em trechos dos acórdãos recorridos. Contudo, em nenhum dos casos houve uma análise meritória a respeito da responsabilidade civil do Estado e a aplicação da teoria da perda de uma chance.

As decisões, em geral, aventaram óbices à admissibilidade dos recursos extraordinários, especialmente relacionadas à impossibilidade de reexame de fatos e provas, o que seria imprescindível para revisão das conclusões sobre a responsabilização do Estado, embora a ausência de repercussão geral também tenha servido, mais genericamente, como fundamento para a não apreciação dos recursos endereçados ao STF. Apenas dois precedentes fogem um pouco dessa regra, mas igualmente sem que tenha havido qualquer análise meritória a respeito da teoria da perda de uma chance aplicada à responsabilidade civil do Estado⁴⁸¹.

Desse modo, o que se denota é que, em função dos limites da atividade jurisdicional do STF, tal Corte em geral se entende obstada de proceder a uma análise meritória que possa envolver particularidades da aplicação da teoria da perda de uma chance.

Diante desse quadro, pensou-se em deslocar a pesquisa para o STJ. Afinal, tal Corte já se debruçou sobre casos que envolvem a aplicação da teoria da perda de uma chance e, ademais, possui precedente afirmando o cabimento da teoria também no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Entretanto, o início de uma análise a respeito evidenciou que a grande maioria dos precedentes que abordam a teoria da perda de uma chance no STJ diz respeito a relações estritamente privadas e, nos casos que envolvem a responsabilidade civil estatal, os ministros em geral se consideram impossibilitados de efetuar qualquer avaliação meritória, seja pelo

⁴⁸⁰No caso ARE 1128763 / SP, houve menção ao termo *chance* ao se abordar a ausência de chance de êxito do recurso. No ARE 926220 / RS, consta menção às poucas chances da arguição de repercussão geral atender ao ônus de fundamentação quando não demonstra pertinência relativamente aos órgãos que integram a alta organização do Estado ou das pessoas jurídicas de direito público que compõem a Federação.

⁴⁸¹O primeiro é o ARE 971061 / SP, em que o agravo foi conhecido e o recurso extraordinário provido para excluir a responsabilidade solidária do agente público, considerando que a jurisprudência se firmou no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos atos de seus agentes que causarem danos a terceiros, devendo a responsabilização do agente público, em caso de dolo ou culpa, se dar por meio de ação de regresso do ente público demandado, e não diretamente por processo promovido pela vítima do dano. No entanto, nenhuma consideração específica foi tecida no tocante à responsabilização da pessoa jurídica de direito público. O segundo é o RE 914808 / MT, no qual restou consignado que o STF já se manifestou sobre os temas discutidos nos autos, isto é, a proporcionalidade e razoabilidade do valor da indenização fixada a título de danos morais e a negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação. Desse modo, determinou-se a remessa ao tribunal de origem para adequação da decisão em atenção à sistemática da repercussão geral.

fato da discussão envolver matéria constitucional, que foge à competência da Corte⁴⁸², seja em razão de outros óbices para apreciação, como a impossibilidade de revisão do acervo fático-probatório⁴⁸³.

Nesse contexto, para propiciar um panorama mais rico de precedentes, optou-se por deslocar a análise para os tribunais de segunda instância. A análise de jurisprudência das cortes estaduais seria extremamente difícil, já que são 27 unidades federativas (26 Estados e o Distrito Federal) e a pesquisa atrairia precedentes envolvendo a responsabilidade civil do Estado e também muitos precedentes envolvendo responsabilidade estritamente entre particulares⁴⁸⁴.

Por tudo isso, concluiu-se pela conveniência de restringir a análise aos Tribunais Regionais Federais, na medida em que a Justiça Federal, em razão de sua competência, tem o condão de reunir um maior número de casos envolvendo a responsabilidade civil estatal⁴⁸⁵.

No período compreendido entre 25 de março de 2019 e 02 de abril de 2019 foi realizada pesquisa de jurisprudência dos cinco Tribunais Regionais Federais, tendo como principal ferramenta o sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal⁴⁸⁶, que possibilita a pesquisa unificada da jurisprudência destes tribunais.

⁴⁸²Vide, por exemplo: Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Recurso Especial nº 1.708.293 - RS (2017/0236294-6)*, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05.04.2018; Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.577.177 - AC (2016/0004941-5)*, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20.06.2017. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/>.

⁴⁸³Vide, por exemplo: Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.569.968 - CE (2015/0302892-1)*, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 08.02.2018; Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Recurso Especial nº 1.696.913 - MG (2017/0198396-5)*, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05.12.2017; Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 741.577 - PR (2015/0166182-0)*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06.04.2017; Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 893.996 - MG (2016/0082531-8)*, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 04.10.2016; Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 173.148 - RJ (2012/0089345-6)*. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03.12.2015. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/>.

⁴⁸⁴Apenas a título de demonstração, ao se pesquisar a expressão “*perda de uma chance*”, entre aspas, no campo “pesquisa livre” na página de “Consultas de Jurisprudência” do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 13 de julho de 2019, foram captados 4.638 acórdãos.

⁴⁸⁵A esse respeito, vide o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)”

⁴⁸⁶A saber: JURISPRUDÊNCIA UNIFICADA. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>.

A partir dos resultados apresentados pela consulta à jurisprudência unificada, foi necessário, para obtenção da íntegra dos acórdãos, acessar os sítios eletrônicos dos cinco Tribunais Regionais Federais⁴⁸⁷.

Cumprir registrar que foi utilizado como argumento de pesquisa, no campo *pesquisa livre*, a expressão “*perda de uma chance*”, entre aspas. Isso porque, ao lado de tal campo consta um balão contendo ponto de interrogação que apresenta a seguinte mensagem: “É recomendada para busca por palavras/expressões em qualquer lugar do documento de jurisprudência. Exemplo: carreira e “ministério público” (as expressões devem ser colocadas entre aspas).”.

Pois bem. Adotados os parâmetros anteriormente mencionados, foram encontradas 187 decisões nos referidos Tribunais Regionais Federais, divididas da seguinte forma: (a) 40

⁴⁸⁷Quais sejam: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/>.

decisões no TRF1⁴⁸⁸; (b) 84 decisões no TRF2⁴⁸⁹; (c) 30 decisões no TRF3⁴⁹⁰; (d) duas decisões no TRF4⁴⁹¹ e (e) 31 decisões no TRF5⁴⁹².

⁴⁸⁸Para referência, os números dos recursos captados pela pesquisa foram os seguintes: 0072996-54.2016.4.01.3400; 0002131-21.2013.4.01.4302; 0008486-41.2012.4.01.3701; 0007638-26.2017.4.01.0000; 0006609-40.2006.4.01.4101; 0000851-41.2013.4.01.3000; 0014041-39.2016.4.01.3300; 0001183-33.2004.4.01.3902; 0001895-86.2005.4.01.3902; 0014369-38.2017.4.01.0000; 0006340-15.2012.4.01.3802; 0001180-78.2004.4.01.3902; 0012213-12.2006.4.01.3800; 0014040-98.2009.4.01.3300; 0008927-83.2011.4.01.3304; 0006905-32.2014.4.01.3600; 0003269-25.2009.4.01.3700; 0003059-55.2006.4.01.3804; 0008001-49.2009.4.01.3700; 0068200-88.2014.4.01.3400; 0008486-41.2012.4.01.3701; 0000123-87.2006.4.01.3600; 0018561-59.2010.4.01.4300; 0034249-11.2011.4.01.3400; 0009638-88.2011.4.01.3304; 0001480-59.1998.4.01.3802; 0053904-76.2014.4.01.0000; 0003345-24.2010.4.01.3600; 0002357-09.2001.4.01.3700; 0001179-93.2004.4.01.3902; 0000467-81.2005.4.01.3801; 0014040-98.2009.4.01.3300; 0012213-12.2006.4.01.3800; 0000538-78.2008.4.01.3801; 0002946-66.2004.4.01.4000; 0005294-54.2009.4.01.4300; 0002236-43.2009.4.01.4300; 0001712-40.2004.4.01.4100; 0019961-37.2002.4.01.3800; 0007384-58.2005.4.01.3400. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁴⁸⁹Para referência, os números dos recursos captados pela pesquisa foram os seguintes: 0000710-53.2011.4.02.5105; 0092452-71.2016.4.02.5110; 0001761-65.2003.4.02.5110; 0002606-70.2016.4.02.5101; 0030052-53.2013.4.02.5101; 0006357-90.2001.4.02.5101; 0012707-74.2013.4.02.5101; 0009950-78.2011.4.02.5101; 0005747-19.2010.4.02.5001; 0000037-20.2012.4.02.5107; 0037266-02.2016.4.02.5001; 0020401-96.1998.4.02.0000; 0007598-16.2012.4.02.5101; 0078396-94.2015.4.02.5101; 0001762-84.2002.4.02.5110; 0101647-78.2014.4.02.5101; 0009257-12.2002.4.02.5101; 0000548-80.2005.4.02.5101; 0013754-64.2005.4.02.5101; 0008176-46.2016.4.02.5001; 0086607-22.2015.4.02.5101; 0000938-90.2009.4.02.5107; 0026586-90.2009.4.02.5101; 0000713-08.2011.4.02.5105; 0006286-39.2011.4.02.5101; 0001762-84.2002.4.02.5110; 0024618-44.2017.4.02.5101; 0013663-66.2008.4.02.5101; 0042492-18.2012.4.02.5101; 0007531-85.2011.4.02.5101; 0004190-84.2007.4.02.5103; 0000476-45.2009.4.02.5104; 0002261-80.2011.4.02.5101; 0086607-22.2015.4.02.5101; 0024638-16.2009.4.02.5101; 0133182-02.2013.4.02.5120; 0033734-20.2016.4.02.5001; 0000853-69.2012.4.02.5117; 0016149-63.2004.4.02.5101; 0012683-32.2002.4.02.5101; 0011145-78.2009.4.02.5001; 0018997-37.2015.4.02.5101; 0000271-74.2013.4.02.5104; 0112579-37.2014.4.02.5001; 0015003-35.2014.4.02.5101; 0005747-19.2010.4.02.5001; 0012425-16.2011.4.02.5001; 0137120-28.2014.4.02.5101; 0008943-46.2014.4.02.5101; 0020401-96.1998.4.02.0000; 0105945-76.2015.4.02.5005; 0025873-18.2009.4.02.5101; 0004948-39.2011.4.02.5001; 0105152-86.2014.4.02.5001; 0013489-52.2011.4.02.5101; 0034656-61.2016.4.02.5001; 0116371-62.2015.4.02.5001; 0087453-39.2015.4.02.5101; 0024638-16.2009.4.02.5101; 0502520-76.2015.4.02.5101; 0066582-51.2016.4.02.5101; 0009594-50.2017.4.02.0000; 0002355-61.2007.4.02.5103; 0016462-19.2007.4.02.5101; 0045469-80.2012.4.02.5101; 0009256-80.2009.4.02.5101; 0000724-37.2011.4.02.5105; 0043189-39.2012.4.02.5101; 0001982-60.2012.4.02.5101; 0018050-95.2006.4.02.5101; 0003449-50.2007.4.02.5101; 0045469-80.2012.4.02.5101; 0006538-71.2013.4.02.5101; 0024557-04.2008.4.02.5101; 0002140-80.2010.4.02.5103; 0002796-92.2010.4.02.5117; 0002530-42.2013.4.02.5104; 0000918-69.2013.4.02.5104; 0002491-72.2009.4.02.5108; 0045133-76.2012.4.02.5101; 0008823-03.2014.4.02.5101; 0028093-42.2016.4.02.5101; 0013754-64.2005.4.02.5101; 0010723-26.2011.4.02.5101. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. Disponíveis em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁴⁹⁰Para referência, os números dos recursos captados pela pesquisa foram os seguintes: 0002750-79.2016.4.03.6115; 0002855-95.2012.4.03.6115; 0006070-90.2013.4.03.6100; 0018255-63.2013.4.03.6100; 0022216-90.2005.4.03.6100; 0001827-23.2011.4.03.6117; 0001618-76.2010.4.03.6121; 0000961-86.2013.4.03.6103; 0011426-62.2015.4.03.0000; 0002531-82.2000.4.03.6000; 0004286-36.2013.4.03.6114; 0001147-60.2014.4.03.6108; 0003677-31.2014.4.03.6110; 0010555-63.2009.4.03.6104; 0029593-20.2002.4.03.6100; 0000343-63.2007.4.03.6100; 0002723-47.2008.4.03.6125; 0001918-29.2014.4.03.6111; 0009995-55.2008.4.03.6105; 0007348-47.2005.4.03.6120; 0013351-77.2011.4.03.6000; 0000305-10.2001.4.03.6117; 0005088-12.2014.4.03.6110; 0008431-83.2009.4.03.6112; 0012462-56.2007.4.03.6100; 0005845-55.2004.4.03.6110; 0000215-62.2001.4.03.6000; 0047418-45.2000.4.03.6100; 0005845-55.2004.4.03.6110; 0001387-11.1993.4.03.6100. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁴⁹¹Para referência, os números dos recursos captados pela pesquisa foram os seguintes: 2007.72.00.015359-0; 2006.71.00.009622-8. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Disponíveis em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Em razão do baixo número de decisões localizadas em relação ao TRF4, optou-se por fazer uma consulta diretamente no sítio eletrônico do referido tribunal, de modo a verificar a possibilidade de complementação da amostra de análise. Considerando que os demais Tribunais Regionais Federais já tinham apresentado um número razoável de decisões, a complementação foi limitada ao TRF4.

A complementação da pesquisa foi realizada nos dias 23 e 24 de maio de 2019, diretamente na página de consulta de jurisprudência do TRF4⁴⁹³.

Foi utilizado como argumento de pesquisa a expressão “*perda de uma chance*”, entre aspas, mantendo-se a coerência em relação à pesquisa conduzida no sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal. Ademais, a pesquisa foi restrita à busca de acórdãos, excluindo-se decisões monocráticas.

A página de consulta de jurisprudência do TRF4 prevê duas possibilidades de *campo para pesquisa*, notadamente a pesquisa no inteiro teor do acórdão ou apenas na ementa. Inicialmente, tentou-se aplicar o argumento para o campo mais amplo, ou seja, a busca da expressão *perda de uma chance* no inteiro teor de acórdãos. Nesse cenário, foram localizados 337 acórdãos.

Contudo, referida amostra seria demasiadamente extensa para a análise proposta, razão pela qual se entendeu por reduzir o campo de pesquisa para a ementa, tendo então sido localizados 69 acórdãos com a expressão *perda de uma chance*⁴⁹⁴.

⁴⁹²Para referência, os números dos recursos captados pela pesquisa foram os seguintes: 0005677-87.2011.4.05.8200; 0002152-81.2012.4.05.8000; 0006555-37.2010.4.05.8300; 2008.82.00.006784-0/02; 0004174-85.2012.4.05.8300; 0805391-62.2014.4.05.8300; 0803426-49.2014.4.05.8300; 0001081-57.2011.4.05.8104; 0800562-44.2014.4.05.8201; 0803131-64.2013.4.05.8100; 0008278-57.2011.4.05.8300; 0800015-11.2013.4.05.8404; 0014021-03.2010.4.05.8100; 0003980-67.2012.4.05.8500; 0003003-84.2012.4.05.8400; 0000549-89.2011.4.05.8102; 2007.81.02.001224-1; 0014414-25.2010.4.05.8100; 2005.81.00.015401-0; 0001376-79.2011.4.05.8400; 2009.85.00.005108-8; 0002651-63.2011.4.05.8400; 2008.80.00.002681-9; 0000171-27.2011.4.05.8202; 2007.81.00.002895-4; 2009.80.00.003417-1; 2008.83.02.001065-4; 2008.82.00.006784-0; 2009.83.00.018889-2; 2007.83.00.017894-4; 2004.82.01.001031-5. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. Disponíveis em: <https://www.trf5.jus.br>.

⁴⁹³ Especificamente no seguinte link: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>.

⁴⁹⁴Para referência, os números dos recursos captados pela pesquisa foram os seguintes: 5060194-44.2015.4.04.7100; 5054893-19.2015.4.04.7100; 5003316-02.2015.4.04.7100; 5003221-12.2015.4.04.7216; 5015060-33.2016.4.04.7205; 5005795-96.2014.4.04.7004; 5001778-34.2016.4.04.7105; 5009097-34.2017.4.04.7100; 5023759-37.2016.4.04.7100; 5005170-92.2015.4.04.7112; 5003909-65.2015.4.04.7121; 5048229-44.2016.4.04.7000; 5003772-19.2015.4.04.7110; 5006408-51.2016.4.04.7100; 5074852-73.2015.4.04.7100; 5005185-33.2016.4.04.7110; 5028837-55.2015.4.04.7000; 5005630-49.2014.4.04.7101; 5001255-94.2013.4.04.7212; 5000231-24.2014.4.04.7009; 5002328-64.2014.4.04.7213; 5002120-85.2015.4.04.7006; 5012221-82.2017.4.04.0000; 5005095-31.2011.4.04.7100; 5068873-38.2012.4.04.7100; 5027611-19.2014.4.04.7107; 5011534-93.2013.4.04.7001; 5000795-50.2012.4.04.7210; 5000483-50.2011.4.04.7100; 5017011-82.2013.4.04.7200; 5008776-73.2015.4.04.7001; 5006363-78.2015.4.04.7101; 5001067-27.2010.4.04.7109; 5023108-49.2014.4.04.7205; 5071595-74.2014.4.04.7100; 5003178-

Foi então realizada avaliação preliminar de todas 256 decisões localizadas nos Tribunais Regionais Federais. Dessas 256 decisões, foram prontamente excluídas 48, as quais, segundo uma avaliação preliminar, não continham uma análise efetiva a respeito da teoria da perda de uma chance e aspectos de interesse ao presente trabalho⁴⁹⁵. Ato contínuo, para fins de efetiva consideração, foram excluídas as decisões que não diziam respeito à responsabilidade civil do Estado por razões diversas⁴⁹⁶.

Com esse novo filtro, chegou-se à amostra de 166 decisões dos Tribunais Regionais Federais, que podem ser divididas da seguinte forma: (a) 22 decisões do TRF1⁴⁹⁷; (b) 45

40.2013.4.04.7121; 5060392-18.2014.4.04.7100; 5009252-42.2014.4.04.7100; 5049010-96.2012.4.04.7100; 5032555-22.2013.4.04.7100; 5000317-32.2013.4.04.7105; 5017430-48.2012.4.04.7100; 5005087-90.2012.4.04.7206; 5004117-97.2010.4.04.7000; 5002259-31.2010.4.04.7000; 5017529-52.2011.4.04.7100; 5003100-46.2012.4.04.7100; 0012936-70.2008.4.04.7100; 5007014-98.2010.4.04.7000; 5026749-83.2011.4.04.7000; 5000211-51.2010.4.04.7210; 5013611-83.2010.4.04.7000; 5007950-17.2010.4.04.7100; 5000518-32.2010.4.04.7104; 5022686-40.2010.4.04.7100; 5008012-17.2011.4.04.7102; 2007.72.00.015359-0; 5008318-98.2011.4.04.7000; 2007.72.00.012995-2; 2007.70.00.028982-3; 2007.72.00.015359-0; 5002679-06.2010.4.04.7204; 2006.71.00.039589-0; 2008.71.00.003746-4; 0007032-16.2001.4.04.7100; 2008.72.00.000979-3; 2008.71.00.002224-2; 2006.71.00.009622-8; 1999.71.00.029982-0. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Disponíveis em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁴⁹⁵Foram excluídas, por exemplo: (a) decisões de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário; (b) acórdãos de embargos de declaração em que a menção à perda da chance dizia respeito à ementa do acórdão embargado, sem análise efetiva da matéria; (c) decisões que não envolviam pretensão indenizatória e a perda da chance era citada como uma base para eventual indenização em caso de impossibilidade de tutela específica pela Administração Pública; (d) casos em que a menção à perda da chance não se relacionava com a teoria ora analisada; (e) acórdãos em que foram reconhecidos óbices como prescrição, ilegitimidade ativa ou outros óbices que prejudicassem a aplicação efetiva da teoria e que não se mostravam pertinentes dentro da análise pretendida por esse trabalho; (f) acórdãos em que a menção à perda da chance constava na ementa em meio a uma citação de outro julgado ou em que inexistia análise da aplicação suficiente para embasar o preenchimento de ficha de análise do julgado; (g) acórdãos repetidos ou (h) casos em que há mera descrição de pedido feito na origem com base na teoria da perda de uma chance, sem que a discussão tenha prosseguido para os tribunais. Por outro lado, foram mantidos acórdãos em que, a despeito de um ou outro entrave, foi possível depreender alguma avaliação a respeito da perda da chance considerada útil no contexto do presente trabalho, ainda que a partir da transcrição da sentença ou a partir somente da ementa.

⁴⁹⁶Por exemplo: (a) por envolver pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica; (b) por se tratar de casos em que a União Federal, entidade autárquica ou empresa pública federal figuram como autoras; (c) por envolver mero interesse da União Federal, sem efetivo envolvimento de qualquer ente estatal ou equiparado na pretensão indenizatória; (d) por se tratar de ação de desapropriação com outra ação indenizatória conexa e que será objeto de análise ou (e) por abordar a perda da chance em contexto de concessão de benefício previdenciário e não propriamente de indenização.

⁴⁹⁷Para referência, os números dos recursos mantidos foram os seguintes: 0002131-21.2013.4.01.4302; 0006609-40.2006.4.01.4101; 0000851-41.2013.4.01.3000; 0001183-33.2004.4.01.3902; 0001895-86.2005.4.01.3902; 0006340-15.2012.4.01.3802; 0001180-78.2004.4.01.3902; 0003269-25.2009.4.01.3700; 0008001-49.2009.4.01.3700; 0008486-41.2012.4.01.3701; 0000123-87.2006.4.01.3600; 0034249-11.2011.4.01.3400; 0009638-88.2011.4.01.3304; 0001480-59.1998.4.01.3802; 0002357-09.2001.4.01.3700; 0001179-93.2004.4.01.3902; 0000467-81.2005.4.01.3801; 0014040-98.2009.4.01.3300; 0012213-12.2006.4.01.3800; 0000538-78.2008.4.01.3801; 0002236-43.2009.4.01.4300; 0019961-37.2002.4.01.3800. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br>.

decisões do TRF2⁴⁹⁸; (c) 22 decisões do TRF3^{499 500}; (d) 52 decisões do TRF4^{501 502} e (e) 25 decisões do TRF5^{503 504}.

⁴⁹⁸Para referência, os números dos recursos mantidos foram os seguintes: 0000710-53.2011.4.02.5105; 0092452-71.2016.4.02.5110; 0030052-53.2013.4.02.5101; 0006357-90.2001.4.02.5101; 0009950-78.2011.4.02.5101; 0000037-20.2012.4.02.5107; 0020401-96.1998.4.02.0000; 0007598-16.2012.4.02.5101; 0001762-84.2002.4.02.5110; 0000548-80.2005.4.02.5101; 0000938-90.2009.4.02.5107; 0000713-08.2011.4.02.5105; 0006286-39.2011.4.02.5101; 0013663-66.2008.4.02.5101; 0007531-85.2011.4.02.5101; 0004190-84.2007.4.02.5103; 0000476-45.2009.4.02.5104; 0002261-80.2011.4.02.5101; 0133182-02.2013.4.02.5120; 0000853-69.2012.4.02.5117; 0016149-63.2004.4.02.5101; 0012683-32.2002.4.02.5101; 0011145-78.2009.4.02.5001; 0000271-74.2013.4.02.5104; 0015003-35.2014.4.02.5101; 0005747-19.2010.4.02.5001; 0012425-16.2011.4.02.5001; 0008943-46.2014.4.02.5101; 0025873-18.2009.4.02.5101; 0004948-39.2011.4.02.5001; 0013489-52.2011.4.02.5101; 0024638-16.2009.4.02.5101; 0066582-51.2016.4.02.5101; 0009594-50.2017.4.02.0000; 0016462-19.2007.4.02.5101; 0000724-37.2011.4.02.5105; 0018050-95.2006.4.02.5101; 0003449-50.2007.4.02.5101; 0045469-80.2012.4.02.5101; 0024557-04.2008.4.02.5101; 0002140-80.2010.4.02.5103; 0002796-92.2010.4.02.5117; 0002491-72.2009.4.02.5108; 0045133-76.2012.4.02.5101; 0010723-26.2011.4.02.5101. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. Disponíveis em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁴⁹⁹Para referência, os números dos recursos mantidos foram os seguintes: 0002855-95.2012.4.03.6115; 0022216-90.2005.4.03.6100; 0001827-23.2011.4.03.6117; 0001618-76.2010.4.03.6121; 0000961-86.2013.4.03.6103; 0002531-82.2000.4.03.6000; 0001147-60.2014.4.03.6108; 0010555-63.2009.4.03.6104; 0029593-20.2002.4.03.6100; 0000343-63.2007.4.03.6100; 0002723-47.2008.4.03.6125; 0001918-29.2014.4.03.6111; 0009995-55.2008.4.03.6105; 0007348-47.2005.4.03.6120; 0013351-77.2011.4.03.6000; 0008431-83.2009.4.03.6112; 0012462-56.2007.4.03.6100; 0005845-55.2004.4.03.6110; 0000215-62.2001.4.03.6000; 0047418-45.2000.4.03.6100; 0005845-55.2004.4.03.6110; 0001387-11.1993.4.03.6100. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. Disponíveis em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵⁰⁰Sendo que um caso possui dois acórdãos (0005845-55.2004.4.03.6110), por ter havido oposição de embargos infringentes.

⁵⁰¹Para referência, os números dos recursos mantidos foram os seguintes: 5003316-02.2015.4.04.7100; 5005795-96.2014.4.04.7004; 5001778-34.2016.4.04.7105; 5009097-34.2017.4.04.7100; 5023759-37.2016.4.04.7100; 5003909-65.2015.4.04.7121; 5006408-51.2016.4.04.7100; 5074852-73.2015.4.04.7100; 5005185-33.2016.4.04.7110; 5028837-55.2015.4.04.7000; 5005630-49.2014.4.04.7101; 5001255-94.2013.4.04.7212; 5000231-24.2014.4.04.7009; 5002328-64.2014.4.04.7213; 5002120-85.2015.4.04.7006; 5068873-38.2012.4.04.7100; 5011534-93.2013.4.04.7001; 5000795-50.2012.4.04.7210; 5000483-50.2011.4.04.7100; 5017011-82.2013.4.04.7200; 5008776-73.2015.4.04.7001; 5006363-78.2015.4.04.7101; 5001067-27.2010.4.04.7109; 5023108-49.2014.4.04.7205; 5071595-74.2014.4.04.7100; 5003178-40.2013.4.04.7121; 5060392-18.2014.4.04.7100; 5009252-42.2014.4.04.7100; 5049010-96.2012.4.04.7100; 5032555-22.2013.4.04.7100; 5000317-32.2013.4.04.7105; 5017430-48.2012.4.04.7100; 5004117-97.2010.4.04.7000; 5017529-52.2011.4.04.7100; 5002259-31.2010.4.04.7000; 0012936-70.2008.4.04.7100; 5003100-46.2012.4.04.7100; 5007014-98.2010.4.04.7000; 5026749-83.2011.4.04.7000; 5000211-51.2010.4.04.7210; 5013611-83.2010.4.04.7000; 5000518-32.2010.4.04.7104; 5022686-40.2010.4.04.7100; 5008012-17.2011.4.04.7102; 2007.72.00.015359-0; 5008318-98.2011.4.04.7000; 2007.72.00.012995-2; 2007.72.00.015359-0; 5002679-06.2010.4.04.7204; 2008.71.00.003746-4; 0007032-16.2001.4.04.7100; 1999.71.00.029982-0. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Disponíveis em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵⁰²Sendo que um caso possui dois acórdãos (2007.72.00.015359-0), por ter havido oposição de embargos infringentes.

⁵⁰³Para referência, os números dos recursos mantidos foram os seguintes: 0005677-87.2011.4.05.8200; 0002152-81.2012.4.05.8000; 0006555-37.2010.4.05.8300; 2008.82.00.006784-0/02; 0004174-85.2012.4.05.8300; 0805391-62.2014.4.05.8300; 0803426-49.2014.4.05.8300; 0001081-57.2011.4.05.8104; 0803131-64.2013.4.05.8100; 0008278-57.2011.4.05.8300; 0800015-11.2013.4.05.8404; 0014021-03.2010.4.05.8100; 0003980-67.2012.4.05.8500; 0003003-84.2012.4.05.8400; 0000549-89.2011.4.05.8102; 2007.81.02.001224-1; 0014414-25.2010.4.05.8100; 2009.85.00.005108-8; 2008.80.00.002681-9; 0000171-27.2011.4.05.8202; 2007.81.00.002895-4; 2008.83.02.001065-4; 2008.82.00.006784-0; 2009.83.00.018889-2; 2007.83.00.017894-4. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. Disponíveis em: <https://www.trf5.jus.br>.

⁵⁰⁴Sendo que um caso possui dois acórdãos (2008.82.00.006784-0 e 2008.82.00.006784-0/02), em virtude de posterior determinação do STF de adequação do entendimento ao regime de repercussão geral.

Esses 166 acórdãos foram então minuciosamente analisados, com o preenchimento de ficha de análise de julgado contendo os seguintes campos:

- a) Número do julgado;
- b) Data de julgamento;
- c) Órgão Julgador;
- d) Matéria de fundo;
- e) Resumo da controvérsia;
- f) Indenização (concedida/negada e comentários);
- g) Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários);
- h) Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários);
- i) Manifestação sobre culpa, dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários) e
- j) A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários).

No que diz respeito à matéria de fundo, foi proposta classificação conforme as seguintes categorias:

- a) Acidentes decorrentes de más condições em rodovia;
- b) Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência;
- c) Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis;
- d) Função pública;
- e) Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas;
- f) Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho;
- g) Responsabilidade médica/hospitalar;
- h) Serviços jurídicos da Defensoria Pública ou extravio de autos de processos;

- i) Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios;
- j) Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes e
- k) Outras hipóteses.

Em relação aos 166 acórdãos selecionados, a quantidade de acórdãos por matéria de fundo pode ser assim resumida:

- a) Acidentes decorrentes de más condições em rodovia: 2;
- b) Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência: 60⁵⁰⁵;
- c) Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis: 7;
- d) Função pública: 28⁵⁰⁶;
- e) Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas: 7;
- f) Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho: 25;
- g) Responsabilidade médica/hospitalar: 18;
- h) Serviços jurídicos da Defensoria Pública ou extravio de autos de processos: 7;
- i) Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios: 5;
- j) Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes: 3 e
- k) Outras hipóteses: 4.

Adicionalmente, importa tecer alguns esclarecimentos sobre os critérios utilizados para preenchimento da ficha de análise de julgado.

Na avaliação a respeito da existência de manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance, considerou-se para fins de atribuição de *sim* apenas os casos em que houve

⁵⁰⁵Sendo que dois casos possuem dois acórdãos (0005845-55.2004.4.03.6110 e 2007.72.00.015359-0), em razão da oposição de embargos infringentes.

⁵⁰⁶Sendo que um caso possui dois acórdãos (2008.82.00.006784-0 e 2008.82.00.006784-0/02), em razão da determinação do STF de observância à sistemática de repercussão geral.

manifestação direta, clara e expressa sobre o tema no bojo do acórdão ou em sentença transcrita no acórdão. Assim, não foram consideradas como “manifestação a respeito da natureza jurídica” as hipóteses em que houve mera transcrição de precedentes ou excertos doutrinários que abordem a natureza jurídica do instituto, tampouco situações em que se pôde inferir alguma consideração a respeito do assunto, sem um posicionamento claro e expreso nesse tocante.

Em relação à análise sobre o requisito consubstanciado na necessária caracterização de chance séria e real, a classificação em forte, média, fraca e inexistente foi pautada nos seguintes critérios:

- (a) Forte: Casos em que o acórdão e/ou a sentença transcrita no acórdão analisam de modo bem completo os elementos dos autos que justificariam a caracterização ou não de chance séria e real ou, ainda, citam de forma específica e minuciosa elementos que deveriam ter sido apresentados para viabilizar uma análise a respeito;
- (b) Média: Casos em que o acórdão e/ou a sentença transcrita no acórdão abordam alguns elementos dos autos para justificar a caracterização ou não de chance séria e real ou, ainda, citam de forma mais genérica elementos que deveriam ter sido apresentados para viabilizar uma análise a respeito. Nesses casos, contudo, diferentemente dos casos em que a análise foi classificada como *forte*, entende-se que deixaram de ser tecidas considerações sobre aspectos relevantes a respeito da configuração do requisito e/ou que a avaliação comportava algum detalhamento adicional;
- (c) Fraca: Casos em que o acórdão e/ou a sentença transcrita no acórdão abordam genericamente a necessidade de que a chance perdida seja séria e real, porém sem relacionar com circunstâncias específicas do caso concreto, ou tangenciam aspectos que podem ser relacionados com uma avaliação a respeito desse requisito, mas também de forma genérica e
- (d) Inexistente: Casos em que o acórdão e/ou a sentença transcrita no acórdão não apresentam considerações sobre a necessidade de que a chance perdida seja séria e real e tampouco sobre aspectos do caso concreto relacionados a essa avaliação.

Quanto à manifestação sobre culpa, dolo ou antijuricidade, considerou-se para fins de atribuição de *sim* qualquer afirmação que tenha tangenciado uma análise sobre irregularidade ou ilicitude da ação ou omissão estatal, assim como casos em que a conduta estatal foi de alguma forma qualificada pelo acórdão e/ou sentença transcrita no acórdão. Portanto, não foram considerados somente os casos em que houve expressa utilização dos termos *dolo*, *culpa* ou *antijuricidade*.

Feitos esses esclarecimentos, entende-se conveniente apresentar um panorama a respeito dos casos acima, para melhor compreensão das hipóteses em que a teoria da perda de uma chance é aventada e/ou aplicada, bem como, conforme o caso, para apresentar algumas considerações sobre a forma de aplicação. Sem prejuízo, a íntegra da análise empreendida consta no apêndice, para a devida consulta e conferência (Apêndice A – Fichas de análise de julgados).

3.5.1. Acidentes decorrentes de más condições em rodovia

Nos dois acórdãos que discutem a responsabilidade civil do Estado por acidentes decorrentes de condições ruins de tráfego, a teoria da perda da chance apareceu associada à expectativa de ganho salarial de alguma das vítimas do acidente.

Em precedente do TRF1, registrado como apelação cível nº 0008486-41.2012.4.01.3701, a vítima do acidente se tornou tetraplégica, tendo sido solicitada indenização pela perda de uma chance pelo fato de que tal vítima havia ingressado em faculdade de odontologia, onde pretendia formar-se dentista a fim de num futuro próximo atuar juntamente com seu pai e com sua irmã. Contudo, o acórdão afastou a indenização por entender que, no caso concreto, não havia sido demonstrada chance séria e real da vítima se tornar um dentista, pois não foram apresentados comprovantes de pagamento das mensalidades da faculdade, demonstração de quais períodos do curso foram frequentados e tampouco documentos que demonstrassem que o pai e a irmã da vítima eram dentistas renomados na região em que habitam ou que possuíam clínica tradicional na localidade⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0008486-41.2012.4.01.3701*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 17.10.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

Em precedente do TRF5, notadamente a apelação cível nº 0001081-57.2011.4.05.8104, o pai de uma das vítimas do acidente pede a aplicação da teoria da perda de uma chance com vistas a incluir na indenização o pagamento de uma pensão mensal referente a 2/3 do piso salarial da profissão de enfermeira, a qual, caso estivesse viva, a filha deste autor provavelmente exerceria. No entanto, segundo a fundamentação constante do acórdão, não seria possível garantir que, mesmo tendo a vítima concluído metade do curso de enfermagem ao tempo do acidente, ela iria concluir a graduação e de fato exercer a profissão de enfermeira, razão pela qual tal indenização foi afastada⁵⁰⁸.

Nenhum dos acórdãos afasta a possibilidade, em tese, de aplicação da teoria da perda de uma chance, porém rejeitam os pleitos indenizatórios nesse tocante em razão de particularidades dos casos em debate, especialmente relacionadas à ausência de elementos que indiquem a caracterização de chances sérias e reais.

3.5.2. Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Os casos de extravio, atraso ou erros envolvendo entrega de correspondência são os mais numerosos, tendo sido identificados 60 acórdãos no total⁵⁰⁹. Considerando que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública ora vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, é responsável pelo fornecimento de serviços postais, inclusive em regime de exclusividade no tocante a determinados serviços⁵¹⁰, é natural que se trate de um campo fértil de ações indenizatórias.

Nem todos os acórdãos fazem expressa menção à aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo que muitos mencionam apenas a aplicação do Código de Defesa do Consumidor⁵¹¹ ou mesmo de disposições do Código Civil⁵¹². Entretanto, é significativa a quantidade de precedentes que abordam o fato de se tratar de prestação de serviço público,

⁵⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0001081-57.2011.4.05.8104*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 26.03.2015, *cit*.

⁵⁰⁹ Sendo que, como mencionado, dois casos possuem dois acórdãos (0005845-55.2004.4.03.6110 e 2007.72.00.015359-0), em razão da oposição de embargos infringentes.

⁵¹⁰ Conforme artigo 9º, da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978.

⁵¹¹ A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000538-78.2008.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 13.03.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁵¹² A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0001762-84.2002.4.02.5110*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 18.05.2011. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

ressaltando de forma expressa a aplicabilidade da responsabilidade civil do Estado⁵¹³. Alguns acórdãos fazem menção à hipótese de omissão⁵¹⁴, a depender das particularidades do caso, enquanto outros apenas mencionam a incidência do regime de responsabilidade objetiva. Por fim, ainda que alguns acórdãos ressaltem que seria prescindível qualquer análise sobre culpa, dolo ou antijuridicidade⁵¹⁵, fato é que a constatação quanto à falha do serviço está quase sempre presente na fundamentação e, inclusive, pode-se citar caso em que a ausência de ilicitude na conduta da ECT foi determinante para afastar qualquer responsabilidade⁵¹⁶.

Salienta-se, outrossim, a existência de acórdão do TRF2 que registra, já em uma abordagem teórica, o cabimento da teoria da perda de uma chance em se tratando de responsabilidade civil do Estado.⁵¹⁷

Pois bem. Os acórdãos localizados versam, especialmente, sobre atraso ou extravio de documentos necessários para certames públicos, incluindo licitações e concursos públicos. Para fornecer alguns exemplos, há casos em que a documentação seria necessária

⁵¹³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000467-81.2005.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 07.08.2013; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000123-87.2006.4.01.3600*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 10.10.2016. Disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007531-85.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 16.03.2016; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000476-45.2009.4.02.5104*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 29.10.2013. Disponíveis em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0008431-83.2009.4.03.6112*, Quarta Turma, Rel. Des. Alda Basto, julgado em 16.04.2015; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0047418-45.2000.4.03.6100*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 02.07.2009. Disponíveis em: <http://www.trf3.jus.br/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5060392-18.2014.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 02.10.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.81.02.001224-1*, Terceira Turma, Rel. Des. Geraldo Apoliano, julgado em 10.01.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>, entre outros.

⁵¹⁴A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0008431-83.2009.4.03.6112*, Quarta Turma, Rel. Des. Alda Basto, julgado em 16.04.2015, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos Infringentes nº 0005845-55.2004.4.03.6110*, Segunda Seção, Rel. Des. Carlos Muta, julgado em 03.04.2012. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵¹⁵A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0003449-50.2007.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 24.09.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁵¹⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0002152-81.2012.4.05.8000*, Segunda Turma, Rel. Des. Frederico Dantas, julgado em 18.09.2018. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

⁵¹⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000476-45.2009.4.02.5104*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 29.10.2013, *cit.*

para inscrição no certame⁵¹⁸, habilitação da empresa⁵¹⁹, classificação em determinada fase do concurso⁵²⁰, submissão de amostras⁵²¹, adjudicação de contrato⁵²² ou, ainda, tratava-se de correspondência com convocação para fase seguinte⁵²³, para tomar posse⁵²⁴ ou assumir vaga⁵²⁵, que acabou não sendo atendida.

Além disso, há situações em que se alega que a falha no serviço inviabilizou inscrição em segunda fase do vestibular⁵²⁶ ou em universidade⁵²⁷, participação em processos seletivos para obtenção de bolsas de estudo⁵²⁸ ou em curso para qualificação profissional⁵²⁹, inscrição em programa televisivo, como o “Big Brother Brasil”⁵³⁰, exposição de produtos em feira internacional⁵³¹, realização de viagem para determinado propósito, devido ao não

⁵¹⁸A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0006609-40.2006.4.01.4101*, Sexta Turma, Rel. Juiz Convocado Lincoln Rodrigues de Faria, julgado em 05.02.2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0019961-37.2002.4.01.3800*, Quinta Turma, Des. João Batista Moreira, julgado em 18.11.2009. Disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁵¹⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002855-95.2012.4.03.6115*, Sexta Turma, Rel. Des. Johansom Di Salvo, julgado em 20.09.2018. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003316-02.2015.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 29.01.2019. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵²⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0009995-55.2008.4.03.6105*, Terceira Turma, Rel. Des. Antonio Cedenho, julgado em 17.12.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵²¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5026749-83.2011.4.04.7000*, Terceira Turma, Des. Rel. Fernando Quadros da Silva, julgado em 04.09.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵²²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007531-85.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 16.03.2016, *cit.*

⁵²³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0803426-49.2014.4.05.8300*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 07.05.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

⁵²⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000467-81.2005.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 07.08.2013, *cit.*

⁵²⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos Infringentes nº 0005845-55.2004.4.03.6110*, Segunda Seção, Rel. Des. Carlos Muta, julgado em 03.04.2012, *cit.*

⁵²⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0001762-84.2002.4.02.5110*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 18.05.2011, *cit.*

⁵²⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.81.02.001224-1*, Terceira Turma, Rel. Des. Geraldo Apoliano, julgado em 10.01.2013, *cit.*

⁵²⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0003269-25.2009.4.01.3700*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 06.03.2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002131-21.2013.4.01.4302*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 13.04.2018. Disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁵²⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0009950-78.2011.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 02.05.2012. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁵³⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000538-78.2008.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 13.03.2013, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0018050-95.2006.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Reis Friede, julgado em 17.11.2010.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000548-80.2005.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Theophilo Miguel, julgado em 26.11.2008. Disponíveis em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁵³¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001827-23.2011.4.03.6117*, Sexta Turma, Rel. Des. Fábio Prieto, julgado em 01.02.2018. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

recebimento de documentos para visto ou kit passaporte⁵³², conclusão de curso a distância, devido ao extravio de desenhos artísticos que seriam objeto de avaliação⁵³³, comparecimento em audiência judicial⁵³⁴, análise de recurso que seria apresentado em processo eleitoral⁵³⁵, trabalhista⁵³⁶, cível⁵³⁷ ou à banca examinadora de concurso público⁵³⁸, entre outros. Há até mesmo caso de extravio de suposta nova espécie de camarão, compartilhada por bióloga com o professor de uma universidade, e que supostamente poderia lhe proporcionar novas oportunidades, inclusive a seleção em processo de acesso a mestrado⁵³⁹.

Apesar das particularidades de cada caso, pôde-se constatar uma falta de uniformidade entre os critérios aplicáveis na análise da teoria da perda de uma chance, o que por vezes resultou em deslindes diferentes para situações similares ou até mesmo em resultados mais rígidos para hipóteses nas quais, a toda evidência, a chance perdida seria mais concreta em comparação a outras situações de efetiva e indistinta aplicação da teoria.

De plano, cabe notar que não há uniformidade quanto aos próprios contornos da teoria da perda de uma chance. Nem todos os precedentes fazem uma abordagem teórica sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, embora muitos o façam, valendo-se de orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

Em meio aos acórdãos que trazem considerações sobre a natureza jurídica do instituto, exemplificativamente, foi possível identificar a associação da perda da chance com

⁵³²Sobre a não realização de viagem em que seriam formalizadas contratações com empresas, vide: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0022216-90.2005.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Des. Marli Ferreira, julgado em 07.12.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>. Sobre a postergação de viagem para realização de curso nos Estados Unidos, devido ao extravio de correspondência para obtenção de visto junto ao Consulado americano, vide: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000215-62.2001.4.03.6000*, Sexta Turma, Rel. Des. Regina Costa, julgado em 09.06.2011. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵³³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5028837-55.2015.4.04.7000*, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack De Almeida, julgado em 28.11.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵³⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0047418-45.2000.4.03.6100*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 02.07.2009, *cit.*

⁵³⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2008.83.02.001065-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Edilson Nobre, julgado em 21.06.2011. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/>.

⁵³⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001067-27.2010.4.04.7109*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 24.08.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵³⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005185-33.2016.4.04.7110*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 06.03.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵³⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002723-47.2008.4.03.6125*, Terceira Turma, Rel. Juiz Convocado Silva Neto, julgado em 15.03.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵³⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000271-74.2013.4.02.5104*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Nizete Lobato Carmo, julgado em 05.09.2016. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

um dano específico⁵⁴⁰, com um critério de mensuração de dano⁵⁴¹, sua classificação como terceiro gênero de dano material, que eventualmente pode servir como agregador do dano moral⁵⁴², sendo conveniente também destacar julgado que referenda posicionamento no sentido de que a natureza e classificação do dano pode variar conforme as circunstâncias do caso concreto⁵⁴³. Por outro lado, muitos precedentes não apresentam uma análise acerca da natureza jurídica da perda da chance, utilizando a teoria para justificar indenizações de diferentes naturezas, como a título de danos morais⁵⁴⁴ ou danos materiais⁵⁴⁵.

Para ilustrar as divergências, tem-se, por exemplo, alguns casos em que houve extravio ou atraso de documentos para inscrição em concurso público e a teoria da perda de uma chance foi invocada sem uma efetiva análise das chances de êxito no concurso, mas de modo a justificar a frustração da chance de melhora de vida. É o que se verifica no acórdão referente à apelação cível nº 0006609-40.2006.4.01.4101, do TRF1, em que se discute o extravio de ficha de inscrição para concurso realizado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA para o cargo de Analista em Reforma e Desenvolvimento Agrário.

No acórdão, consta a conceituação do dano advindo da perda de uma chance como um dano *sui generis*, de natureza intermediária entre o dano material e o moral.⁵⁴⁶ Partindo dessa premissa, na hipótese, foi firmado entendimento de que, embora não fosse possível afirmar que a autora da ação lograria êxito na obtenção de uma das vagas no bojo do concurso público promovido pelo INCRA, fato é que foi tolhida de disputá-lo, perdendo

⁵⁴⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0000549-89.2011.4.05.8102*, Terceira Turma, Rel. Des. Marcelo Navarro, 14.02.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0007348-47.2005.4.03.6120*, Quinta Turma, Rel. Des. Maurício Kato, julgado em 09.11.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵⁴¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0003449-50.2007.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 24.09.2013, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000476-45.2009.4.02.5104*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 29.10.2013, *cit.*

⁵⁴²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005185-33.2016.4.04.7110*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 06.03.2018, *cit.*

⁵⁴³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5023759-37.2016.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, julgado em 17.10.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵⁴⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000938-90.2009.4.02.5107*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 24.09.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁵⁴⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0022216-90.2005.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Des. Marli Ferreira, julgado em 07.12.2017, *cit.*

⁵⁴⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0006609-40.2006.4.01.4101*, Sexta Turma, Rel. Juiz Convocado Lincoln Rodrigues de Faria, julgado em 05.02.2018, *cit.*

chance real e séria de obter a vaga, já que não efetivada sua inscrição por conduta exclusivamente imputável à ECT.

Já no acórdão referente à apelação cível nº 0009950-78.2011.4.02.5101, do TRF2, que discute extravio de correspondência por meio da qual foi remetida inscrição para concurso de seleção ao Curso de Adaptação para Aquaviários, a perda da chance é diretamente associada aos danos morais. Após serem tecidas considerações específicas sobre a reparação do dano moral, registrou-se no acórdão que a falha do serviço postal, no caso concreto, teria ultrapassado os limites do mero dissabor ou aborrecimento do dia a dia, porquanto retirou do autor a oportunidade de efetuar o pretendido curso.⁵⁴⁷

Todavia, há outros casos, inclusive envolvendo concursos públicos, em que a teoria da perda da chance foi invocada como fundamento para a concessão de indenização por danos materiais. No acórdão da apelação cível nº 0009995-55.2008.4.03.6105, do TRF3, discutiu-se atraso na entrega de documentos para a fase classificatória de avaliação de títulos em processo seletivo público realizado pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, para o cargo de pesquisador⁵⁴⁸.

Por ocasião do julgamento da apelação, foi mantida a indenização por danos materiais fixada em sentença, porém com fundamento diverso, a teoria da perda de uma chance, afastando-se a indenização por lucros cessantes. Foi trazida toda uma explicação para diferenciar a perda da chance e os lucros cessantes, esclarecendo-se que o lucro cessante incide sobre tudo aquilo que o indivíduo razoavelmente deixou de ganhar, enquanto na perda da chance não se pretende indenizar a perda do resultado e sim propriamente da oportunidade.

No caso, como houve diferença de 0,45 (quarenta e cinco centésimos) na pontuação entre a segunda candidata e a autora, classificada em terceiro lugar, e, considerando que havia duas vagas, entendeu-se que seria nítida a chance perdida pela autora de obter êxito na aprovação dentro do número de vagas, uma chance que se apresentava altamente provável, e isso em virtude da falha no envio da documentação.

No acórdão referente à apelação cível nº 5026749-83.2011.4.04.7000, do TRF4, também se pode concluir pela utilização da teoria da perda de uma chance para justificar

⁵⁴⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0009950-78.2011.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 02.05.2012, *cit.*

⁵⁴⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0009995-55.2008.4.03.6105*, Terceira Turma, Rel. Des. Antonio Cedenho, julgado em 17.12.2015, *cit.*

uma indenização a título de danos materiais. Versava o caso sobre atraso na entrega de amostras dos produtos que constituíam objeto de licitação junto ao Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro. Em razão disso, a empresa autora, que havia se sagrado vencedora no certame, por ter apresentado o melhor preço, acabou desclassificada⁵⁴⁹.

A turma julgadora afirmou que, diante do conjunto probatório, estaria configurado o dever da ECT de indenizar empresa autora por danos materiais, já que os elementos dos autos demonstrariam o nexos causal entre o vício existente no serviço prestado pela ré e a desclassificação na licitação. Quanto ao *quantum* indenizatório, após análise das particularidades do caso e conclusão no sentido de que seria ínfima a chance da empresa autora não se sagrar vencedora do certame, foi fixado em 90% do valor pleiteado a título de lucros cessantes.

À luz do que se expôs no capítulo anterior e inclusive do teor do Enunciado 444 do Conselho da Justiça Federal, que prevê expressamente que a responsabilidade civil pela perda de chance pode apresentar natureza jurídica de dano extrapatrimonial ou de dano patrimonial, conforme o caso, não se refuta a possibilidade de que a perda da chance ora assumia feição de dano patrimonial ora de dano extrapatrimonial. No entanto, o que se verifica é que há divergência de conceituação para hipóteses semelhantes, o que afeta a avaliação sobre o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real, a concessão da indenização e os valores arbitrados.

Os casos envolvendo o extravio de inscrição para o programa televisivo “Big Brother Brasil” demonstram claramente isso.

O TRF1, na apelação cível nº 0000538-78.2008.4.01.3801, concedeu indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e afirmou que se trataria de situação típica de perda de uma chance, em que a falha no serviço prestado pela ECT tolheu a possibilidade de inscrição no processo de seleção de candidatos do programa televisivo⁵⁵⁰. Ainda que efetivada a inscrição na seleção de âmbito nacional, não havia garantia de que a autora seria escolhida, tampouco que ganharia prêmios, porém seria devida indenização por danos morais. De se notar que a autora pedia indenização no valor do prêmio, no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

⁵⁴⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5026749-83.2011.4.04.7000*, Terceira Turma, Des. Rel. Fernando Quadros da Silva, julgado em 04.09.2013, *cit.*

⁵⁵⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000538-78.2008.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 13.03.2013, *cit.*

Já o TRF2, em duas situações idênticas, apelações cíveis nº 0018050-95.2006.4.02.5101 e 0000548-80.2005.4.02.5101, afastou qualquer pleito indenizatório, por entender que as hipóteses não evidenciavam a configuração de chances sérias e reais, já que não seria significativa a probabilidade de ser escolhido em meio a milhares de candidatos e, também, de sair vencedor do jogo⁵⁵¹. O mesmo deslinde foi adotado pelo TRF4, na apelação cível nº 5002679-06.2010.4.04.7204, quando ressaltou que a indenização buscada estava atrelada à suposta perda de oportunidade de participar da seleção de candidatos ao programa Big Brother Brasil e, se o caso, concorrer ao prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), além de outras vantagens. No entanto, concluiu que seria absolutamente incerto se o autor venceria o programa, ao passo que a perda da chance dependeria de um certo grau de probabilidade, não sendo possível acolher o pedido reparatório por danos materiais⁵⁵².

Ademais, para continuar a ilustrar a falta de uniformidade nas soluções empregadas, inclusive na análise do requisito consubstanciado na existência de chance séria e real, cumpre citar três casos do TRF2 que tiveram o mesmo valor de indenização arbitrado, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem considerações sobre os parâmetros de quantificação sugeridos para hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance.

Na apelação cível nº 0007531-85.2011.4.02.5101, a empresa autora havia se sagrado vencedora de licitação na modalidade pregão promovida pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, para fornecimento de refrigeradores de ar e óleo, e enviado a documentação necessária à adjudicação do contrato, por Sedex. Todavia, a correspondência chegou ao destinatário após o prazo, ocasionando a desclassificação no procedimento licitatório. Para justificar a concessão de indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consignou-se que a indenização devida não poderia adquirir uma conotação de prêmio, devendo, sim, restringir-se, dentro do possível, à reparação dos constrangimentos injustamente infligidos⁵⁵³.

Já na apelação cível nº 0004948-39.2011.4.02.5001, em que se discutia atraso da entrega de documentação que frustrou a possibilidade de participação em certame, registrou-

⁵⁵¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0018050-95.2006.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Reis Friede, julgado em 17.11.2010, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000548-80.2005.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Theophilo Miguel, julgado em 26.11.2008, *cit.*

⁵⁵²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5002679-06.2010.4.04.7204*, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 29.03.2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵⁵³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007531-85.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 16.03.2016, *cit.*

se no acórdão que, independentemente da discussão acerca da hipótese se amoldar ou não à teoria da perda de uma chance, o dano moral no caso decorreria da simples falha na prestação do serviço, comprovada a quebra da expectativa legítima. Analisando a documentação do certame, ressaltou-se que havia proposta mais vantajosa do que a da autora, de modo que possivelmente ela não venceria o certame. De todo modo, a falha da ECT teria causado dissabor e angústia maiores do que o mero aborrecimento cotidiano, sendo devida a indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)⁵⁵⁴.

Na apelação cível nº 0003449-50.2007.4.02.5101, que discutia indenização em razão do atraso na entrega de documentação para participar de procedimento licitatório junto à Petrobras, que efetivamente impossibilitou a participação da empresa autora no certame, foi concedida indenização por danos materiais, referente ao valor da postagem, e, em princípio, entendeu-se não ser cabível a indenização por danos morais, sob o fundamento de que, apesar da falha na prestação do serviço, o fato não teria ensejado qualquer abalo que refletisse na reputação da autora perante o mercado ou que ofendesse sua honra objetiva.

No entanto, mesmo não sendo o caso de concessão de indenização por danos morais, entendeu-se ser o caso de concessão de indenização pela perda de uma chance, já que a falha na prestação do serviço pela ECT teria impedido a parte autora de participar de certame licitatório. Consignou-se que a teoria da perda de uma chance tem sido admitida como uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil e que, embora existam contornos específicos no que diz respeito à interpretação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que a empresa pública também está obrigada à reparação do dano quando, por sua ação ou omissão, provoca a perda de uma chance ao administrado⁵⁵⁵. No caso, a turma julgadora entendeu inexistir óbice na manutenção da condenação por danos morais fixada pela sentença, porém com fundamento na teoria da perda de uma chance, por entender que os dois institutos são comumente aproximados e poderia se aplicar a fungibilidade. No entanto, reduziu-se o valor de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois a licitação se encontrava em estágio inicial.

Portanto, denota-se que o mesmo valor de indenização foi concedido para uma empresa que já tinha se sagrado vencedora de certame, para uma empresa que não teve a

⁵⁵⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0004948-39.2011.4.02.5001*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Couto de Castro, julgado em 10.12.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁵⁵⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0003449-50.2007.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 24.09.2013, *cit.*

chance de sequer de participar do certame e para uma empresa que possivelmente perderia a licitação, por apresentar preço superior ao de uma concorrente. Não se constata, ademais, nenhuma associação aparente do valor fixado a título de indenização com o montante do contrato objetivado nas licitações.

Essa situação evidencia a fragilidade na aplicação da teoria da perda de uma chance, pois denota descuido na forma de avaliar a existência de chances sérias e reais, inclusive em razão das divergências sobre a natureza jurídica do instituto, além de evidenciar a aleatoriedade na quantificação de indenização.

Da mesma forma, convém notar casos envolvendo concursos públicos, com pessoas físicas, em que um valor de indenização mais alto foi arbitrado para casos de falha no envio de cartão de inscrição comparativamente a casos de falha na entrega de comunicação de convocação para assumir o cargo, sendo que em ambas as hipóteses a indenização não guardou relação com a remuneração almejada.

Na apelação cível nº 0002357-09.2001.4.01.3700, do TRF1, a preposta da agência terceirizada dos Correios deixou de encaminhar nome e cartão de inscrição para entidade organizadora de concurso para técnico judiciário do Tribunal Regional Eleitoral, tendo sido reconhecido que a frustração decorrente da não inscrição no concurso público causaria considerável abalo psíquico. Na ocasião foi mantida a indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixada em sentença, sob o argumento de que tal valor seria razoável, pois a empresa pública seria punida pela desídia de sua preposta e a candidata, a seu turno, ver-se-ia compensada pelo fato de não ter participado do concurso almejado⁵⁵⁶.

Por outro lado, na apelação cível nº 0000467-81.2005.4.01.3801, também do TRF1, foi concedida indenização de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) pela omissão da ECT no tocante à entrega de telegrama relativo à convocação da parte autora para assumir o cargo de professora temporária do Município de Juiz de Fora/MG, o que resultou na expiração do prazo para sua posse, após ter sido aprovada no respectivo concurso público⁵⁵⁷.

Já na apelação e embargos infringentes nº 0005845-55.2004.4.03.6110, do TRF3, em que se discutia falha da ECT na entrega de telegrama convocando a autora, aprovada em concurso público para o cargo de enfermeira do Município de Itapevi/SP, para assumir a

⁵⁵⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002357-09.2001.4.01.3700*, Sexta Turma, Rel. Juíza Hind Ghassan Kayath, julgado em 21.07.2014. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁵⁵⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000467-81.2005.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 07.08.2013, *cit.*

vaga, foi fixada indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O acórdão da apelação ressalta que a autora não teria direito adquirido à vaga, na medida em que direito ainda não se havia integrado ao seu patrimônio jurídico, mas havia chance real e séria da autora vir a assumir o cargo, chance demonstrada pela aprovação no concurso público e convocação para preenchimento da vaga, sendo que haveria certeza quando ao prejuízo decorrente da perda da chance.

O acórdão ressaltou a necessidade de redução da indenização em caso de perda de uma chance, na proporção da chance de êxito da vítima, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Em se tratando de indenização por dano moral, ponderou os critérios que deveriam ser observados (condição social do ofensor; viabilidade econômica do ofensor e do ofendido; grau de culpa; gravidade do dano; reincidência) e, em face desses parâmetros, entendeu razoável a indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a qual atenderia tais aspectos, somado ao fato de se tratar de dano pela perda de uma chance, conjuntamente com o fato de que o dano moral seria presumido da demonstração do ato ilícito, inexistindo, porém, elementos probatórios aptos a reforçar essa presunção e demonstrar que o dano moral teria ocorrido em intensidade capaz de justificar a indenização em valor maior⁵⁵⁸.

No acórdão dos embargos infringentes, salientou-se que, na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o que se indeniza não é propriamente a vantagem ou direito perdido - no caso, o ganho mensal que dependia de nomeação, posse e exercício do cargo -, mas a perda da chance ou oportunidade de alcançar a vantagem ou o direito - no caso, a de comparecer, fazer exames médicos e apresentar documentos para ser nomeada, empossada, exercer o cargo e auferir o respectivo ganho mensal. Nessa passo, a indenização foi fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem abaixo dos R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil) pleiteados, o que mostra que a turma julgadora decidiu não com base na frustração da própria nomeação e posse da autora, mas na perda de séria e real oportunidade da autora exercer cargo no concurso público em que aprovada, em razão de conduta negligente da ECT, com prestação deficiente de serviço⁵⁵⁹.

Conquanto, em muitos casos, a indenização fundada na perda de uma chance tenha sido concedida sem análise cuidadosa sobre o requisito consubstanciado na existência de chances sérias e reais e o valor de indenização tenha sido fixado em desatenção às

⁵⁵⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0005845-55.2004.4.03.6110*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 15.01.2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵⁵⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos Infringentes nº 0005845-55.2004.4.03.6110*, Segunda Seção, Rel. Des. Carlos Muta, julgado em 03.04.2012, *cit.*

particularidades da teoria, há precedentes em que a análise sobre a seriedade da chance perdida é deveras cautelosa e em que o racional de quantificação da indenização se atém às balizas que norteiam a teoria.

Em relação à análise sobre a existência de chance séria e real, importa destacar, ilustrativamente, a análise empreendida por alguns acórdãos.

No acórdão referente à apelação cível nº 0012213-12.2006.4.01.3800, do TRF1, em que se discutia indenização por prejuízos decorrentes do atraso na entrega de correspondência destinada à conclusão de contrato decorrente de licitação pública, afirmou-se que seria bastante provável a vitória da autora no Pregão Presencial promovido pela Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A - SANASA. Isso porque, a autora foi classificada em primeiro lugar em função do menor preço e somente ela foi convocada para enviar amostras dos produtos contidos em sua proposta, para fins de teste de desempenho. Ademais, os mesmos cartuchos e toner para impressoras, fabricados pela autora, haviam sido testados e aprovados pela SANASA em pregão anterior. A indenização foi relegada para liquidação de sentença⁵⁶⁰.

No acórdão relativo à apelação cível nº 0000271-74.2013.4.02.5104, do TRF2, que discutiu o extravio de suposta nova espécie de camarão, a indenização pela perda de uma chance foi afastada justamente por não ter sido demonstrada a perda de chance séria e real. No caso, a turma julgadora entendeu que os documentos juntados não demonstravam que, efetivamente, o exemplar do crustáceo extraviado poderia ser uma nova espécie. A pretensão estaria fundada em exercício demasiadamente vago e hipotético, sem um conjunto de fotografias do crustáceo e confrontação das suas características com as espécies catalogadas. Ademais, no acórdão, houve a transcrição de excerto da sentença em que o magistrado de primeiro grau consignou que, no tocante à perda de oportunidade de realizar mestrado ou de oportunidades profissionais, não houve detalhamento de forma clara, não havendo elementos que demonstrassem a perda de chance real e provável⁵⁶¹.

Vale ressaltar também o acórdão relacionado à apelação cível nº 0002855-95.2012.4.03.6115, do TRF3. No caso, a empresa autora se sagrou vitoriosa em pregão por menor preço global para fornecimento de trabalhadores terceirizados na Delegacia da

⁵⁶⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0012213-12.2006.4.01.3800*, Quinta Turma, Rel. Juiz Convocado Carlos Eduardo Castro Martins, julgado em 08.05.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁵⁶¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000271-74.2013.4.02.5104*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Nizete Lobato Carmo, julgado em 05.09.2016, *cit.*

Receita Federal de Santos e agências jurisdicionadas, especificamente para os cargos de serviços de portaria e recepção, pelo prazo inicial de 20 (vinte) meses, prorrogáveis por até 60 (sessenta) meses. No entanto, os documentos necessários à habilitação foram entregues com atraso, o que ocasionou a desclassificação da parte autora. Na análise a respeito da existência de chance séria e real, a turma julgadora acatou os fundamentos da sentença, a qual registra que: (a) a autora foi a vencedora do certame por ter ofertado o menor preço no pregão eletrônico; (b) a autora foi desclassificada (inabilitada) do certame porque não apresentou tempestivamente os documentos necessários à sua habilitação e (c) os documentos encaminhados pela autora eram - segundo o julgamento do pregoeiro - hábeis a qualificá-la como habilitada.

Na quantificação da indenização, a turma julgadora entendeu por reduzir o montante fixado em sentença, invocando precedente do STJ que consigna que, na responsabilidade pela perda da chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. Atentando-se às particularidades do caso, consignou que o edital previu o prazo de 20 (vinte) meses para a vigência do contrato, sendo possível a prorrogação até, no máximo, 60 (sessenta) meses, o que ficaria a critério da Administração. Assim, não haveria certeza de que o contrato seria prorrogado. Além disso, nem o transcurso de 20 (vinte) meses seria certo, pois poderiam ocorrer irregularidades que renderiam a rescisão contratual. Em virtude disso, entendeu que a indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) seria suficiente⁵⁶².

Na apelação cível nº 0002131-21.2013.4.01.4302, do TRF1, discutiu-se indenização em virtude de atraso na entrega de documentação que obstou os autores a prosseguir em processo seletivo de bolsistas para atuação no Programa de Agentes Locais de Inovação, realizado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq. A indenização pela perda de uma chance foi concedida apenas a dois autores, que estavam bem classificados no processo seletivo.

Consta no acórdão que o edital previa três vagas imediatas e quatro vagas para cadastro reserva. No curso do processo, foram juntados novos documentos demonstrando que o SEBRAE convocou imediatamente os quatro primeiros colocados. Um dos autores estava classificado em segundo lugar e a outra em quarto lugar quando da interrupção do

⁵⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002855-95.2012.4.03.6115*, Sexta Turma, Rel. Des. Johanson Di Salvo, julgado em 20.09.2018, *cit.*

processo aleatório em virtude da falha da ECT, sendo que a indenização pela perda da chance foi concedida somente a esses dois autores, que teriam chances reais de convocação, tendo sido afastada para outra autora que estava classificada em nono lugar.

A forma de quantificação da indenização no aludido acórdão também convém ser ressaltada, na medida em que foi mantida a sentença, que aplicou um coeficiente redutor de 50% em relação ao valor que esses dois autores aufeririam se lograssem êxito no processo seletivo. O valor foi fixado sob a premissa de que as chances de tais autores não prosseguirem no processo seletivo eram mínimas. No entanto, não há maior detalhamento sobre o racional do percentual de 50%.⁵⁶³

Por fim, cumpre mencionar o acórdão referente aos embargos infringentes nº 2007.72.00.015359-0, do TRF4, que discutiu indenização pela perda de uma chance em razão de atraso na entrega de correspondência contendo documentos para participação de licitação, promovida pela CEB Distribuição S/A, perdendo a autora o prazo para concorrer, em hipótese na qual supostamente tinha legítimas expectativas de lograr êxito.

O acórdão da apelação havia concluído pelo cabimento da indenização pela perda de uma chance, pois a concorrência teve como parâmetro de escolha o "melhor preço" e a parte autora teria calculado sua proposta em R\$ 12.559.378,80 (doze milhões, quinhentos e cinquenta e nove mil, trezentos e setenta e oito reais e oitenta centavos). No entanto, sem receber o envelope, devido ao atraso na entrega pela ECT, a licitação terminou com outra empresa como vencedora, cuja proposta aceita foi no valor de R\$ 14.003.451,92 (catorze milhões, três mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e noventa e dois centavos). Entendeu-se, portanto, que a parte autora tinha ofertado um preço melhor do que aquele apresentado pela empresa vencedora, de modo que havia uma probabilidade de êxito a justificar a indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance, sendo a indenização fixada em 50% da expectativa de lucro, que correspondia a 4% do valor da obra, equivalente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Entretanto, no acórdão dos embargos infringentes, a aplicação da teoria da perda de uma chance foi afastada. Segundo entendimento firmado por ocasião do julgamento, embora demonstrada a falha no serviço postal, teria havido imprecisão quanto ao endereço a justificar, ainda que parcialmente, a falha no serviço. Ademais, a correspondência era endereçada a um terceiro, que faria o protocolo perante o órgão licitante. Portanto, ainda que

⁵⁶³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002131-21.2013.4.01.4302*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 13.04.2018, *cit.*

a ECT tivesse entregado a correspondência no prazo e local indicados, não havia certeza de que o destinatário protocolaria a proposta no prazo certo perante a licitante.

Ademais, outros aspectos impediriam um juízo completo sobre a probabilidade de êxito, a saber: (a) o fato de ter sido juntada apenas cópia parcial do edital de licitação, o que seria indispensável para avaliar a existência de real possibilidade da proposta apresentada ser vencedora, para análise de requisitos de habilitação, relativamente às qualificações jurídica, fiscal e econômico-financeira, ao lado da qualificação técnica; (b) o fato de que a autora não juntou a ata de julgamento da concorrência, de modo a comprovar a empresa vencedora do certame, tendo juntado documento com nome das empresas que apresentaram proposta e a proposta apresentada por uma das concorrentes e (c) o fato de que inexistiria qualquer prova da efetiva contratação da obra.

Com base nesse raciocínio, a Segunda Seção do TRF4 concluiu que não restou suficientemente demonstrada a chance séria e real de vencer a licitação, afastando a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance⁵⁶⁴.

Definitivamente, em razão das particularidades do serviço desempenhado pela ECT, tem-se um campo fértil para explorar a responsabilidade civil pela perda de uma chance em hipóteses de atraso, extravio ou erros envolvendo entrega de correspondência.

Os acórdãos evidenciam a possibilidade de se aplicar a teoria em tais situações, porém demonstram também inconsistências na sua efetiva aplicação, o que é temerário. As interpretações levadas a efeito pelos Tribunais Regionais Federais e às vezes dentro da mesma corte são díspares, tanto pela divergência quanto à concepção sobre a natureza jurídica do instituto, como pelas diferenças no rigor concernente à análise acerca da existência de chance séria e real e critérios de quantificação da indenização.

⁵⁶⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Embargos Infringentes nº 2007.72.00.015359-0*, Segunda Seção, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, julgado em 13.09.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

3.5.3. Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Conquanto tenham sido identificados sete precedentes em que a matéria de fundo diz respeito à frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis, importa esclarecer que três acórdãos abordam situação idêntica.

São acórdãos provenientes do TRF2 – apelações cíveis nº 0000710-53.2011.4.02.5105, 0000713-08.2011.4.02.5105 e 0000724-37.2011.4.02.5105 - em que a controvérsia girava em torno da rescisão de contrato para aquisição de propriedade com vistas à produção rural, em programa governamental, após loteamento de fazenda adquirida para tal fim, que se revelou parcialmente imprópria para a agricultura e criação, por compreender área de preservação ambiental. Discutiu-se, ainda, a ocorrência de danos morais e o ressarcimento de danos materiais, com fundamento na teoria da perda de uma chance, sendo que, nesse particular, os autores das três demandas basearam o pedido na impossibilidade de qualquer cultivo nas áreas a eles destinadas, integrantes de imóvel com 72 lotes, sendo que a grande maioria do imóvel seria cultivável⁵⁶⁵.

Nos três casos foi admitida a rescisão do contrato firmado junto ao Programa Nacional de Crédito Fundiário, pois inexecutável, bem como foi concedida indenização a título de danos morais, que deveria ser arcada pelo Estado do Rio de Janeiro, a quem incumbiria a escolha do imóvel e acompanhamento do projeto. Por outro lado, foi negada a indenização pela perda de uma chance.

Restou consignado nos acórdãos que, para aplicação da referida teoria, o dano deveria ser real, atual e certo, não sendo viável a indenização por dano potencial ou incerto. Contudo, na situação concreta dos autores das três demandas, não haveria que se falar em probabilidade e certeza séria, relativa a qualquer tipo de produção ou cultivo, inexistindo chances de realização ou vantagens perdidas, que pudessem resultar em prejuízos. Seria irrelevante o fato de que os demais lotes da fazenda, vendidos a outros agricultores, tenham logrado produzir. O que se teria na hipótese dos sítios que couberam aos autores seria a

⁵⁶⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000710-53.2011.4.02.5105*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 07.06.2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000713-08.2011.4.02.5105*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 30.05.2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000724-37.2011.4.02.5105*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 30.05.2018. Disponíveis em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

impossibilidade concreta de produção, pelo fato dos lotes se situarem em área de proteção permanente. Isso, por si só, afastaria o dano decorrente da perda de uma chance.

A perda da chance também foi invocada no acórdão referente à apelação cível nº 0002236-43.2009.4.01.4300, do TRF1, em que se discutiu pedido de indenização da terra nua e benfeitorias decorrentes da desapropriação de fazenda e indenização pela perda de uma chance, uma vez que a desapropriação teria frustrado a implementação do chamado Projeto River Side Hotel Ecoturismo e outros objetivos relacionados ao imóvel⁵⁶⁶.

No tocante à perda de uma chance, a turma julgadora manteve o entendimento firmado na sentença de primeiro grau, no sentido de afastar tal indenização, na medida em que, para a caracterização da perda de uma chance, seria necessária a demonstração de uma chance real e séria, e não uma remota probabilidade. Nesse passo, houve a transcrição de trecho da sentença que abordava o pleito indenizatório pelo alegado abandono do Projeto River Side Hotel Ecoturístico, que seria implantado na Fazenda Sítio do Meio, em decorrência da desapropriação do imóvel para formação do lago da Usina Hidrelétrica de Estreito/MA.

A sentença, em análise minuciosa, observou a cronologia dos fatos relacionados à implantação da Usina Hidrelétrica e do Projeto River Side Hotel Ecoturismo. A partir da avaliação, concluiu que o documento mais antigo juntado pelo autor que fazia alusão ao Projeto River Side Hotel Ecoturístico seria um ofício encaminhado ao Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA, visando colher manifestação sobre a viabilidade econômico financeira do empreendimento, mas em atenção ao qual o CEULP/ULBRA respondeu que somente após a elaboração de projeto técnico seria possível confirmar a viabilidade do projeto. O segundo documento mais antigo que fazia alusão ao Projeto River Side Hotel Ecoturístico seria o levantamento Patrimonial Sintético da Fazenda Sítio do Meio, Goiatins – Barra do Ouro/TO, produzido após a publicação da pretensão da União de construir a Usina Hidrelétrica no Rio Tocantins. Ademais, tratar-se-ia de documento elaborado pelo próprio autor sem evidência de que houve gastos na sua confecção, nem de que foi endereçado a qualquer órgão público ou instituição bancária.

O autor somente teria contratado a elaboração do Projeto River Side Hotel Ecoturismo depois de 8 (oito) anos do dia em que a União tornou pública a pretensão de construir a Usina Hidrelétrica, quando também já se tinha passado mais de um ano da

⁵⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002236-43.2009.4.01.4300*, Terceira Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, julgado em 26.07.2011. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

desapropriação da Fazenda Sítio do Meio. Nesse contexto, os fatos indicariam que, na data da desapropriação do imóvel, o Projeto River Side Hotel Ecoturismo existia apenas no imaginário do autor. Nenhuma infraestrutura do projeto digna de nota havia sido iniciada. Ou seja, o Projeto River Side Hotel Ecoturismo não tinha saído do papel, de sorte que não poderia ser considerado como perda de chance para fins reparatórios.

Além disso, a sentença consigna que, embora a parte autora afirme que a totalidade da área da Fazenda Sítio do Meio teria sido desapropriada, do que resultaria a perda da oportunidade de lucrar com o Projeto River Side Hotel Ecoturismo, a assertiva não seria verdadeira. Isso porque apenas duas porções de terras teriam sido objeto de desapropriação e a área remanescente, com metragem significativa, continuaria sob o domínio do autor e poderia ser utilizada para implantação do Projeto River Side Hotel Ecoturismo. Ademais, a formação do lago artificial não representaria um estorvo ao Projeto. Pelo contrário, a represa valorizaria as terras e potencializaria a vocação turística da região.

Portanto, se a desapropriação não inviabilizou a execução do Projeto River Side Hotel Ecoturismo, não seria o caso de perda de uma chance. Sobre a alegação de frustração de objetivos, tais como, a instalação de energia elétrica rural, a construção de escola rural e a inclusão do município no Programa Nacional dos Municípios de vocação turística, consignou-se no acórdão que a desapropriação em nada os atrapalhou e ainda poderiam ser alcançados, dependendo apenas do empenho do autor.

Outro acórdão que aborda a perda de uma chance dentro de contexto de frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis se refere à apelação cível nº 0008001-49.2009.4.01.3700, também do TRF1⁵⁶⁷.

Tratava-se de ação objetivando o cancelamento de contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal - CEF, para participação no Programa de Subsídios à Habitação de Interesse Social, do Município de Caxias/MA, destinado à população de baixa renda, bem como indenização por danos materiais e morais em razão do fato do bem não ter sido entregue à parte autora. Houve posterior pedido de inclusão do Município de Caxias no polo passivo.

Segundo o referido contrato, decorrente da parceria entre a CEF e o Município de Caxias, a autora receberia dentro de prazo previamente estipulado, um determinado imóvel,

⁵⁶⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0008001-49.2009.4.01.3700*, Sexta Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, julgado em 28.11.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

mas, ao término da construção, o bem não lhe foi entregue, tendo sido ocupado por terceiro não beneficiado pelo aludido programa.

Foi proferida sentença julgando parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a desvinculação da autora do contrato e condenar os réus no pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais). A indenização por danos morais foi afastada sob o entendimento de que não teria cabimento diante de mero inadimplemento contratual.

A CEF recorreu alegando que os fatos seriam de responsabilidade exclusiva do Município de Caxias, já que organizou os possíveis beneficiários em grupos e apresentou ao agente financeiro a proposta do empreendimento habitacional, além de ser sua a atribuição de executar o projeto e demonstrar o cumprimento da Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei de Responsabilidade Fiscal. A autora, por sua vez, também recorreu, sustentando, em síntese, o seu direito à indenização por danos morais e suscitando a teoria da perda de uma chance consubstanciada na não obtenção de sua moradia, o que lhe causou desgaste físico e emocional, caracterizando a responsabilidade objetiva dos réus.

A turma julgadora afastou a responsabilidade da CEF pelo pagamento de indenização, atribuindo-a exclusivamente ao Município de Caxias, já que a entrega do imóvel aos beneficiários era de responsabilidade do referido ente público. Quanto ao recurso da autora e pedido de arbitramento de indenização por danos morais, entendeu que deveria ser considerada a tese de indenização por danos morais respaldada na teoria da perda de uma chance, relacionada à não obtenção de moradia, caracterizando a responsabilidade objetiva do Município de Caxias.

Nesse particular, constou no acórdão que a teoria da perda de uma chance tem como fundamento a probabilidade de que a chance se concretizaria e o fato de que a vantagem perdida, não por culpa do pretendente, teria lhe resultado prejuízo. A esse respeito, a despeito da negativa do magistrado de primeiro grau quanto à indenização por danos morais, registrou que se “o imóvel fosse entregue no prazo e nas condições contratadas, a parte autora presumivelmente passaria a residir nele, com o conforto, a tranquilidade e a felicidade que esperava”, o que corroboraria a afirmação de que a autora só não adquiriu o imóvel por culpa do Município de Caxias, que não observou a lista de beneficiários por ele elaborada.

Citando então o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o relator propôs a condenação do Município de Caixas ao pagamento de danos morais, no montante de R\$

5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento na teoria da perda de uma chance, o que foi acolhido pela turma julgadora.

No âmbito do TRF4, foram identificados outros dois acórdãos envolvendo a perda da chance de obtenção de imóvel, com expressa menção à aplicabilidade do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

A apelação cível nº 5005795-96.2014.4.04.7004 é tirada de procedimento comum, ajuizado contra a CEF, Companhia de Habitação do Paraná - COHAPAR e Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, em que a parte autora pediu provimento jurisdicional para que fosse colocada no primeiro lugar da fila de espera por novas unidades habitacionais similares à que foi contemplada na cidade de Cruzeiro do Oeste/PR, bem como a condenação dos réus ao depósito do valor mensal da diferença entre o aluguel e a prestação do financiamento recusado pela CEF, além do pagamento de indenizações por danos materiais, morais e perda de uma chance, precisamente perda da chance de obter financiamento habitacional da CEF. Pediu, ainda, que o INSS procedesse à exclusão do seu nome do CADIN, cuja inscrição decorreu da não devolução de benefício previdenciário que havia sido concedido em virtude de liminar, posteriormente confirmada por sentença, mas revogada por turma recursal⁵⁶⁸.

Quanto à indenização pela perda de uma chance, a turma julgadora entendeu que o conjunto probatório comprovaria que a autora teve seu cadastro reprovado pela CEF apenas por estar inscrita no CADIN como devedora do INSS. Documentos dariam conta que a autora teria sido pré-selecionada como candidata a uma habitação do programa Minha Casa Minha Vida, no município de Cruzeiro do Oeste, tendo sido desclassificada pela inscrição no CADIN, e que estava apta a adquirir o imóvel na planta, tendo sido selecionada pelo setor social do município. Portanto, não fosse o ato ilícito praticado pelo INSS, consistente na indevida inscrição da autora no CADIN, ela provavelmente teria obtido a aprovação de seu cadastro, bem como teria sido contemplada com a unidade habitacional. Nesse contexto, o dano seria real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, sendo devida a indenização por parte do INSS.

O acórdão trouxe consideração expressa no sentido de que o dano decorrente da impossibilidade de se atingir o resultado ou de se evitar uma perda só seria verificável

⁵⁶⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005795-96.2014.4.04.7004*, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, julgado em 11.12.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

quando a situação se consolida em caráter definitivo. Essa circunstância se amoldaria ao caso, pois inexistiriam novos projetos habitacionais em Cruzeiro do Oeste para que a autora pudesse lograr aprovação em seu cadastro.

Em relação à quantificação da indenização, o acórdão fez referência à sentença e manteve a indenização fixada naquela sede. A sentença, por sua vez, apresentou considerações sobre a necessidade de aplicação de coeficiente redutor em caso de indenização pela perda de uma chance. Nesse sentido, o valor da indenização deveria tomar como parâmetro o valor total do resultado almejado e sobre esse fazer incidir um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final buscado.

No caso, a parte autora teria sido pré-selecionada como candidata a um imóvel residencial em empreendimento no município de Cruzeiro do Oeste. Consta que, segundo notícia do site da COHAPAR, o empreendimento teve um custo global de R\$ 817.000,00 (oitocentos e dezessete mil), de forma que cada uma das 21 unidades habitacionais teve um custo unitário médio de R\$ 38.904,48 (trinta e oito mil, novecentos e quatro reais e quarenta e oito centavos). Portanto, em relação ao *quantum* indenizatório, sopesada a real possibilidade de êxito da autora, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o grau de culpa da autarquia previdenciária, a capacidade econômica das partes, a intensidade e a abrangência do dano, entendeu-se razoável a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor equivalente a R\$ 19.452,24 (dezenove mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e vinte e quatro centavos), correspondendo a aproximadamente metade do valor da unidade habitacional com a qual a autora teria sido provavelmente contemplada.

O outro acórdão do TRF4, referente à apelação cível nº 5032555-22.2013.4.04.7100, dizia respeito a uma ação anulatória de débito fiscal, com pedido de tutela antecipada, por meio da qual o autor pediu a suspensão do crédito tributário, com a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos federais, a fim de evitar a perda da chance da compra de um imóvel. Ao final, postulou o cancelamento da declaração de imposto de renda pessoa física 2010 e a anulação dos débitos fiscais, bem como o pagamento de indenização por danos morais e pela perda de uma chance⁵⁶⁹.

O autor narrou que até o ano calendário de 2010, exercício 2011, seus rendimentos autorizavam a declaração de isento do imposto de renda pessoa física. Todavia, recebeu

⁵⁶⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5032555-22.2013.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 27.05.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

cobrança da Receita Federal em razão de pendências referentes a três declarações de imposto de renda relativas aos exercícios de 2008, 2009 e 2010 e verificou que tais declarações eram fraudulentas, tendo sido entregues em seu nome e sem sua autorização. Após esclarecimentos, foi dada baixa nas declarações dos exercícios de 2008 e 2009, porém a declaração relativa ao exercício de 2010 foi analisada apenas posteriormente. Havendo processo administrativo em andamento, o autor entendeu que a Receita Federal deveria ter suspenso a exigibilidade do crédito e emitido a certidão positiva com efeitos de negativa, tendo em vista os indicativos de fraude perpetrada por terceiro, bem como diante da tempestiva impugnação ao lançamento. No entanto, o problema relativo à declaração de imposto de renda de 2010 inviabilizou a tempestiva emissão de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos federais, o que, por sua vez, impactou a compra de casa própria, dando ensejo ao pedido de indenização pela perda de uma chance.

Aparentemente a indenização pela perda de uma chance foi associada a danos morais no caso em questão e devidamente concedida ao autor. Nesse ponto, o TRF4 manteve a sentença de primeiro grau, transcrevendo seus fundamentos no acórdão. A sentença concluiu que o autor comprovou que a relação de débitos perante a Receita Federal efetivamente impediu que fosse perfectibilizado o contrato de aquisição do imóvel que estava sendo celebrado. Portanto, estaria configurado o prejuízo por parte do autor pela ineficiência dos controles da Receita Federal, uma vez que perdeu a chance de comprar seu imóvel em virtude de pendências tributárias que lhe foram indevidamente imputadas, sendo que, após a manifestação de inconformismo do autor, cabia à Administração tomar as providências cabíveis para averiguar o ocorrido, bem como evitar que o particular fosse prejudicado por falha no seu sistema de arrecadação.

No tocante ao *quantum* indenizatório, o magistrado de primeiro grau, na sentença mantida pelo acórdão, entendeu que a sugestão feita pelo demandante, no valor de R\$ 107.841,74 (cento e sete mil, oitocentos e quarenta e um reais e setenta e quatro centavos), seria desproporcional em relação à gravidade do caso. Ainda que o autor tenha perdido a chance de concretizar a compra do imóvel almejado pela negativa de aprovação de seu crédito junto à CEF, consignou que o prejuízo não poderia ser equiparado ao valor do bem, sob pena de enriquecimento ilícito. Diante disso, observando os princípios de razoabilidade e proporcionalidade e considerando as circunstâncias do caso concreto, sobretudo a conduta da ré, a extensão do dano, a condição socioeconômica das partes e o caráter pedagógico da

indenização, considerou suficiente e adequado o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a serem pagos pela União.

Os precedentes evidenciam a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em situações associadas à frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis, ainda que no plano teórico, sendo certo que eventuais negativas aos pleitos indenizatórios decorreram de particularidades de cada caso.

É novamente interessante notar a falta de uniformidade na aplicação da teoria da perda da chance nas hipóteses analisadas, seja em relação à natureza jurídica considerada para o instituto, seja na análise da existência de chance séria e real ou mesmo no aspecto da quantificação da indenização.

Inclusive, convém observar um maior rigor na análise da seriedade da chance perdida nas hipóteses em que a perda da chance é associada a um dano específico ou a um dano material, desvincilhando-se da indenização por dano moral, especialmente quando a chance está relacionada ao desenvolvimento de atividades econômicas em imóveis.

O acórdão que discute a indenização pelo Projeto River Side Hotel Ecoturismo em virtude de desapropriação demonstra uma avaliação percuciente sobre as providências efetivas adotadas pelo autor com vistas a implementar o referido projeto, bem como uma análise temporal à luz das primeiras manifestações públicas sobre a exploração da Usina Hidrelétrica de Estreito e data de desapropriação do imóvel, bem como sobre a viabilidade de ainda se desenvolver o projeto no local.

Os acórdãos que discutiam indenizações pela perda de uma chance em função da impossibilidade de produção rural em determinados lotes de propriedade, adquiridos em programa governamental, demonstram também rigor na avaliação da seriedade da chance perdida. No caso, os autores pediam uma avaliação da probabilidade de ocorrência da vantagem caso a chance não tivesse sido frustrada pelo repasse de áreas situadas dentro de áreas de preservação ambiental, já que o imóvel era dividido em 72 lotes e a maioria dos lotes era produtiva. Contudo, o acórdão entendeu que, na situação concreta dos autores, havia impossibilidade concreta de produção e, por essa razão, não haveria que se falar em probabilidade e certeza séria, relativa a qualquer tipo de produção ou cultivo, inexistindo chances de realização ou vantagens perdidas.

De fato, entende-se que a avaliação em hipóteses como essas deve ser devida e cautelosa, pois a produção agrícola em uma propriedade e o desenvolvimento de um projeto de turismo são marcados por forte incerteza. A produção agrícola é, por sua natureza, suscetível a diversos fatores externos, ao passo que o sucesso de um projeto turístico é igualmente difícil de ser mensurado. Portanto, embora não se possa *a priori* negar a possibilidade de se conceber uma indenização em situações similares, parece apropriada a avaliação rigorosa por parte do Poder Judiciário, até mesmo para evitar enriquecimento ilícito.

No caso de desapropriação, tem-se como observação adicional o fato de que se está diante de situação de sacrifício de direito e a indenização, nessa medida, tem uma conotação própria. A cautela nesse tocante deve ser ainda mais rigorosa, sob pena de se inviabilizar a desapropriação de qualquer estabelecimento comercial.

No acórdão referente à inscrição indevida no CADIN por parte do INSS, que inviabilizou a obtenção de financiamento habitacional da CEF, houve também uma análise específica sobre a seriedade da chance perdida e a indenização foi fixada tendo como parâmetro a própria vantagem almejada e não um valor diverso a título de danos morais. Embora o rigor não seja tão evidente quanto nos casos de desenvolvimento de atividades econômicas, houve uma avaliação condizente com os parâmetros de aplicação da teoria da perda de uma chance.

Contudo, nos casos em que a indenização pela perda de uma chance foi associada à indenização por danos morais, pôde-se perceber, em geral, menor rigor na análise da seriedade da chance perdida e também na quantificação da indenização.

3.5.4. Função pública

O tema que reúne a segunda maior quantidade de acórdãos na amostra avaliada, precisamente 28 acórdãos⁵⁷⁰, é o da função pública, dentro do qual foram considerados casos de nomeação tardia, alegadas ilegalidades em concurso público, perda de direitos por demissão irregular, entre outros assuntos relacionados.

Vale lembrar que esse é o mais antigo campo de aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito da jurisprudência francesa e um dos mais férteis terrenos de

⁵⁷⁰Sendo que um caso possui dois acórdãos (2008.82.00.006784-0 e 2008.82.00.006784-0/02), em razão da determinação do STF de que fosse observado precedente julgado sob a sistemática de repercussão geral.

desenvolvimento da teoria. Contudo, como se verá, a análise amostral evidencia grande dificuldade de aplicação da teoria nesse âmbito na jurisprudência brasileira.

Embora a questão tenha sido aventada nesses 28 acórdãos, houve a concessão de indenização apenas em duas oportunidades, sendo que em uma delas a indenização foi posteriormente afastada, em virtude de decisão superveniente instigada por determinação do STF no sentido de que fosse observado precedente julgado sob a sistemática de repercussão geral.

Uma das grandes dificuldades que se verifica nos casos está relacionada à demonstração de alguma irregularidade na conduta administrativa ou à comprovação de existência de chances sérias e reais, especialmente em virtude da discricionariedade da Administração Pública. Outro entrave que se enfrenta é justamente a decisão proferida pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE 724.347, no sentido de que, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante⁵⁷¹.

Passa-se então a analisar alguns dos acórdãos identificados para que seja possível uma avaliação mais clara da matéria, deixando-se os precedentes que discutem a nomeação tardia em razão de decisão judicial e reconhecimento de direitos de promoção retroativos para o final.

Em alguns casos, a razão determinante para o afastamento da indenização pela perda de uma chance foi a constatação de ausência denexo causal entre a conduta da Administração e o dano alegado ou a ausência de irregularidade ou ilicitude na conduta da Administração Pública.

A constatação quanto à ausência denexo causal foi por vezes invocada em discussões acerca de supostos entraves em concursos públicos.

Pode-se citar, nesse particular, a apelação nº 0009638-88.2011.4.01.3304, em que se discutia indenização pela perda de uma chance devido à impossibilidade de realização de teste de aptidão física em concurso para Agente de Correios, pois a candidata estava grávida quando convocada, mas alega que teria direito a ser novamente convocada após alta médica. O TRF1, no referido julgamento, entendeu pela ausência denexo causal entre a suposta

⁵⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 724.347 - DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26.02.2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

perda de chance alegada e a conduta da ECT, visto que a não convocação para os testes de aptidão decorreu de fato exclusivo da própria autora. Além disso, consignou-se que seria necessária uma interpretação sistemática do edital e, a partir disso, concluir-se-ia pela inviabilidade de nova convocação, pois o direito da candidata de fazer o teste em segunda chamada estava vinculado ao prazo de validade do certame, mas a liberação médica só ocorreu após exaurido o prazo de validade. A par desses fundamentos, também se registrou que, em vista da classificação da autora e do caráter eliminatório dos testes restantes, não havia possibilidade factível de melhora da sua classificação e de efetiva contratação⁵⁷².

No âmbito do TRF2, pode-se citar a apelação cível nº 0025873-18.2009.4.02.5101, caso em que o autor alegava ter cumprido todas as exigências para receber a Carteira de Habilitação Técnica perante a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e solicitava a condenação da agência reguladora ao ressarcimento de perda de verbas salariais e ao pagamento de indenização a título de dano moral, pela perda de uma chance⁵⁷³.

A turma julgadora, confirmando a sentença, entendeu que o autor se inscreveu e prestou exame para mecânico de manutenção aeronáutica, tendo sido aprovado, mas não deu prosseguimento ao procedimento administrativo tendente à expedição do certificado que o habilitaria para o exercício da profissão. No que tange à indenização pela perda de uma chance, consignou que a aplicação da teoria reclamaria a demonstração de que uma atitude comissiva ou omissiva do agente retirou chance real do autor exercer sua profissão. Seria necessário demonstrar a probabilidade concreta da chance perdida e que a emissão do certificado foi obstada por ato ilícito da Administração. No entanto, inexistindo elementos no feito que permitam concluir que a autor foi prejudicado pela Administração, não haveria que se falar em dano material ou moral pela perda de uma chance. Até porque, o próprio autor teria dado causa a não emissão do certificado, dado que não formulou o requerimento comprovando o cumprimento das exigências do Regulamento Aeronáutico, devendo ainda se considerar que a informação acerca da aprovação no exame não garantiria a emissão de licença, pois haveria, ainda, uma análise do processo para saber a possibilidade ou não da emissão da licença.

⁵⁷²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0009638-88.2011.4.01.3304*, Quinta Turma, Rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, julgado em 17.02.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁵⁷³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0025873-18.2009.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 23.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

O fato exclusivo da vítima também justificou a rejeição do pleito indenizatório, fundamentado na perda da chance de emprego, discutido na apelação cível nº 0002491-72.2009.4.02.5108, em trâmite perante o TRF2, em que a autora estava concorrendo a uma vaga de técnico administrativo perante o Ministério da Fazenda e afirma não ter conseguido chegar a tempo para participar da seleção, eis que o endereço do local onde se realizaria a prova havia sido fornecido de maneira incompleta.

A turma julgadora entendeu ser importante, para aquele que se candidata a um cargo público, ater-se, atentamente, ao edital que norteia o exame. Assim é que a autora da demanda deveria ter localizado o endereço com antecedência, especialmente pelo fato de residir em outro município. A dificuldade em encontrar o local designado para o concurso teria decorrido de ato exclusivo da parte, que inclusive acessou o sítio eletrônico equivocado para confirmação do endereço, evidenciando falta de diligência⁵⁷⁴.

De forma semelhante, o fato exclusivo da vítima foi invocado na apelação cível nº 0001918-29.2014.4.03.6111, perante o TRF3, e na apelação cível nº 0003980-67.2012.4.05.8500, perante o TRF5.

O primeiro caso tratava de ação objetivando provimento jurisdicional para que fosse atribuída a nota mínima necessária para que o autor continuasse em certame da Fundação Carlos Chagas ou, alternativamente, para que houvesse condenação ao pagamento de indenização com base na perda de uma chance. Afirmava o autor que teria realizado prova de concurso público para analista judiciário do TRT da 15ª Região, com sua habilitação na primeira fase - objetiva. Na segunda fase - questões discursivas -, obteve 45 de média, sendo eliminado, pois o edital previa 50 como média mínima. O autor teria então apresentado dois recursos referentes às questões 1 e 2. O recurso atinente à questão 2 teria sido improvido e recurso da questão 1 não teria sido conhecido, por intempestividade, o que é refutado pelo autor.

No TRF3, foi integralmente mantida a sentença e sua fundamentação, segundo a qual foi comprovado que, após o protocolo do recurso acerca da questão 1, o autor o removeu do sistema, o que implica desistência. No caso, a desistência teria sido expressada livremente pelo autor no sistema informatizado, sendo este o motivo pelo qual o aludido recurso não foi

⁵⁷⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002491-72.2009.4.02.5108*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Raldênio Bonifacio Costa, julgado em 21.08.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

apreciado pela entidade organizadora do concurso. Portanto, inexistiria conduta ilícita praticada pelas rés, o que importaria a improcedência total da pretensão⁵⁷⁵.

No segundo caso, o autor objetivava a condenação da União ao pagamento de indenização por danos morais e danos materiais, pela perda de uma chance, em virtude do não deferimento de pedido de prorrogação de prazo para posse, que seria necessário para o cumprimento da exigência da apresentação de relatórios médicos, não previstos no edital do concurso para o cargo de Técnico Judiciário do TRT da 5ª Região⁵⁷⁶.

Alegou o autor que foi aprovado em concurso realizado pelo TRT da 5ª Região, tendo sido nomeado em 29 de dezembro de 2011. Teria providenciado toda a documentação necessária descrita no edital, sendo que, no dia 17 de janeiro de 2012, recebeu uma ligação informando que a sua posse se daria no dia 19 de janeiro de 2012. O informe acrescentava que, nesse mesmo dia, iria iniciar um treinamento para os novos servidores, bem como que, primeiramente, teria que comparecer ao centro médico do tribunal para levar todos os exames requeridos.

No dia 19 de janeiro de 2012 compareceu ao órgão, com toda a documentação requerida e os exames necessários para sua admissão e posse. No entanto, a médica do TRT da 5ª Região informou que não iria emitir qualquer atestado, sem que antes o requerente trouxesse pareceres dos médicos ortopedista e algologista, os quais acompanhavam um tratamento do autor. O autor conseguiu somente um dos relatórios e, percebendo que não conseguiria o segundo relatório a tempo, requereu administrativamente uma prorrogação de prazo, dado o caráter especial do pedido médico, sendo tal pedido indeferido. O segundo relatório foi emitido um dia após o término do prazo, motivo pelo qual não pôde tomar posse no cargo de Técnico Judiciário do TRT da 5ª Região, perdendo qualquer possibilidade de permuta para o seu Estado, além dos benefícios do novo concurso, como aumento de subsídio, dentre outros.

No acórdão, a turma julgadora do TRF5 entendeu estar caracterizada culpa exclusiva da vítima. Isso porque, o autor foi nomeado em 29 de dezembro de 2011 e somente compareceu ao órgão após mais de 20 (vinte) dias da sua nomeação, mesmo sabendo dos problemas de saúde que possuía e correndo o risco de que algum imprevisto ocorresse, como

⁵⁷⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001918-29.2014.4.03.6111*, Rel. Des. Antonio Cedeno, Terceira Turma, julgado em 15.02.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵⁷⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0003980-67.2012.4.05.8500*, Terceira Turma, Rel. Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgado em 12.09.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

de fato ocorreu. Consignou, ademais, que não caberia obrigar o órgão a prorrogar o prazo para a posse, em decorrência de exames médicos complementares, sob a alegação de falta de prazo, quando o órgão não concorreu para isso. Segundo consta no acórdão, caberia ao autor providenciar, o mais rápido possível, os relatórios solicitados aos médicos particulares que o acompanhavam.

Convém mencionar também a apelação cível nº 5000795-50.2012.4.04.7210, que tramitou perante o TRF4, em que o autor postulou o pagamento de indenização por danos morais, estéticos e materiais, em razão de acidente ocorrido durante a prestação do serviço militar, com a condenação da União ao pagamento dos proventos daí decorrentes, incluindo-se a reparação pela perda de uma chance. A sentença foi de parcial procedência e o autor apelou afirmando que o reconhecimento de culpa da União Federal pelo acidente de trânsito que o vitimou, bem como pelas sequelas suportadas em virtude da omissão e/ou má prestação do atendimento médico, conduziria à total procedência da ação. Aduziu que o valor indenizatório fixado deveria ser majorado, por corresponder às sequelas físicas e emocionais permanentes, e que houve desídia no tratamento ministrado, pelo que seria plausível a perda de uma chance, consubstanciada nas promoções militares seguintes ao seu posto na ativa. A União Federal também recorreu da sentença⁵⁷⁷.

Embora a turma julgadora tenha reconhecido, no acórdão, que o acidente ocorreu no trajeto entre a residência do autor e a guarnição militar, em horário compatível com o expediente, reputando-se como tendo sido "em serviço", a teor do Estatuto Militar, apenas isso não seria suficiente para configurar o nexo causal com a conduta da Administração. No caso, entendeu-se caracterizada culpa concorrente da vítima pela escolha, por conta e risco, da bicicleta como meio de transporte, sem aparente equipamento de segurança, e também a culpa de terceiro causador do acidente. Ademais, ao analisar os eventos subsequentes, o TRF4 concluiu que não haveria culpa administrativa quanto ao sinistro em si. A prótese não fora adquirida ou tampouco instalada por Servidor Médico Militar, não foram utilizadas instalações da organização militar no procedimento e haveria razoável dúvida quanto à própria necessidade de nova intervenção cirúrgica, única conduta do hospital militar. Com base nesses elementos, entendeu impossível o reconhecimento da responsabilidade da

⁵⁷⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000795-50.2012.4.04.7210*, Terceira Turma, Rel. Des. Friedmann Anderson Wendpap, julgado em 07.03.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Administração, eis que não configurada a hipótese de ilícito ensejador da compensação por danos extrapatrimoniais e estéticos e também pela perda de uma chance.

A indenização pela perda de uma chance também foi rejeitada na apelação cível nº 0002796-92.2010.4.02.5117, que tramitou perante o TRF2, em razão da não caracterização do necessário nexo de causalidade⁵⁷⁸. O autor alegava falha no processamento de inscrição para concurso público para o cargo de Técnico de Operação Júnior. Ele teria efetuado o pagamento da taxa de inscrição, mediante débito em conta corrente, porém, em razão de suposta falha no processamento de sua inscrição pela Fundação Universidade de Brasília - FUB, foi indevidamente excluído do certame, sob a alegação de falta de pagamento.

Em primeiro grau, entendeu-se que o nexo causal se encontraria configurado, porquanto a exclusão do autor do concurso teria se dado em virtude de falha na verificação do pagamento da inscrição, por parte da FUB, pelo que tal instituição deveria ser responsabilizada pelo indevido cancelamento da inscrição, aplicando-se, à hipótese, a teoria da perda de uma chance. O TRF2, todavia, reformou a sentença, entendendo que estaria ausente o nexo de causalidade entre a conduta da FUB e o dano sofrido pelo autor, já que, segundo informações prestadas nos autos, a não efetivação do resgate automático do valor pago a título de inscrição se deu “por inconsistência no sistema de compensação do banco”. Ademais, constou no acórdão que a teoria da perda de uma chance pressupõe a demonstração de que a vítima de uma conduta lesiva perpetrada por outrem possuía chance real e séria de obter uma situação futura mais favorável, da qual foi privada, não fosse o ato ilícito praticado, o que, no caso, não ocorreu. Ademais, a efetivação da matrícula do autor no concurso, por si só, não possibilitaria sua aprovação e classificação, inexistindo meios, no caso concreto, de avaliar se o autor teria ou não reais condições de obter sucesso em sua empreitada.

A ausência de nexo causal foi também determinante para afastar o pleito indenizatório objeto de discussão na apelação cível nº 5008776-73.2015.4.04.7001, perante o TRF4. No caso, objetivava-se indenização por danos materiais e morais, em virtude da invalidação de concurso público para docente do magistério superior promovido pela Universidade Federal da Bahia - UFBA, em etapa na qual o autor estava habilitado em primeiro lugar. Alegou o autor que, após a anulação do certame pela Administração Pública

⁵⁷⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002796-92.2010.4.02.5117*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, julgado em 26.09.2012. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

por problemas técnicos na gravação das provas didáticas e de defesa do memorial de alguns dos candidatos, abandonou a seleção pública e a realização das fases posteriores, restando frustrada sua expectativa de lograr o cargo de professor, por conta de ato estatal irregular. Em razão disso, teria perdido a chance de lograr a obtenção do cargo de professor, em decorrência de conduta ilícita, haja vista a falha da organização do certame, sendo-lhe devido indenização no valor não inferior a uma anuidade dos vencimentos no cargo de professor, além de outras verbas⁵⁷⁹.

O TRF4 confirmou a sentença de primeiro grau, no sentido de que a anulação do certame estaria ligada a um caso fortuito - decorrente da falha de equipamento eletrônico utilizado para gravação de provas dos candidatos -, sendo impossível imputar à UFBA responsabilidade pelo defeito constatado, não restando outra alternativa senão a anulação do certame, pela Administração, amparada em previsão editalícia. Com isso, ter-se-ia por rompido o nexo de causalidade entre a conduta estatal e os alegados danos sofridos pelo autor. Especificamente em relação à teoria da perda de uma chance, na sentença de primeiro grau, transcrita pelo acórdão, consignou-se que a constatação do dano decorrente da impossibilidade de se atingir o resultado ou de se evitar uma perda só é verificável quando a situação se consolida em caráter definitivo. Esta circunstância não se amoldaria ao caso, pois fora franqueada nova oportunidade para os candidatos, dentre eles o autor, de lograr aprovação no concurso.

Convém ressaltar, ademais, a fundamentação adotada no julgamento da apelação cível nº 0002140-80.2010.4.02.5103, perante o TRF2, para rejeitar o pleito indenizatório com fundamento na teoria da perda de uma chance⁵⁸⁰. Tratava-se de ação ordinária em que o autor afirmou ter sido excluído do concurso para o cargo de Oficial de Inteligência da ABIN em virtude de irregularidades praticadas na aplicação da avaliação psicológica. Pretendeu então o recebimento de indenização, por danos materiais, correspondente às diferenças entre os valores dos subsídios dos cargos de Oficial de Inteligência e Policial Rodoviário Federal, a contar de 02 de junho de 2010 até a data em que completar a idade que reflita a expectativa média do homem brasileiro ou, alternativamente, o pagamento do percentual de 95,74% dos referidos valores.

⁵⁷⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5008776-73.2015.4.04.7001*, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Isabel Pezzi Klein, julgado em 24.01.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵⁸⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002140-80.2010.4.02.5103*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, julgado em 21.03.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

No acórdão em questão foram adotados os fundamentos da sentença, segundo a qual a eliminação irregular em concurso, a toda evidência, não ampararia a conduta autoral de ficar inerte diante de sua exclusão e, após o fim do certame, buscar o recebimento de indenização no valor da remuneração correspondente, sem a específica contraprestação de trabalho.

Nesse sentido, o acolhimento do pedido representaria inegável benefício ao autor, pois o mesmo passaria a ser destinatário de valores sem que prestasse o respectivo serviço, o que significaria verdadeiro enriquecimento sem causa. Apontou-se que a orientação não equivaleria ao afastamento do controle judicial sobre os atos administrativos, na medida em que a situação teria decorrido exclusivamente da omissão do autor em impugnar sua eliminação quando ainda poderia retornar ao certame. Afirmou-se, ainda, que não seria outra a conclusão ainda que se analisasse o caso pelo prisma da teoria da perda de uma chance, uma vez que a perda da chance decorreu unicamente da inércia autoral.

Referido acórdão traz um elemento interessante de ponderação a respeito de pleitos indenizatórios que têm por parâmetro o valor que se auferiria em caso de êxito em concurso público. Trata-se da preocupação em se conceder indenização por valores que seriam auferidos mediante contraprestação de trabalho e que passariam a ser devidos sem qualquer contrapartida. De fato, a preocupação é legítima, assim como a lógica de que se deve privilegiar, sempre que possível, uma atuação judicial em momento no qual ainda seja possível a reintegração ao certame, para que se evite a discussão a respeito de indenização no tocante a valores que seriam devidos como contraprestação a um trabalho. Se, por um lado, a lógica é legítima e a inércia autoral pode ser admitida como causa de mitigação da responsabilidade, a teoria da perda de uma chance, em tese, pode constituir uma alternativa passível de mitigar o valor indenizatório, justamente com vistas a evitar enriquecimento ilícito.

A mesma preocupação em relação ao enriquecimento ilícito foi endereçada por ocasião do julgamento da apelação cível nº 5000518-32.2010.4.04.7104, pelo TRF4. Na ação em questão, ajuizada contra a Fundação Universidade Federal do Pampa, buscava-se indenização por danos morais, materiais e pela perda de uma chance, em razão da autora não ter prestado as provas do concurso público para docente, para o qual se inscreveu, em virtude da falta de comunicação das datas, horários e local de realização das provas do certame⁵⁸¹.

⁵⁸¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000518-32.2010.4.04.7104*, Quarta Turma, Rel. Des. Sebastião Ogê Muniz, julgado em 22.01.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

O TRF4, no acórdão, manteve a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido indenizatório da autora. Embora tenha se concluído pela existência de uma falha no procedimento de comunicação aos candidatos, essa constatação não significaria que a pretensão indenizatória devesse prosperar. Isso porque, não tendo havido prestação de trabalho, seria indevido qualquer pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa. Além disso, acrescentou-se que a teoria da perda de uma chance reclamaria demonstração de que a chance que se afirma perdida era séria e real, e não meramente hipotética. Contudo, no caso dos autos, não seria possível aferir quais as efetivas chances que a autora tinha de ser aprovada no certame. Não haveria garantia de que ela obteria um resultado positivo e os argumentos relacionados à capacitação, grau de escolaridade e quantidade de obras publicadas não necessariamente afastariam o aspecto de probabilidade.

Como adiantado, a ausência de irregularidade ou ilicitude na conduta administrativa também foi invocada em algumas ocasiões para se afastar a indenização pela perda de uma chance.

Na apelação cível nº 0045469-80.2012.4.02.5101, a autora alegou que participou de concurso público para o cargo de professor adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, tendo sido classificada em segundo lugar⁵⁸². Aduziu que as regras do certame foram estabelecidas no edital, que previa que os candidatos seriam avaliados em provas em diversas etapas: apreciação de títulos e trabalhos referidos no *curriculum vitae*, arguição de memorial, prova escrita com leitura pública e prova didática. Asseverou que a banca não atribuiu notas à prova de “arguição do memorial”, descumprindo o edital do concurso, o que teria prejudicado a avaliação final. Afirmou que a primeira colocada teve avaliação 6,7 no item “prova de títulos”, enquanto a autora, segunda colocada, obteve nota 9,8. Argumentou que a prova de “arguição de memorial” traduziria uma avaliação próxima às notas atribuídas às provas de títulos, o que lhe colocaria em primeiro lugar no certame. Solicitou indenização por danos materiais, correspondentes a todos os valores de remuneração que receberia desde a homologação do concurso até a data da sua aposentadoria compulsória no cargo, bem como indenização por danos morais.

O TRF2, porém, afastou a pretensão indenizatória acima mencionada. Segundo a fundamentação do acórdão, a "arguição de memorial" somente serviria para atuar como

⁵⁸²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0045469-80.2012.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 22.07.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

desempate quando houvesse impossibilidade de solução por outros critérios. Além disso, segundo constaria dos autos, na referida etapa, todos os candidatos apresentaram o mesmo desempenho, de modo que, caso fosse atribuída pontuação a essa etapa, seria a hipótese de todos obterem o mesmo grau, o que seria irrelevante para autora, pois não alteraria sua colocação. Após abordagem de aspectos do quadro de notas, concluiu-se que, na classificação geral, a autora ficou em primeiro lugar apenas para um dos avaliadores, e ficou em terceiro lugar para outro avaliador. Quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, afirmou que reclamaria a demonstração de que a atitude comissiva ou omissiva do agente tenha retirado chance real, no caso, da candidata conseguir determinada colocação no concurso. Deveria, portanto, ser demonstrada a probabilidade concreta de aprovação em primeiro lugar, a qual teria sido obstada pela Administração por ato ilícito. Porém, inexistindo elementos no feito que permitam concluir ou, ao menos, presumir que a autora foi preterida, ou que sua nota, na “prova de arguição de memorial”, foi menor ou maior, apesar de todos os outros candidatados apresentarem o mesmo desempenho, não seria o caso de falar de dano material pela perda de uma chance.

Na apelação cível nº 5006363-78.2015.4.04.7101, que tramitou perante o TRF4, discutia-se indenização por danos morais e pela perda de uma chance, relacionada à realização de prova em concurso público. Alegou o autor ser pescador profissional e, ao tomar ciência do edital de abertura do concurso público para ingresso na Marinha Mercante, no Grupo de Fluviários, realizou a sua inscrição, visto que teria conhecimento na área e forte interesse no cargo. A prova escrita, contudo, teria sido antecipada de forma unilateral pela Marinha, sem dar ciência ao autor⁵⁸³.

A turma julgadora, no acórdão, acolheu a fundamentação da sentença como razão de decidir, além de tecer algumas considerações complementares. Em suma, entendeu que inexistiu ato ilícito por parte da União Federal e que não houve adequada demonstração do dano. Não teria havido ato ilícito, já que a alteração na data da prova foi amplamente divulgada, nos mesmos moldes em que foi feita a comunicação em relação à abertura da seleção. O candidato estava ciente da necessidade de observar a programação para o curso na internet ou mural. Nessa toada, deveria cumprir integralmente as regras do instrumento regulamentador do certame, seguindo suas determinações, e não aguardar que a União fosse informá-lo pessoalmente, inclusive quanto ao cumprimento dos prazos e datas estabelecidos.

⁵⁸³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5006363-78.2015.4.04.7101*, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 06.12.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Especificamente em relação à aplicação da teoria da perda de uma chance, o magistrado de primeiro grau consignou que a mera possibilidade de auferir ganhos futuros não seria suficiente para caracterizar o dano decorrente da perda de uma chance. No caso, o postulante dependeria da aprovação na prova cuja data foi alterada e em avaliação física apenas para participar do Curso de Formação de Aquaviários. Em caso de conclusão do referido curso, o postulante receberia uma certidão atestando que estaria qualificado para compor a tripulação de determinadas embarcações. Ou seja, mesmo em caso de conclusão do curso, a alegada chance perdida pelo postulante ainda não estaria concretizada, pois este receberia apenas uma certidão de qualificação. Portanto, o benefício suscitado pelo postulante dependia de uma série de fatores, não sendo suficiente a alegada caracterização de dano.

Na apelação cível nº 0803131-64.2013.4.05.8100, do TRF5, a ausência de irregularidade ou ilicitude da Administração foi também determinante para afastamento da indenização⁵⁸⁴. Tratava-se de ação objetivando a condenação da Universidade Federal do Ceará - UFC a homologar a aprovação da autora em concurso e nomeá-la ao cargo de técnica administrativa psicóloga organizacional. Subsidiariamente, pugnou-se pela condenação da UFC ao pagamento de indenização pela perda da chance da autora de ser nomeada para o cargo público mencionado.

Aduziu a autora que prestou concurso público para provimento de cargos técnico-administrativos em educação e restou aprovada na sexta colocação, empatada em número de pontos com a quinta colocada. O desempate teria ocorrido conforme determinado na cláusula 8.4 do edital, enquanto que a cláusula 8.5 do mesmo edital aduzia expressamente que "nenhum dos candidatos empatados na última classificação de aprovados será considerado reprovado", razão pela qual todos os candidatos que obtivessem o mesmo número de pontos do último colocado seriam considerados aprovados. Contudo, somente foram homologados no referido concurso os cinco primeiros colocados, ficando a autora fora da lista de homologação. Complementa sua argumentação no sentido de que foi comunicada verbalmente que não seria aprovada por força de decreto do Ministério do Planejamento, o qual determinava que, no caso de concursos com apenas uma vaga, o número de candidatos homologados seria igual a cinco e todos foram nomeados. Contudo, vencido o prazo do concurso de 2010, foi lançado novo edital para provimento do mesmo cargo, tendo sido também ofertada uma vaga, mas acabaram sendo aprovados 12 (doze) candidatos.

⁵⁸⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0803131-64.2013.4.05.8100*, Primeira Turma, Rel. Des. Manoel Erhardt, julgado em 26.06.2014. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

O acórdão do TRF5 manteve a sentença de primeiro grau. Em suma, entendeu que a autora ficou na sexta colocação, tendo o desempate com a quinta colocada ocorrido conforme o disposto no item 8.4 do edital. Desta feita, não se aplicaria o item 8.5. do edital. Ademais, o edital do novo concurso somente foi lançado depois de vencido o prazo do concurso de 2010, de modo que, ainda que referida autora fizesse jus à aprovação no certame ocorrido em 2010, ela não teria o alegado direito à nomeação, uma vez que não há que se falar em nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas após expirado o prazo de validade do concurso. Consignou ainda que o simples fato de todos os cinco candidatos aprovados no certame de 2010 terem porventura sido nomeados não asseguraria de modo algum que um sexto candidato eventualmente aprovado tivesse sido igualmente nomeado. Sendo impossível o acatamento do pleito principal, ficaria prejudicado o pedido subsidiário de pagamento de indenização, já que o pedido se basearia no suposto ato ilícito praticado pela UFC, o que teria gerado a perda de uma chance da autora ser nomeada no cargo público pretendido. Contudo, a ausência de aprovação da autora não padeceu de nenhuma irregularidade.

Por fim, vale pontuar precedente em que a ausência de culpa da Administração também serviu para afastar indenização pela perda de uma chance em discussão acerca de reintegração em serviço militar. Na apelação cível nº 0805391-62.2014.4.05.8300, do TRF5, discutia-se a reintegração do particular ao serviço militar e direito de indenização pelas diferenças salariais e pelos danos morais sofridos⁵⁸⁵.

Em primeiro grau, foi reconhecida a ocorrência de culpa concorrente, afastando-se a indenização, seja a título de diferenças salariais, seja a título de dano moral. Em seu recurso, o autor sustentou, em síntese, que a sentença incorreu em equívocos, pois: (a) confundiu o mérito da ação, cujo cerne é relativo à não promoção do militar ao posto de cabo; (b) não haveria que se falar em culpa concorrente, restando claro que a culpa foi exclusiva da União Federal e (c) afastou a teoria da perda de uma chance, quando, na verdade, quem deu causa ao imbróglio foi a Marinha, sendo ela responsável pela extinção do vínculo.

O TRF5, no acórdão, manteve a sentença de primeiro grau, consignando que houve pedido espontâneo de "baixa" da Marinha, além de renúncia expressa ao direito sobre o qual se fundava ação mandamental anterior, que visava à efetivação da matrícula e habilitação do

⁵⁸⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0805391-62.2014.4.05.8300*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 14.05.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

autor no curso de formação de cabos, e à posse em cargo público da Prefeitura de Olinda. Esses aspectos demonstrariam, de maneira inequívoca, o desinteresse do autor em permanecer vinculado àquela instituição militar. Portanto, a sentença teria corretamente concluído pela improcedência do pedido de reintegração do militar ao serviço ativo, afastando, por conseguinte, as hipóteses de indenização pelas diferenças salariais e por danos morais. Quanto ao pedido alternativo de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com base na teoria da perda de uma chance, que também foi julgado improcedente, entendeu que o autor não logrou demonstrar a culpa da União Federal. Inexistindo nos autos prova de que o pedido de exoneração do cargo público junto à Prefeitura de Olinda foi motivado pela União Federal, não haveria como cogitar a possibilidade de indenização.

Ainda nos casos relacionados à função pública, merece atenção o fato de que alguns acórdãos invocaram a discricionariedade da Administração como um aspecto que dificultaria a constatação de um dano indenizável.

Na apelação cível nº 0007598-16.2012.4.02.5101, do TRF2, o autor da demanda pleiteava indenização por danos morais e pela perda de uma chance alegando que, enquanto prestava o serviço militar obrigatório, contraiu Meningite Meningocócica, a qual o deixou surdo, tendo sido desligado do Exército, sem ter recebido o tratamento no Hospital Central do Exército - HCE. Sustentou que teria direito a continuar nos quadros do Exército até o final de 2013 e, portanto, poderia ter prestado o serviço militar por sete anos ininterruptos, mas foi licenciado antes disso, devendo, nesse sentido, ser indenizado pela perda de uma chance⁵⁸⁶.

A turma julgadora afastou a indenização pela perda de uma chance. Consignou que o autor, ao tempo da demissão, era militar temporário das Forças Armadas, e ocorreu o seu licenciamento, de acordo com a discricionariedade da Administração. O tratamento médico não obstaría o licenciamento e, ademais, embora desligado, o autor recebeu tratamento médico adequado, não estando configurada ilegalidade e não sendo o caso de indenização por dano moral e pela perda de uma chance. O TRF2 acolheu a fundamentação da sentença em relação à continuidade no serviço militar, no sentido de que os militares temporários, como a própria designação indica, são aqueles que atuam no serviço ativo por tempo certo e determinado, ficando nas fileiras da ativa, enquanto for da conveniência e oportunidade do

⁵⁸⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007598-16.2012.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Diefenthaler, julgado em 31.10.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

administrador. Sua admissão teria por finalidade completar as armas e os quadros de oficiais e revelaria natureza eminentemente conjuntural, não gerando aquisição do direito à prorrogação e estabilidade. Mesmo que assim o fosse, a estabilidade no serviço não passaria de mera expectativa de direito, incapaz de gerar direito subjetivo ao reengajamento. Ainda a respeito, foi ressaltado que o STJ teria entendimento de que, não comprovado o exercício de mais de dez anos de serviço ativo, o praça não apresentaria direito subjetivo ao reengajamento, uma vez que tal ato é discricionário da Administração.

De modo similar, na demanda relacionada à apelação cível nº 0024557-04.2008.4.02.5101, do TRF2, o autor objetivava indenização a título de danos morais, estéticos e materiais, em razão de erro médico ocorrido quando realizou procedimento cirúrgico no HCE. Aduziu que a imperícia praticada no HCE resultou em lesão ou defeito físico incurável, qual seja, a perda dos movimentos de três dedos da mão direita, considerado incompatível com a prestação do serviço militar, resultando, pois, no seu desligamento do Exército em abril de 2008. Defendeu, ainda, o direito ao recebimento de uma pensão vitalícia, bem como lucros cessantes em razão das promoções que deixou de obter⁵⁸⁷.

Em sentença, o magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos para condenar a União Federal a pagar ao autor indenização por danos estéticos e danos morais. Em recurso de apelação, o autor se voltou contra o indeferimento da pretensão indenizatória ligada às promoções que deixou de obter, argumentando que deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance, uma vez que ingressou no Exército no posto de Soldado, tendo deixado de ser promovido à graduação de Soldado e Taifeiro de 1ª classe e, após dez anos de efetivo serviço militar, à graduação de Cabo.

No acórdão, o TRF2 entendeu pela inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance “pela frustrada expectativa de obter promoções até a graduação de Cabo”. Consignou que o autor não possuía direito adquirido às prorrogações de tempo de serviço, ato discricionário da Administração Militar, ou à promoção à graduação de Cabo, sendo certo que, ainda que tivesse permanecido em serviço e lhe tivessem sido deferidos sucessivos reengajamentos, a mencionada ascensão, longe de ser automática mediante decurso de tempo de serviço, estaria condicionada ao preenchimento de diversos outros requisitos. Ademais, o TRF2 reduziu a indenização por danos morais e manteve a indenização por danos estéticos.

⁵⁸⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0024557-04.2008.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Juíza Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 29.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

Em virtude desse racional, o acórdão não adentra uma análise detida sobre o perfil do autor, de modo a avaliar a seriedade das chances de promoção alegada. O racional que permeia a negativa à indenização está relacionado à discricionariedade da Administração Pública em relação às prorrogações de tempo de serviço, promoção ou graduação de cabo e necessidade de preenchimento de diversos outros requisitos, o que reforça a incerteza em torno da questão e falta de uma chance séria e real de obter as promoções.

Também no TRF2, precisamente na apelação cível nº 0012683-32.2002.4.02.5101, discutiu-se pleito de indenização por danos morais e materiais em razão de uma sindicância na Administração Militar para apurar suposta irregularidade praticada pelo autor, no que diz respeito aos valores recebidos por transferência de localidade, e em razão da qual o autor teria sofrido descontos em sua remuneração, bem como teria sido indiciado em Inquérito Policial Militar, que acabou sendo arquivado. Ademais, aduziu o autor que deveria ser indenizado pelos valores que deixou de ganhar pela não celebração do contrato para prestação de tarefa, por prazo determinado, no Centro de Instrução e Adestramento Almirante Wandenkolk, o que teria decorrido de perseguição em razão desses fatos.

No caso, a indenização por danos morais foi concedida, porém restou consignado que a contratação para prestação de serviços pela Administração envolveria um juízo de oportunidade e de conveniência, não se podendo afirmar categoricamente, no caso em tela, que a não prorrogação de contrato com o autor teria decorrido de perseguição da autoridade militar, o que serviu para afastar a responsabilidade civil por perda de uma chance ou lucros cessantes⁵⁸⁸.

Já na apelação cível nº 0005747-19.2010.4.02.5001, do TRF2, foi formulado pedido de anulação de concurso para o cargo de professor adjunto de processo civil junto à Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, em razão da modificação da data de realização das provas realizada pela Administração, bem como o ressarcimento de danos advindos da perda da chance de se submeter ao referido certame.

No acórdão, a bem da verdade, foi exaltada a ilegitimidade ativa do autor, mas também se destacou o aspecto da discricionariedade. Em suma, entendeu-se que autor deixou de se inscrever no concurso por vontade própria, baseado na suposição de que seria respeitada a data aprazada para realização das provas no primeiro edital. Porém, à

⁵⁸⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0012683-32.2002.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Theophilo Miguel, julgado em 29.10.2008. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

Administração Pública incumbiria verificar a conveniência da realização de seus atos dentro dos prazos por ela estipulados. Assim, a UFES modificou a data da realização das provas de acordo com a conveniência administrativa, fazendo publicar edital em que dava ciência da mudança aos interessados, ou seja, aos inscritos no certame, não havendo irregularidade em seu proceder. Consignou-se, ainda, que os atos administrativos discricionários estão fora do poder de modificação do Judiciário, exceto quanto a eventuais ilegalidades praticadas. No caso, não haveria qualquer ilegalidade na mudança de data da prova. Assim, por não ter o autor se inscrito no certame, dado que seu interesse nasceu após a modificação das datas para realização das provas, não teria legitimidade ativa.

Aduziu-se, adicionalmente, que não seria possível atribuir o nascimento da legitimidade ativa à perda da chance. Isso porque, a teoria deveria ser aplicada apenas naqueles casos em que a chance de sucesso for considerada séria e real. No caso dos autos, a despeito do vasto currículo do autor, não seria possível supor que seria ele o aprovado no concurso, tendo em vista tratar-se de apenas uma vaga e haver cinco concorrentes inscritos. Portanto, o autor seria parte ilegítima para vindicar em juízo a anulação do concurso e ressarcimento de hipotéticos danos decorrentes da perda da chance de participar do certame⁵⁸⁹.

Em adição, nos autos da apelação cível nº 0002531-82.2000.4.03.6000, do TRF3, buscava-se anular sindicância militar instaurada contra o autor, excluindo do ordenamento jurídico as punições e seus consectários, de forma a permitir as promoções, proventos e diferenças que o autor deixou de receber, além da condenação da União Federal em danos morais. Em primeiro grau, a ação foi julgada parcialmente procedente para anular o procedimento de sindicância e condenar o ente público a pagar indenização a título de danos morais. A União Federal interpôs recurso e o autor também o fez, este último pleiteando, em síntese, o reconhecimento do direito às promoções desde a anulação da sindicância, até o posto de capitão, com as consequentes vantagens financeiras, além da elevação da indenização por danos morais.

O TRF3, contudo, manteve a sentença de primeiro grau, validando a nulidade da sindicância, devido à inobservância do devido processo legal, e a concessão de indenização por danos morais apenas. Em relação à teoria da perda da chance, invocada na questão atinente às promoções, proventos e diferenças que o autor deixou de receber, entendeu que,

⁵⁸⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0005747-19.2010.4.02.5001*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 23.05.2011. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

embora o ato anulado não produza efeitos, motivo pelo qual o decréscimo comportamental do autor precisaria ser saneado, não seria correto dizer que, se não tivesse havido a punição, teria ele chegado ao posto máximo de capitão. Isso porque, nem todos os militares avaliados como excelentes são promovidos e, se o forem, podem ser em momento distinto, não necessariamente quando implementam certas condições. Portanto, havia apenas uma expectativa nutrida pelo autor de chegar ao posto de capitão. Assim, ainda que a teoria da perda de uma chance seja chancelada pela jurisprudência pátria, não prescindiria da constatação real de possibilidade de êxito, situação que não se verificaria no caso⁵⁹⁰.

Já no TRF4, pode-se citar a apelação cível nº 5005630-49.2014.4.04.7101, que diz respeito a uma ação objetivando provimento jurisdicional de retificação da reforma para grau superior ao ocupado na ativa, indenização decorrente da perda da chance de progressão profissional, considerando-se as progressões e melhoras de rendimento que efetivamente seriam oferecidas pela Marinha do Brasil se os serviços do autor tivessem continuidade, desde sua reforma até o final da carreira militar, bem como indenização a título de danos morais decorrente da invalidez permanente. O autor asseverou que era fuzileiro naval e que sofreu acidente durante exercício militar, lesionando o joelho. Após diversas cirurgias, o autor foi reformado, em virtude do problema articular sofrido⁵⁹¹.

A turma julgadora ratificou a sentença de improcedência da demanda, acatando seus fundamentos como razões de decidir, e também foram tecidas algumas considerações complementares. Restou consignado na sentença, em relação à indenização pela perda de uma chance, que a mera possibilidade de futura ascensão na carreira militar não seria suficiente para caracterizar o dano decorrente do instituto doutrinariamente denominado de perda de uma chance. No caso concreto, teria ficado evidenciado que o demandante dependeria de aprovação em avaliações realizadas com base em diversos aspectos de sua vida funcional, bem como, em período posterior, da aprovação em provas objetivas e testes físicos. Assim, a progressão do autor na carreira militar não dependia do mero transcurso do tempo, envolvendo diversos fatores que escapavam ao controle do demandante, já que este competiria com diversos outros candidatos por um número limitado de vagas, sendo impossível prever qual seria o resultado dessas avaliações. Não haveria falar, portanto, em

⁵⁹⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002531-82.2000.4.03.6000*, Quinta Turma, Rel. Juíza Convocada Louise Filgueiras, julgado em 13.11.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁵⁹¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005630-49.2014.4.04.7101*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 08.11.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

indenização. De qualquer sorte, a perda da chance, para gerar direito à indenização, deveria decorrer de um ato ilícito praticado pela Administração, o que não teria ficado comprovado nos autos.

No acórdão são tecidas considerações complementares sobre as promoções e o plano de carreira na Marinha, bem como a existência de sucessivas e constantes avaliações, testes físicos, teste de tiro, análise de comportamento e prova escrita, sendo absolutamente impossível saber se o demandante estaria entre os soldados que progrediriam na organização militar. Ademais, consignou-se que a caracterização da teoria da perda de uma chance somente contempla o direito à indenização quando há perda de uma oportunidade séria e real e não uma simples especulação subjetiva ou mera expectativa aleatória.

Todos esses casos evidenciam, por parte do Poder Judiciário, uma tentativa de evitar uma análise a respeito de contratações ou promoções que estariam no âmbito da discricionariedade da Administração Pública.

Conforme se mencionou anteriormente, Alice Minet, ao estudar de forma aprofundada a aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito Administrativo francês, ressalta que diversas aplicações da teoria na jurisprudência administrativa francesa estão justamente relacionadas com situações que envolvem a discricionariedade da Administração Pública⁵⁹². Isso porque, a discricionariedade da Administração Pública impossibilita que se faça um juízo definitivo sobre qual seria o resultado do processo aleatório da vítima, não fosse o ato comissivo ou omissivo que o perturbou. Por outro lado, a perda da chance constitui ferramenta importante para admitir algum controle judicial em relação aos atos discricionários, afastando a noção de arbitrariedade, sem, no entanto, afirmar que a Administração deveria ter decidido de tal ou qual modo.

Destarte, conquanto seja legítimo invocar a discricionariedade administrativa como uma causa que dificulta a constatação quanto à certeza de dano, a teoria da perda de uma chance pode ser considerada como ferramenta para enfrentar essas hipóteses. No caso, a indenização não deverá ser propriamente no valor de remuneração não recebida ou de forma a recompor integralmente gratificações e outras vantagens relacionadas à promoção, mas sim pela perda da chance de promoção, caso esta se mostre séria e real. A bem da verdade, muitas das hipóteses acima abordadas ilustram situações em que, a toda evidência, não foram

⁵⁹²MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 186-188.

trazidos elementos de prova suficientes a demonstrar a configuração de chances sérias e reais de obtenção da vantagem final cogitada.

Ainda que não diretamente relacionada a aspectos de discricionariedade, a avaliação quanto ao caráter sério e real da chance perdida também foi determinante para afastar outros pleitos de indenização pela perda de uma chance. É o que se verifica na apelação cível nº 5003100-46.2012.4.04.7100, do TRF4, em que se alegou que a suposta negativa indevida a um pedido de aposentadoria de médico que prestava serviço público teria obstado a aceitação de cargo de diretoria em plano de saúde, o que ensejaria a indenização pela perda de uma chance. Todavia, a indenização não foi concedida pela falta de provas a respeito dessa alegada oportunidade⁵⁹³.

Tal aspecto também foi ressaltado na apelação cível nº 5000211-51.2010.4.04.7210, do TRF4, tirada de ação reparatória ajuizada em face da União Federal em razão de acidente ocorrido durante o serviço militar, na qual se pleiteou indenização pela perda de uma chance, pois, em decorrência do acidente, o autor teria perdido a oportunidade de ser aprovado no concurso da Polícia Militar para o qual vinha se preparando arduamente. O TRF4 manteve a sentença de primeiro grau nesse tocante, segundo a qual seria muito difícil analisar as chances de êxito antes mesmo da realização da primeira prova, considerando que o autor precisava ser aprovado em diversas etapas e, ademais, a relação candidato/vaga no referido concurso era de aproximadamente 17,33, o que significa que as chances do autor ser aprovado eram de apenas 5,76%⁵⁹⁴.

Merece destaque, no contexto dos precedentes que versam sobre função pública, a discussão a respeito do direito à indenização por posse tardia determinada por nomeação judicial e questionamento a respeito do direito do candidato às promoções ou progressões funcionais que alcançaria caso houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação.

Como se adiantou, o STF, no RE 724.347, julgado sob a sistemática da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que, na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de

⁵⁹³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003100-46.2012.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 05.12.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁵⁹⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 5000211-51.2010.4.04.7210*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 16.07.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>. Vide também o acórdão referente à apelação: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000211-51.2010.4.04.7210*, Quarta Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, julgado em 16.04.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante⁵⁹⁵. Seguindo linha similar de fundamentação, no RE 629.392, o STF decidiu que a nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação⁵⁹⁶.

No RE 724.347, o relator para o acórdão foi o Ministro Roberto Barroso, cujo voto prevaleceu sobre aquele do relator original, Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Roberto Barroso registrou em seu voto que a discussão objeto do recurso estaria reproduzida em milhares de casos, de modo que a decisão teria um relevante impacto financeiro. Consignou, no mérito, que a mera aprovação em concurso público não geraria direito a nomeação, posse e efetivo exercício, requisitos indispensáveis para que o servidor adquira o direito à remuneração. Ademais, a remuneração não seria prêmio, mas contraprestação por serviço prestado, salvo exceções legais pontuais (reintegração, licenças etc). Portanto, no caso, a indenização implicaria enriquecimento ilícito.

Citando outros precedentes do STF, entendeu que deveria prevalecer o posicionamento pelo descabimento da indenização, salvo situações de arbitrariedade flagrante, em consonância com a linha que já estaria sendo adotada pela Corte. Ou seja, em regra, a simples existência de um litígio judicial sobre concurso público seria fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não geraria dano indenizável. No entanto, em situações de patente arbitrariedade, como descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorreriam fatos extraordinários a exigir a reparação adequada.

Em discussões ao longo do julgamento, o Ministro Roberto Barroso ressaltou que, em algum momento, o STF teria que revisitar o tema da responsabilidade civil do Estado, que, no Brasil, possivelmente seria mais exacerbada do que em qualquer outra parte do mundo, sobretudo no mundo anglo-saxão, em que a responsabilidade do Estado é mínima. Mesmo na França, pontuou que a responsabilidade civil do Estado não teria hoje a extensão que tem no Brasil.

⁵⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n° 724.347 - DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26.02.2015, *cit*.

⁵⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário n° 629.392 - MT*. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

Por isso, segundo tal ministro, a despeito do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o Estado responderia, em muitas situações, objetivamente, mas, em outras situações, o Estado deveria responder subjetivamente, se tiver agido culposamente ou arbitrariamente, razão pela qual entendeu necessária a inclusão da nuance sobre a arbitrariedade flagrante.

Ainda voltando à questão do impacto financeiro, o ministro ressaltou que certas decisões e linhas jurisprudenciais criadas no STF produziriam efeitos em cascata sobre a responsabilização civil do Estado. Portanto, em relação à situação específica de investidura tardia, fez a opção por uma postura mais comedida, embora não tivesse hesitação em reconhecer a responsabilidade em caso de arbitrariedade patente, porque, segundo seu entendimento, quando o Estado se comporta de maneira inequivocamente arbitrária, a postura de aferição da sua responsabilidade deveria ser diferente daquela responsabilidade que automaticamente se atribui pelo dispositivo da responsabilidade objetiva constitucional.

Como dito, o voto do Ministro Roberto Barroso acabou prevalecendo, votando em sentido diverso os ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Fux.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, pontuou que o cerne do recurso seria definir, sob o ângulo constitucional e com repercussão geral, as consequências patrimoniais de nomeação e posse asseguradas pelo Judiciário, porque afastadas pela Administração por meio de ato ilegal, considerado o lapso temporal para o pronunciamento judicial. A premissa seria a de óbice ilegítimo do Estado, proclamado em decisão passada em julgado, o qual força o indivíduo a litigar, porque lhe impede o exercício tempestivo de direito a cargo público, causando prejuízos.

O STF deveria dizer se o referido quadro conduziria à aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado. A resposta, para ele, seria positiva, considerada a redação inequívoca do aludido dispositivo. De acordo com tal preceito, o Estado tem responsabilidade patrimonial em razão dos danos causados por agentes públicos a particulares, não sendo lícito admitir a violação a direito alheio por aquele que atua em nome do Estado, sem que se proceda à indenização. A responsabilidade estatal seria inerente aos riscos atrelados às atividades que desempenha e iria ao encontro à aspiração do Estado de Direito, especialmente à exigência de legalidade do ato administrativo. Assim, versando sobre direito e garantia fundamental do cidadão, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal encerraria norma autoaplicável, de eficácia plena, incumbindo ao Poder Judiciário, verificado o nexo causal entre o ato administrativo e o dano, concretizar o comando em plenitude. Asseverou, ademais, que o dispositivo constitucional

alcançaria, inquestionavelmente, situações como a discutida no processo, revelado óbice administrativo a implicar, em última análise, nomeação e posse tardias de indivíduos aprovados em concurso público.

Quanto ao argumento segundo o qual o reconhecimento do direito pleiteado pressupõe o efetivo exercício do cargo, sob pena de configurar enriquecimento ilícito, o ministro rechaça sob dois fundamentos. Em primeiro lugar, porque não se trataria de pretensão de receber vencimentos ou subsídios, e sim de ver o Estado compelido ao pagamento de quantia certa, em dinheiro, a título de indenização por danos materiais. A remuneração não é o objeto do pedido, mas critério para quantificação da reparação. Em segundo lugar, porquanto a responsabilização civil se impõe, por força de norma constitucional, como maneira de minimizar efeitos patrimoniais indesejados causados por conduta de agente público. Afastar o direito à indenização implicaria, em última análise, negar vigência ao próprio preceito constitucional sem que a Constituição Federal preveja exceção.

Por tais fundamentos, concluiu que, estando envolvidas nomeação e posse tardias resultantes de ato administrativo reconhecido como ilegítimo mediante decisão judicial transitada em julgado, incumbiria ao Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, indenizar o cidadão lesado, tendo-se por critério de quantificação os valores de remuneração que deixaram de ser pagos, assim como as vantagens que adviriam do tempo de serviço correspondente ao período compreendido entre a data em que deveria ter ocorrido a posse no cargo público em relação ao qual logrou aprovação em concurso e aquela em que realmente veio a ocorrer, compensados valores recebidos em razão de exercício de função ou cargo públicos inacumuláveis ou de emprego na iniciativa privada.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, ressaltou, em seu voto, que os pronunciamentos que definem direitos são declaratórios e, nas hipóteses em discussão, declaram que sempre houve o direito de ter tomado posse, de ter exercido a função. Ou seja, esses pronunciamentos têm efeito *ex tunc*. Independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade ou ilegitimidade, fato é que o ato de oposição da Administração cria uma lesão ao direito do servidor.

Apontou que, havendo um critério legal que só ganha quem trabalha, não pode se ganhar igual a quem trabalha. Porém, seria viável fixar a tese de responsabilidade e a indenização seria então verificada em perícia, analisando-se quanto seria razoável que se

recebesse a esse título. De todo modo, à luz da Constituição Federal, entende que tratar a situação com indiferença não o satisfaria em termos de justiça.

O Ministro Teori Zavascki, ao justificar pedido de vista, mencionou a teoria da perda de uma chance. Pontuou que esse seria um dos temas mais polêmicos na jurisprudência do STF e do STJ, sendo que teve a oportunidade de ser relator, na Corte Especial do STJ, onde essa matéria foi levada em embargos de divergência, e, na oportunidade, invocou-se o direito à indenização com base na perda de chance, que não significaria necessariamente a remuneração. Registrou que o Ministro Marco Aurélio estaria confirmando uma decisão que concedeu a remuneração, descontado o valor recebido em outro cargo, e essa era a jurisprudência que vigorava no STJ. Porém, o Ministro Teori Zavascki levou precedente para mudar essa orientação no STJ⁵⁹⁷, justamente para adaptá-la à jurisprudência mais atual do STF, que, segundo apurou à época, ia na linha defendida pelo Ministro Roberto Barroso.

Esse foi o único momento em que a teoria da perda de uma chance foi mencionada no julgamento e, ainda assim, no voto-vista do Ministro Teori Zavascki, que seguiu o entendimento do Ministro Roberto Barroso, não se abordou novamente o assunto⁵⁹⁸.

A bem da verdade, é relativamente questionável a aplicação da teoria da perda de uma chance em casos envolvendo nomeação ou posse tardia, já que não se está diante de processo aleatório interrompido por ato da Administração e cujo deslinde nunca poderá ser confirmado. Na realidade, o candidato participou do processo aleatório até o final e teve seu direito à nomeação retardado em função de ato ilegítimo da Administração Pública, reconhecido por decisão judicial. De toda forma, caberia uma ponderação sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance e as particularidades de quantificação que a acompanham, o que poderia atenuar o sentimento de injustiça por se outorgar uma indenização equivalente aos vencimentos devidos sem a correspondente contraprestação do trabalho.

Ao fim e ao cabo, embora a fundamentação acatada no acórdão descaracterize, em certa medida, a anormalidade do dano decorrente do atraso na nomeação de concurso

⁵⁹⁷ Em relação ao posicionamento até então vigente no STJ, vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 825.037 - DF (2008/0253961-7)*. Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 01.02.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

⁵⁹⁸ O voto do Min. Teori Zavascki traz uma análise detalhada sobre os litígios envolvendo os concursos públicos e uma ponderação sobre o momento em que a nomeação deixa de ser opção administrativa e se torna um direito subjetivo. Conclui, após referida análise que: “Não é, portanto, a anulação judicial de qualquer ato administrativo praticado em concurso público que atrairá a incidência pura e simples do art. 37, § 6º, da CF. Somente se pode cogitar de obrigação de indenizar, por danos materiais equivalentes ao exercício do cargo, quando a impugnação judicial tiver por objeto o próprio direito de nomeação, cuja implementação estiver sendo obstada pela Administração mediante o descumprimento dos conteúdos mínimos do art. 37, IV, da CF.”

público, com vistas a justificar a negativa de indenização que poderia implicar impacto aos cofres públicos e enriquecimento sem causa, fato é que acabou sendo estabelecida uma exceção à tese firmada em regime de repercussão geral que se reveste de certa subjetividade. Foram excepcionadas as situações de arbitrariedade flagrante, o que, em certa medida, desvirtua a lógica que se preconiza em relação ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, no sentido de privilegiar a posição da vítima ao invés da conduta do ofensor.

É legítima a preocupação com a responsabilidade civil alargada do Estado e o impacto financeiro decorrente de algumas decisões tomadas pelo STF, especialmente sob o regime de repercussão geral. Porém, por outro lado, é importante que se possa extrair coerência das decisões do STF e que se tenha previsibilidade em relação aos conflitos, especialmente quando já houve julgamento do tema sob a sistemática de repercussão geral. E, nesse particular, ainda que seja compreensível a posição adotada pelo STF, a exceção estabelecida denota uma mitigação da regra da responsabilidade objetiva do Estado enaltecida em diversos outros julgados e, mais do isso, exige uma espécie de culpa agravada da Administração.

No RE 629.392, como dito, a controvérsia envolvia a definição da pertinência das promoções funcionais, independentemente da submissão e do sucesso no estágio probatório, relativamente a candidatos aprovados em concurso público que tiveram assegurada judicialmente a nomeação, com efeitos retroativos, em razão da prática de ato da Administração. O STF decidiu, por unanimidade, que a nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação. A tese foi fixada em sede de repercussão geral, observando-se o voto do relator.

De acordo com o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, mesmo proclamado o direito à nomeação em caráter retroativo, descaberia assegurar o pagamento de indenização equivalente às diferenças remuneratórias advindas da eventual evolução do servidor na carreira, tendo em conta as sucessivas majorações de vencimentos. Por se tratar de responsabilidade civil do Estado, a conduta deve revelar o dano ao particular de forma direta e, no caso, estaria ausente o liame imediato entre a conduta da Administração e o alegado prejuízo, dada a necessidade de atendimento a exigências outras.

O ministro entendeu adequado o argumento segundo o qual a promoção ou progressão funcional – a depender do caráter da movimentação, se vertical ou horizontal – não se resolve unicamente mediante o cumprimento do requisito temporal, pressupondo a aprovação em estágio probatório e a confirmação no cargo, bem assim o preenchimento de outras condições indicadas na legislação ordinária. A situação imporia a observância dos requisitos para o êxito em estágio probatório ou, até mesmo, ante a singularidade de cada carreira, de outros elementos necessários à promoção de servidor. Apenas se poderia verificar o atendimento a esses pressupostos após a formalização do vínculo hierárquico-funcional do cidadão com a Administração.

Por essas razões, uma vez empossado no cargo, o servidor deveria atentar para todas as regras atinentes ao respectivo regime jurídico, incluídas as concernentes ao estágio probatório e as específicas de cada carreira. Somente considerado o desempenho do agente, por meio de atuação concreta a partir da entrada em exercício, seria possível alcançar a confirmação no cargo e a movimentação funcional, do que decorreriam a subida de classes e padrões, eventual alteração na designação do cargo ou quaisquer outras consequências funcionais. Não haveria como presumir, portanto, a aprovação em estágio probatório, tampouco reconhecer o direito à movimentação na carreira. Os pressupostos teriam de ser observados após a posse e o efetivo trabalho exercido, ficando preservadas a organização administrativa do órgão e a isonomia entre os ocupantes do cargo.

No referido julgamento, diversos votos invocaram o precedente RE 724.347, ora entendendo que a conclusão alcançada no RE 629.392 seria decorrência lógica daquele julgado, ora entendendo que as mesmas razões que fundamentaram a decisão naquela sede também se aplicariam à discussão a respeito das promoções ou progressões funcionais.

Importa destacar algumas observações adicionais trazidas no voto do Ministro Alexandre Moraes. Além de ressaltar o que já havia sido considerado por ocasião do julgamento do RE 724.347, o ministro indicou alguns motivos para o descabimento de direito relacionado às promoções ou progressões funcionais, em suma: (a) o fato de que a promoção é dependente do preenchimento de requisitos de mérito que vão além daqueles da nomeação, de modo que substituir a avaliação do mérito por intervenção judicial baseada apenas em noção de comutatividade indenizatória afrontaria, de certa forma, espaço decisório típico da Administração Pública; (b) o fato de que permitir que um direito de requisitos específicos – mérito funcional – seja suprido, independentemente do exercício do cargo, por mero arbitramento judicial, também resultaria em uma situação de privilégio

jurídico indevido, com a outorga de benefício sem causa jurídica suficiente para tanto, abrindo espaço ao enriquecimento sem causa e (c) o fato de que a promoção por provimento judicial aumentaria o número de cargos em uma determinada entrância, para que houvesse a possibilidade dessas promoções, sem previsão legal, ou acarretaria a retirada de outro servidor público de seu cargo, sem que tivesse participado do processo ou tivesse qualquer responsabilidade pela culpa do Estado, sendo ambas as situações eivadas de ilegalidade.

A observação a respeito da interferência no espaço típico da Administração, revela, em certa medida, a preocupação em se ter um controle judicial que não interfira na discricionariedade da Administração Pública. Como dito, a teoria da perda de uma chance pode se mostrar uma interessante ferramenta dentro desse contexto, na medida em que traduz respeito ao espaço decisório da Administração e, por outro lado, assegura uma indenização à vítima, a qual não corresponde à vantagem final objetivada, mas sim à chance perdida.

Não houve, contudo, em nenhum dos precedentes do STF, uma análise efetiva a respeito da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em qualquer dos cenários, a qual poderia ser eventualmente sopesada em vista das preocupações externadas quanto à vedação ao enriquecimento ilícito, não admissão de uma indenização em montante equivalente à remuneração sem contraprestação de serviço ou, ainda, inadmissibilidade de assegurar direitos de promoção ou progressão funcional sem efetivo exercício do cargo e observância dos requisitos cabíveis.

Ao se cogitar a aplicação da teoria da perda de uma chance, a análise seria deslocada para a chance perdida, a qual precisaria se mostrar séria e real e, em qualquer caso, a indenização não seria equivalente à remuneração que teria sido percebida ou a valores relacionados aos direitos decorrentes das promoções e progressões funcionais.

Nos Tribunais Regionais Federais, já se começa a perceber o reflexo desses precedentes do STF.

Na pesquisa realizada, foi possível constatar um precedente anterior às supramencionadas decisões e que tangencia a responsabilidade civil pela perda da chance em situação que envolve nomeação tardia por força de ordem judicial, bem como dois precedentes posteriores, sendo que um deles é especialmente marcante por demonstrar uma mudança de posicionamento em virtude da orientação fixada pelo STF.

Na apelação cível nº 0020401-96.1998.4.02.0000, julgada em meados de 2003 no âmbito do TRF2, havia discussão a respeito do direito de promoção dos autores ao posto de capitães da Força Aérea Brasileira, com pedido de fossem concedidos os respectivos atrasados e gratificações decorrentes do tempo em que permaneceram sem a respectiva promoção. Os autores alegavam que seriam suboficiais da referida Força, pertencentes ao quadro da reserva complementar, atingida por idade. A condição de suboficial derivaria de decisão judicial transitada em julgado, na qual foram promovidos do quadro de primeiros-sargentos ao de suboficiais, ambos praças.

O pedido de indenização pelos atrasados e gratificações decorrentes do tempo em que permaneceram sem a respectiva promoção foi afastado, sob a alegação de que não haveria responsabilidade da Administração por danos remotos e indiretamente causados. Do contrário, não existiriam limites para mensurar os danos da preterição, desde a vida familiar até aspectos de existência. Seria, portanto, necessário balizar o nexo de causalidade existente entre a atuação estatal e o dever de reparar seus atos, o que no caso afastaria o dever indenizatório da Administração⁵⁹⁹.

Como se vê, houve afastamento de indenização relacionada à remuneração atrasada e gratificações decorrentes do tempo que os autores permaneceram sem a promoção, especialmente pela dificuldade de se estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta da Administração e os danos em questão, que seriam remotos e indiretos. Por outro lado, nada se falou a respeito de uma orientação específica das Cortes Superiores sobre a matéria, tendo sido utilizada somente referência sobre a aplicação da teoria do dano direto e imediato na responsabilidade civil estatal.

No TRF1, precisamente na apelação cível nº 0034249-11.2011.4.01.3400, as autoras da demanda buscavam indenização no valor da remuneração retroativa e reenquadramento nos quadros funcionais em razão de terem tomado posse no cargo de Papiloscopista da Polícia Federal tardiamente em virtude de sentença judicial, aduzindo a teoria da perda de uma chance⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0020401-96.1998.4.02.0000*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, julgado em 26.02.2003. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁶⁰⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0034249-11.2011.4.01.3400*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 19.09.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

Em primeiro grau, a pretensão das autoras foi rejeitada, sob o fundamento de que a demora na nomeação ocorrida em função de processo judicial não gera direito a indenização, a teor de entendimento dos Tribunais Superiores. Ademais, ressaltou a sentença que o candidato possui apenas expectativa de direito antes da nomeação. As autoras, em recurso de apelação, afirmaram que, apesar de conhecerem os precedentes dos Tribunais Superiores, buscariam indenização por dano material e moral em razão da eliminação por ato ilegal da Administração, já reconhecido pelo Poder Judiciário, além da perda da chance de figurar na mesma posição de antiguidade de candidatos aprovados com pontuação inferior à sua. Ressaltaram que a teoria da perda da chance não foi debatida pelo STJ e se encaixaria no caso em questão, pois não tiveram as mesmas chances na carreira, forma inequívoca de discriminação à luz do título que amparou a investidura no cargo. Assim, pugnaram pela indenização e concessão de efeitos funcionais retroativos à data em que deveriam ter ingressado nos quadros da Polícia Federal.

O TRF1, contudo, negou a indenização pleiteada pelas autoras, consignando que já teria sido decidido pelos Tribunais Superiores e pelo próprio TRF1 o não cabimento de dano moral, material ou retroação de efeitos funcionais em decorrência da nomeação tardia de candidato em concurso público. Isso porque, os efeitos funcionais e a remuneração seriam uma contraprestação pelo efetivo exercício das atribuições do cargo, as quais, não tendo sido desempenhadas, não ensejariam indenização.

No acórdão, é citado trecho do voto do Ministro Roberto Barroso no RE 724.347 que classifica o litígio judicial sobre concurso público como “fato normal na vida de uma sociedade com instituições” e considera que “a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não gera dano indenizável”.

Proseguiu-se no acórdão com a afirmação de que a teoria da perda da chance seria aceita pelo STJ, mas não se aplicaria ao caso porque ausente pressuposto da própria teoria da responsabilidade civil, qual seja, o dano indenizável. A nomeação tardia em cargo público ocorrida por força de decisão judicial não geraria dano indenizável, limitando-se a mero dissabor razoável à sociedade, ou seja, o fato de se buscar tutela judiciária não geraria, por si só, violação a direito da personalidade causador de dano moral ou material.

Inexistindo o dano, estaria ausente pressuposto para a responsabilidade civil, ficando prejudicada a aplicação da teoria da perda de uma chance. Ademais, pontuou-se que, no caso concreto, que envolveria reprovação em prova prática de barra fixa dinamicamente

anulada, inexistiria arbitrariedade patente que pudesse justificar o afastamento dos precedentes jurisprudenciais que vetam a indenização.

Convém notar que o TRF1 deixa de avaliar a aplicação da teoria da perda da uma chance por entender que estaria ausente pressuposto da própria teoria da responsabilidade civil, o dano indenizável. A lógica é extraída a partir dos precedentes dos Tribunais Superiores e, especialmente, do RE 724.347. No entanto, não há qualquer consideração a respeito da possibilidade de ocorrência de um dano específico relacionado à perda de uma chance. Ao que parece, a turma julgadora estabelece como premissa o descabimento da responsabilização, salvo em caso de arbitrariedade flagrante, especialmente sob a ótica de que eventual dano decorrente da nomeação tardia não estaria revestido de anormalidade.

Em precedente do TRF5, pode-se constatar uma linha similar de posicionamento, motivada pelo precedente do STF.

Tratava-se de ação objetivando indenização por danos materiais e morais em virtude da nomeação tardia, em razão de determinação judicial, ao cargo de Papiloscopista da Polícia Federal. As indenizações pleiteadas foram concedidas em sentença e o autor apelou se insurgindo quanto ao valor fixado a título de danos materiais, pretendendo que a indenização fosse fixada no montante relativo à remuneração que deixou de perceber. Por sua vez, a União Federal recorreu aduzindo a necessidade de nulidade parcial do julgado, eis que o magistrado de primeiro grau teria se pronunciado sobre pedido estranho à lide, fundamentando a decisão quanto ao pagamento de danos materiais na teoria da perda de uma chance. Requereu a reforma da sentença ou a diminuição dos montantes indenizatórios.

Inicialmente, na apelação cível nº 2008.82.00.006784-0, foi mantida a indenização concedida ao autor com fundamento na teoria da perda de uma chance⁶⁰¹. O TRF5 entendeu que, no caso dos autos, a nomeação decorreu de comando judicial. Assim, considerando que o autor não foi nomeado no momento devido, haja vista o tempo de espera para a solução do litígio em que se debatia se lhe assistia razão à nomeação ao cargo para o qual disputara certame, seria o caso de pagamento de indenização por danos morais e materiais. O acórdão afastou a alegação da União Federal de julgamento *extra petita*, por inexistir pedido fundado na teoria da perda de uma chance. Entendeu que se o autor ingressou com ação por danos morais em virtude de nomeação intempestiva e o magistrado entendeu que a indenização

⁶⁰¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2008.82.00.006784-0*, Segunda Turma, Rel. Des. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, julgado em 14.06.2011. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

deveria ser mensurada em face da teoria da perda de uma chance, não haveria nenhuma violação ao princípio da correlação ou congruência. Ademais, o acórdão apontou que os efeitos da nomeação intempestiva devem retroagir levando em conta não somente os efeitos pecuniários, mas todos os efeitos decorrentes da nomeação. Concordou, porém, com o desconto dos valores auferidos pelo autor em outros cargos no mesmo período e, ademais, no tocante aos danos morais, manteve a sentença e a indenização fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Ocorre que, após interposição de recursos aos Tribunais Superiores, o STF determinou o retorno dos autos ao TRF5, para que fossem observadas as disposições do artigo 543-B do CPC/73⁶⁰², em face do julgamento do RE 724.347, em que foi reconhecida a repercussão geral da questão relativa ao direito dos candidatos aprovados em concurso público à indenização em decorrência da demora na nomeação determinada judicialmente.

Em novo acórdão⁶⁰³, a turma julgadora do TRF5 observou que o STF adotou a seguinte tese afirmada em repercussão geral: “Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.”

Por outro lado, verificou que no acórdão recorrido, a tese adotada foi a denominada perda de uma chance, não havendo, portanto, menção a qualquer arbitrariedade flagrante. Sendo assim, o acórdão recorrido divergiria do entendimento firmado no STF, devendo ser reformado. Diante disso, foi dado provimento aos embargos de declaração, com efeitos infringentes e em juízo de retratação, para dar provimento à apelação da União Federal e afastar a sua condenação em danos materiais e morais.

⁶⁰²“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.”

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

⁶⁰³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2008.82.00.006784-0/02*, Segunda Turma, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, julgado em 06.12.2016. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

Como se vê, não houve qualquer ponderação no sentido de que, pelo fato do acórdão recorrido invocar a teoria da perda de uma chance, revestia-se de uma particularidade não analisada no STF no âmbito RE 724.347. A turma julgadora apenas constatou inexistir qualquer menção a uma situação de arbitrariedade flagrante e, em virtude disso, entendeu pelo afastamento da indenização, a teor da orientação firmada em sede de repercussão geral.

Conquanto os precedentes anteriores demonstrem a dificuldade na concessão de indenização pela perda de uma chance em discussões que envolvem função pública, pelos mais variados aspectos, não se pode negar a possibilidade de que tal indenização seja concedida em determinadas situações. Nessa toada, cabe concluir este tópico abordando precedente em que a indenização pela perda de uma chance foi concedida pelo TRF3.

Trata-se da apelação cível nº 0010555-63.2009.4.03.6104, tirada de ação ordinária objetivando a anulação do ato administrativo que determinou a redução da jornada de trabalho do autor, readequação dos proventos da aposentadoria e condenação do INSS ao pagamento de indenização por danos materiais e morais⁶⁰⁴.

O autor da demanda, médico, optou pela carreira previdenciária. Narrou que, em 15 de fevereiro de 2006, teve reconhecido, por portaria, o direito de exercer a jornada de 40 horas semanais ou oito horas diárias e, em 01 de agosto de 2006, outra portaria resolveu excluir o direito assegurado anteriormente, por descumprimento de horário, sendo esta segunda portaria aquela impugnada por meio da demanda.

A sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos do autor, mas o seu recurso de apelação foi parcialmente provido, reconhecendo-se a ausência de motivação idônea do ato administrativo, pois o INSS teria confessado que não tinha controle dos horários do autor, não podendo afirmar se o autor cumpriu ou não a sua carga horária, e sendo também reconhecida a violação à ampla defesa, pois o ato restritivo de direito não foi precedido de procedimento administrativo, que oportunizasse a defesa do servidor.

Quanto à indenização, apesar do autor não invocar a teoria da perda de uma chance, o TRF3 entendeu por analisar a questão sob esse viés. Nesse tocante, a turma julgadora entendeu que, fixado que houve a prática de um ato ilícito por parte da Administração ao editar a portaria suprimindo o direito do autor à jornada de 40 horas sem direito regular de

⁶⁰⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0010555-63.2009.4.03.6104*, Quinta Turma, Rel. Juíza Convocada Louise Filgueiras, julgado em 07.08.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

defesa, e que esse ato lhe causou dano, pois o autor perdeu a oportunidade de exercer trabalho de seu interesse e auferir os vencimentos respectivos, surgiria o dever de indenizar.

Restou consignado no acórdão que, embora o autor alegasse que a supressão dos vencimentos correlatos acarretou perda em seus proventos da inatividade e requeresse indenização compatível com suas perdas, o prejuízo não teria a extensão por ele pretendida, pois o autor tinha o direito de trabalhar as 20 horas a mais, não fosse o ato administrativo ilegal, mas fato é que não trabalhou essas 20 horas a mais e não seria possível afirmar com toda a certeza que o faria. Por essa razão, seria o caso de aplicação da teoria da perda de uma chance.

O acórdão abordou a necessidade de que a chance perdida se mostre séria e real. A esse respeito, embora tenha consignado que não haveria certeza de que o autor trabalharia as 40 horas semanais por todo o período e, assim, receberia os vencimentos correspondentes até a sua aposentadoria, existiria uma significativa probabilidade de que isso pudesse ocorrer, razão pela qual poderia se considerar que o ato ilícito ceifou chance concreta. Por outro lado, nada autorizaria que a indenização pela perda da chance correspondesse aos valores que o autor teria de fato deixado de auferir neste período de dois anos e oito meses até a aposentadoria, porque de fato não trabalhou as 40 horas, e, após algum tempo, seria razoável supor que obtivesse outra ocupação no período em que ficou livre.

Nessa medida, interessante notar a forma de arbitramento da indenização, que admitiu a chance perdida como direito autônomo. Para fixação da indenização, considerou-se que o autor teve uma redução de R\$ 1.524,69 (um mil, quinhentos e vinte e quatro reais e sessenta e nove centavos) nos seus rendimentos líquidos entre julho e agosto de 2006, quando teve a carga horária reduzida por ato da Administração. No caso, contudo, a redução da jornada não retirou do autor a possibilidade de se recolocar no mercado ou completar a sua jornada de trabalho com outras atividades que lhe proporcionassem ganho semelhante. Embora não houvesse notícia nos autos sobre quais atividades de fato exerceu o autor após agosto de 2006 até sua aposentadoria em abril de 2009, seria razoável que, nesses dois anos e oito meses, procurasse nova colocação, e obtivesse remuneração compatível com o estado anterior ao ato reputado ilícito.

Assim, não seria o caso de se estender os efeitos do ato danoso até o momento da aposentadoria, pois a probabilidade desse evento de fato influenciar, como consequência direta, nos ganhos respectivos, seria bastante reduzida com o passar do tempo, não se podendo presumi-la e não sendo suficiente para considerar essa mera possibilidade um dano ressarcível. Assim, o acórdão considerou como parâmetro para a estimativa da indenização

o período de um ano de supressão dos rendimentos mensais de R\$ 1.524,69 (um mil, quinhentos e vinte e quatro reais e sessenta e nove centavos), tempo razoável para que o autor obtivesse recolocação no mercado. Foi também somado o 13º salário, chegando-se ao valor de R\$ 19.820,97 (dezenove mil, oitocentos e vinte reais e noventa e sete centavos), o qual foi arredondado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por todo o exposto neste tópico, denota-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance no campo da função pública, tradicional na jurisprudência francesa, também tem sido invocada no Brasil para demandas do gênero.

Conquanto inexista qualquer vedação expressa quanto à aplicabilidade da teoria nesse tipo de litígio, a experiência prática revela, por vezes, a dificuldade de se avaliar a existência de chances sérias e reais e de se conceder a indenização pela perda de uma chance de forma fidedigna às especificidades da teoria.

Ademais, embora a matéria não tenha sido apreciada sob a ótica da teoria da perda de uma chance no STF, fato é que as decisões recentes dessa Corte relativas à indenização por nomeação tardia e retroatividade de promoções e progressões funcionais tendem a inibir a avaliação de pleitos reparatórios relacionados à nomeação tardia de candidatos em concurso público, mesmo que a perda da chance seja suscitada como fundamento da indenização.

3.5.5. Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Outro campo interessante em que se verificou a invocação da teoria da perda de uma chance envolve situações de inércia da Administração Pública para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas. Nos referidos precedentes, as discussões sobre a responsabilização do Estado perpassam situações de omissão.

Por meio da pesquisa jurisprudencial realizada, foram encontrados sete casos que poderiam se enquadrar nessa situação. Em muitos dos precedentes, a lógica que permeia a invocação ou aplicação da teoria da perda de uma chance se assemelha àquela aplicada em hipóteses da seara médica. Contudo, considerando o escopo desse trabalho e de modo a dar o devido enfoque a situações que podem engajar a responsabilidade civil do Estado, reputou-se preferível trazer tais hipóteses separadamente.

Começamos com esses precedentes, que representam seis dos sete julgados enquadrados em casos de responsabilidade por inércia no cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas. Três desses precedentes envolvem a recusa ou demora no fornecimento de medicamento por parte da Administração Pública e o ajuizamento de ação judicial buscando compeli-la a tanto. Os demais envolvem tratamento complexo e contínuo de doença, implantação de marcapasso diafragmático ou disponibilização de leito em Unidade de Terapia Intensiva - UTI.

Na apelação cível nº 0010723-26.2011.4.02.5101, processada perante o TRF2, discutia-se o pagamento de indenização a título de lucros cessantes e danos morais em razão do falecimento da mãe dos autores⁶⁰⁵. Os demandantes afirmaram que sua mãe tinha ingressado em juízo com ação judicial para obter o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de tuberculose. Sustentaram que houve atraso no cumprimento da sentença judicial e que os medicamentos entregues estavam próximos à data de validade, sendo que, em razão disso, atribuem a morte da genitora à omissão estatal. Nesse sentido, requerem o pagamento de indenização por danos materiais, em razão dos prejuízos sofridos durante o tempo que necessitaram cuidar de sua mãe doente, e indenização a título de danos morais, em função do falecimento.

No acórdão, a turma julgadora entendeu por afastar a indenização que havia sido concedida em primeiro grau. Registrou que ficou demonstrado o dever dos entes públicos de entregar os medicamentos para a mãe dos autores e que não houve a entrega do medicamento em período anterior à internação, o que teria gerado o agravamento do estado de saúde dela, a consequente internação e o seu posterior óbito. Consignou, ademais, que a sentença entendeu por aplicar a teoria da perda de uma chance para justificar a indenização, já que a ausência dos medicamentos teria usurpado a possibilidade da genitora dos autores tentar tratar a doença que lhe acometia. Porém, aduziu-se que, de acordo com a jurisprudência do STJ, a aplicação da teoria da perda de uma chance pressupõe que a oportunidade perdida seja séria e real, proporcionando ao lesado condições efetivas de alcançar a situação futura almejada. No caso, contudo, inexistiriam provas de que havia chance real e efetiva de manutenção da saúde da mãe dos demandantes com a entrega do medicamento que deveria ser fornecido pelo Estado. Isso porque, segundo se depreenderia dos autos, a sua saúde já estava fragilizada quando a entrega do medicamento foi

⁶⁰⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0010723-26.2011.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, julgado em 07.12.2015. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

interrompida e, devido à sua idade avançada (82 anos) e seu histórico de doenças (sofria de sequelas de tuberculose contraída havia mais de 38 anos), não se poderia afirmar que existia uma oportunidade séria de preservação da vida com o uso do remédio.

Já na apelação cível nº 0006555-37.2010.4.05.8300, processada perante o TRF5, o autor da demanda buscava originalmente o fornecimento de medicamento e foi prolatada sentença convertendo a obrigação de dar coisa certa (fornecimento do medicamento *Lucentis Ranibizumabe*, para o tratamento de Degeneração Macular Relacionada à Idade), em perdas e danos, no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), uma vez que a perícia constatou que o medicamento não mais se fazia necessário em virtude de agravamento do quadro do autor no curso da demanda⁶⁰⁶. Em sua apelação, o autor requereu a majoração do valor da indenização para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), por se tratar de dano à integridade física irreversível, notadamente a perda da visão do olho direito, que atinge idoso. Os entes públicos também interpuseram recurso de apelação.

O acórdão do TRF5 manteve a sentença no tocante à concessão da indenização. A esse respeito, consignou que, na data da perícia, o medicamento já não se fazia mais necessário, porque adveio supervenientemente a cicatrização da membrana ocular, e o fármaco objeto da demanda apenas seria indicado quando a membrana está ativa. Em laudo complementar, o perito judicial teria asseverado que autor estava cego do olho direito. A partir dos exames apresentados pelo autor, o perito teria observado que, em angiografia de 20 de novembro de 2009, a membrana estava ativa, ao passo que, em exame de 13 de maio de 2011, a membrana já estava cicatrizada. O autor ajuizou a demanda em 12 de maio de 2010, embasado em receituário médico de abril de 2010, que atestou a necessidade do medicamento. Houve o deferimento de tutela antecipada, para a entrega do medicamento pelos réus, do qual eles foram cientificados em 24 de maio de 2010. No entanto, o cumprimento da decisão judicial apenas ocorreu em fevereiro de 2011. Assim, cotejando esses dados com a informação prestada pelo perito de que a demora no tratamento “pode levar ao aumento da lesão e pior prognóstico”, seria possível concluir que, em razão da tardança no fornecimento do medicamento, o autor perdeu a chance de obter o controle de sua enfermidade. Portanto, caberia a indenização pela perda de uma chance.

⁶⁰⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. Apelação Cível nº 0006555-37.2010.4.05.8300, Primeira Turma, Rel. Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgado em 09.03.2017. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

Vale mencionar que não há uma análise detida sobre o caráter sério e real da chance perdida, mas o acórdão demonstra existir embasamento técnico para se concluir que a demora no tratamento poderia levar ao aumento da lesão e a um pior prognóstico. Quanto à indenização fixada, não foi possível analisar a forma de quantificação e se houve a aplicação de coeficiente redutor, já que o acórdão apenas manteve a indenização fixada em sentença, por entender que ela seria compatível com as peculiaridades do caso concreto.

Ainda no âmbito do TRF5, pode-se citar também a apelação cível nº 0008278-57.2011.4.05.8300, tirada de ação objetivando indenização por danos morais em razão da omissão estatal que teria levado ao falecimento do genitor do autor⁶⁰⁷. O autor afirmou que seu pai foi acometido de câncer no sistema nervoso central, com diagnóstico feito em setembro de 2010. Teria então procurado atendimento médico na rede pública, quando foi submetido a tratamento cirúrgico em outubro de 2010, indicando-se para a continuidade do seu tratamento o medicamento *Temozolamida*, autorizado pelo Ministério da Saúde, capaz de gerar melhora e sobrevida. Tal medicamento teria custo elevado, razão pela qual o requereu na rede pública do Estado de Pernambuco, tendo sido recusado sob o fundamento de competir aos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON e Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON, eis que seria de valor muito elevado para ser adquirido pela rede pública. O genitor do autor ingressou com ação judicial visando à obtenção da referida medicação e teve a tutela antecipada indeferida, decisão esta reformada mediante interposição de agravo de instrumento. Porém, antes que a medicação tivesse sido efetivamente fornecida, seu genitor veio a falecer.

Em virtude desses fatos, afirmou o autor que os réus, União Federal, Estado de Pernambuco e Município de Camaragibe, teriam incorrido em conduta ilícita, decorrente da negativa em fornecer a medicação necessária, razão pela qual solicitou indenização por danos morais. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido formulado para condenar os réus ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor, invocando a teoria da perda de uma chance. Foram apresentados recursos de apelação pelo autor, Estado de Pernambuco e Município de Camaragibe.

⁶⁰⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0008278-57.2011.4.05.8300*, Segunda Turma, Rel. Des. Vladimir Carvalho, julgado em 27.05.2014. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

No acórdão do TRF5, foi afastada a indenização concedida pela sentença, com fundamento da teoria da perda de uma chance. A turma julgadora entendeu não estar configurado qualquer descumprimento por parte dos entes públicos, uma vez que o falecimento do pai do autor se deu no prazo de cumprimento da decisão judicial. Ademais, não aproveitaria ao autor o fato de ter recebido a medicação pleiteada em 01 de junho de 2011, meses após a morte de seu genitor, pois o medicamento em questão não constaria da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A esse respeito, aduziu que o Estado, em sua atividade normal, não se portaria como particular, porém sujeito a rígidas e inflexíveis normas que regem os procedimentos de compras, também aplicados aos medicamentos, o que justifica a demora ocorrida neste excepcionalíssimo caso.

Além disso, não teria sido demonstrada de forma cabal, a perfeita eficácia ou a utilidade do tratamento com a referida droga, ou seja, não se sabia a real probabilidade de cura do paciente se fosse submetido ao tratamento, mesmo porque tudo indicaria um avançado estágio de propagação da doença, dado o exíguo tempo transcorrido entre o diagnóstico e o óbito (cerca de cinco meses). Nesse contexto, o panorama apontaria para a inexistência denexo causal entre o evento morte, razão de pedir dos danos morais, e qualquer conduta ilícita do Estado, que se comportou estritamente dentro dos parâmetros normais exigidos pelas normas da Administração Pública. Ainda, ficou consignado que, apesar da tese veiculada na sentença, de aplicação da teoria da perda de uma chance – utilizada em indenizações decorrentes de erro médico –, a exigir que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, tal teoria não se aplicaria ao caso concreto, pois não teriam sido demonstrados os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

Vale mencionar que no acórdão se aborda a ausência denexo causal entre qualquer atividade do Estado e o dano consubstanciado no evento morte e não propriamente o dano consubstanciado na perda da chance de cura ou de sobrevida. De todo modo, o racional constante do acórdão também aponta como causa de exclusão da responsabilidade o fato de que não houve qualquer ilicitude ou descumprimento pelos entes públicos, bem como a caracterização de situação excepcionalíssima a justificar a demora, considerando que o medicamento não constava da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS, havendo todo um trâmite para obtenção de produtos pelo Estado. Nada obstante, pode-se também inferir a inexistência de elementos para aferir a seriedade da chance perdida, já que

consta menção no acórdão no sentido de não ter sido demonstrada a real probabilidade de cura do paciente se submetido ao tratamento.

No âmbito do TRF4 foram localizados dois precedentes em que se invocou a teoria da perda de uma chance em virtude de inércia da Administração e em questões associadas com a seara médica.

Na apelação cível nº 5011534-93.2013.4.04.7001, discutia-se indenização em face da União Federal, Estado do Paraná e Autarquia Municipal de Saúde de Londrina, uma vez que os réus não teriam atendido determinação judicial obtida em ação ordinária para fornecimento de marcapasso diafragmático em favor do filho dos autores, que padecia de doença congênita, desde o nascimento, que o impedia de respirar sem a ajuda de aparelho respirador e fazia com que vivesse preso a uma cama, em regime de internação domiciliar. Com o aparelho, seria possível ao paciente se locomover. Os réus não teriam atendido à determinação judicial no prazo estabelecido e o filho dos autores faleceu sem que fosse realizado o procedimento cirúrgico⁶⁰⁸.

Por ocasião do julgamento da apelação, o TRF4 afastou a indenização por dano moral imposta pela sentença, por entender que não haveria prova consistente sobre a culpa dos réus, no caso, negligência no cumprimento da decisão. Ademais, entendeu a turma julgadora que não deveria se confundir a conveniência ou não da cirurgia de implante do marcapasso, cuja decisão, inclusive, ficou a cargo do médico responsável, com a probabilidade de êxito do procedimento, suficiente a gerar a indenização pelo aludido dano moral.

No caso, sob a ótica da turma julgadora, não se vislumbraria a ocorrência de um prejuízo certo, de ordem moral, decorrente da não implantação do marcapasso diafragmático, pois havia uma tênue esperança de êxito. Isso porque, o procedimento em questão apenas recentemente estaria sendo realizado no Brasil e para ele nem sequer existiria um protocolo específico aprovado pelo SUS. O laudo médico apresentado nos autos não daria certeza do sucesso da implantação do marcapasso diafragmático em casos como o do paciente em questão, além de evidenciar que mais estudos seriam necessários para tal procedimento. O resultado bem-sucedido da cirurgia não era certo, sendo um juízo de mera possibilidade. Assim, restaria inviabilizada a aplicação da teoria da perda de uma chance, por sequer haver comprovação de, ao menos, 50% de êxito na cirurgia.

⁶⁰⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5011534-93.2013.4.04.7001*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 25.04.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Como se vê, o TRF4 se valeu de um percentual específico de chances de êxito para mensurar a possibilidade de aplicação da perda de uma chance, o que, em princípio, não encontra guarida na experiência brasileira de emprego da teoria. De toda forma, observa-se uma análise dos pressupostos gerais de responsabilidade civil, inclusive relacionados à culpa, bem como pressupostos específicos da teoria da perda de uma chance, como o caráter sério e real da chance perdida.

Ainda no âmbito do TRF4, tem-se a apelação cível nº 5023108-49.2014.4.04.7205, referente a uma ação de reparação por danos morais e materiais movida em face da União, Estado de Santa Catarina e Município de Blumenau. Em suma, alegou-se que o filho e irmão das autoras teria contraído doença rara após tomar vacina em posto da saúde municipal e o tratamento para tal doença seria complexo, exigindo dieta hipercalórica e sessões de fisioterapia e fonoaudiologia. A família não tinha condições financeiras para suportar o tratamento, tendo buscado auxílio em todas as esferas estatais. Mesmo com o ajuizamento de ação civil pública, as substâncias disponibilizadas não seriam suficientes, sendo às vezes fornecidas de forma equivocada, outras com validade ultrapassada e a dieta nunca teria sido feita a contento, vindo o filho e irmão das autoras a falecer às vésperas de completar 18 anos de idade. O recurso de apelação das autoras se limitou à questão do tratamento médico, sendo que as alegações atinentes à suposta causa da doença foram afastadas pela sentença, sem que tenha havido irresignação⁶⁰⁹.

A indenização fundamentada na perda de uma chance foi negada pelo TRF4, sob o entendimento de que a teoria somente poderia ser invocada quando a chance que se diz perdida for séria e viável, e não mera expectativa sem probabilidade de ocorrer. No caso, tal situação não estaria caracterizada, visto que o laudo pericial elaborado pela médica geneticista apontou que a doença em questão, síndrome de Leigh, não teria cura, e consistiria em uma doença degenerativa que teria levado a criança a óbito. Ainda, ao ser questionada se as interrupções no fornecimento dos componentes da dieta prescrita ao paciente prejudicaram o seu tratamento, respondeu a perita negativamente. Assim, não havia chance de cura, de modo que não deveria se cogitar de chance perdida. Ademais, a turma julgadora consignou que, em uma análise global de todo o processo de tratamento, com duração de vários anos, não se poderia considerar presente uma letargia, uma negligência ou desprezo para com a pessoa da criança, sua dignidade ou a de sua família. Houve falhas e erros, mas,

⁶⁰⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5023108-49.2014.4.04.7205*, Quarta Turma, Rel. Des. Eduardo Gomes Philippsen, julgado em 10.08.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

considerada a longa duração do tratamento e a quantidade de itens a serem fornecidos, seriam aceitáveis ou, ao menos, toleráveis.

O último precedente que envolve a aplicação da teoria da perda de uma chance de forma relacionada com a seara médica é a apelação cível nº 0004174-85.2012.4.05.8300, do TRF5⁶¹⁰. No caso, contudo, não se discutiu o fornecimento de medicamento e sim a disponibilização de leito em UTI.

Tratava-se de ação objetivando indenização por força de omissão de entes públicos, precisamente União Federal, Estado de Pernambuco e Município de Recife, que teria resultado no falecimento da genitora da autora. Segundo a autora, a sua genitora, pessoa idosa, com 88 anos, sofreu um Acidente Vascular Cerebral - AVC, em 22 de setembro de 2010, tendo sido internada no Hospital da Restauração, em Recife. Por força de recomendação médica, houve a solicitação para internação da paciente em leito de UTI, porém isso não ocorreu de forma voluntária. Foi então obtida decisão judicial em 07 de outubro de 2010, a qual, todavia, não foi cumprida imediatamente, tendo ocorrido um atraso injustificado no cumprimento da ordem, de sorte que a internação somente ocorreu em 14 de outubro de 2010, data do falecimento da paciente.

O TRF5 concedeu a indenização pleiteada pela autora. Consignou que a sentença de primeiro grau não reconheceu que o falecimento da mãe da autora teria ocorrido em decorrência da falta de fornecimento de leito de UTI, pois não haveria prova de que a morte teria sido evitada se disponibilizado o leito a partir do momento em que foi transferida para o Hospital da Restauração. Para fundamentar o reconhecimento da responsabilidade, a sentença considerou que a falta do atendimento médico-hospitalar apropriado "suplantou a possibilidade de que tivesse a chance de superar o problema de saúde e sobrevivido". O fundamento da sentença residiria, portanto, na responsabilidade na qual se indeniza a própria chance perdida.

Feito tal esclarecimento, a turma julgadora concordou com o teor da sentença, asseverando que, não obstante a gravidade do estado de saúde da mãe da autora, que já chegou ao Hospital da Restauração em estado de inconsciência, a conduta omissiva dos entes públicos, especialmente no tocante ao remanejamento da paciente para hospital da rede privada em razão da falta de vagas em UTI, frustrou legítima expectativa de atendimento de acordo com a recomendação médica. Embora houvesse relato de que "o prognóstico da

⁶¹⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0004174-85.2012.4.05.8300*, Quarta Turma, Rel. Des. Manuel Maia, julgado em 06.10.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

paciente era grave e, mesmo na UTI, poderia ter evoluído para o óbito", entendeu-se que não se poderia perder de vista que a possibilidade de alguma recuperação da paciente não foi descartada, não existindo prova nos autos que descartasse um "processo de melhor convalescência". Assim, o SUS, mesmo com a determinação do Estado-Juiz, teria privado a mãe da autora de receber um tratamento digno, recomendado dentro das possibilidades materiais do serviço público de saúde e que talvez pudesse lhe garantir uma sobrevivência, devendo ser reconhecido o dever de indenizar pelos entes que deixaram de cumprir a liminar.

Não houve, no acórdão, uma análise detalhada a respeito da seriedade da chance perdida, porém a lógica que permeou a sentença e o acórdão seria no sentido de que não foi descartada a possibilidade de alguma recuperação da paciente, não existindo prova que descartasse um "processo de melhor convalescência", o que seria suficiente para embasar a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Cumprido salientar que houve uma redução da indenização no acórdão, mas não há considerações expressas que permitam concluir que esta redução decorreu da aplicação das diretrizes de quantificação da teoria da perda de uma chance. Havia sido estabelecido o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e houve redução para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Para justificar essa redução, extrai-se do acórdão que o valor de indenização pela chance perdida deveria ser mitigado, especialmente considerando que houve, ainda que tardiamente, a disponibilização da vaga, e que, no período entre a entrada no Hospital da Restauração e o óbito, teria ocorrido uma melhora no estado de saúde a justificar a desnecessidade do remanejamento para a UTI.

Finalmente, o último precedente que convém ser citado em relação à inércia da Administração envolve a adoção de providências administrativas.

Na apelação cível nº 0014040-98.2009.4.01.3300, processada perante o TRF1, discutiu-se a exigência de conduta ativa da Administração Pública, bem como reparação de danos decorrentes de inércia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA em processo administrativo de autorização para desmatamento⁶¹¹. O autor teria protocolado pedido de autorização para desmatamento e recolhido taxa de vistoria, mas, passados 13 anos, não teria havido vistoria, o que o impediria de explorar economicamente sua propriedade. Em virtude disso, conquanto tivesse

⁶¹¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0014040-98.2009.4.01.3300*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 31.07.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

elaborado projeto para criação de gado bovino e exploração do material lenhoso, não pôde concretizar proposta de financiamento junto ao Banco do Nordeste, por falta da aludida autorização de desmatamento. A demora da Administração teria então lhe causado prejuízos, os quais deveriam ser indenizados.

Em sede de tutela antecipada, o autor pediu que o IBAMA fosse obrigado a dar prosseguimento ao processo administrativo e, ao final, pediu a ratificação da tutela antecipada e a condenação do IBAMA a indenizá-lo “pelos danos que lhe causaram com a sua inércia e pelos lucros que deixou de obter na exploração dos seus imóveis rurais”.

Segundo se extrai do relatório constante no acórdão, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos emergentes e improcedente o pedido de indenização por lucros cessantes. O TRF1, por sua vez, concluiu pela existência de culpa concorrente entre a Administração e o autor, ao afirmar que não seria razoável imputar exclusivamente à Administração a responsabilidade pela demora de 13 anos na tramitação de um pedido de autorização para desmatamento. Ao final, confirmou a indenização por danos emergentes, para devolução da taxa de vistoria paga, uma vez que não foi realizada pelo IBAMA, com adequação da base de cálculo dos juros moratórios, porém manteve a rejeição da indenização por lucros cessantes.

A menção explícita à perda da chance somente se encontra na sentença, quando assevera que o autor não teria trazido documentos que pudessem comprovar a existência concreta e palpável de negócios frustrados em virtude da não realização do desmatamento pleiteado, sendo que a prova oral não seria suficiente para conferir o grau de culpabilidade requerido para a demonstração da existência da perda de chance. Ao que parece, portanto, a menção associa a perda da chance ao pedido de lucros cessantes do autor.

No âmbito do acórdão propriamente dito, não foi abordada a perda da chance, mas apenas indenização por lucros cessantes. Sobre o contrato de financiamento com Banco do Nordeste do Brasil, do qual o autor supostamente obteria os recursos necessários para implementar, em suas propriedades, criação de gado bovino, cultura de soja e ainda exploração do material lenhoso, consignou-se que não haveria nada nos autos que provasse que tenha sido frustrado por falta da autorização requerida ao IBAMA. Além disso, não haveria nos autos prova de que o autor teria entabulado outra negociação de financiamento. Inexistiria, pois, nexos de causalidade entre a demora de prestação de serviços por parte do IBAMA e o dano consistente em frustração de financiamento junto a instituições financeiras. No mais, ainda que o autor dispusesse de recursos próprios para empreender as atividades

agropastoris, não haveria como se falar em danos indenizáveis. Isso porque, a obtenção da autorização de desmatamento seria apenas uma das fases do processo de produção e, mesmo que a área estivesse desmatada, isso não implicaria êxito da atividade produtiva, já que a exploração agropecuária está sujeita a riscos, assim como qualquer outra atividade produtiva.

Em complementação, o TRF1 consignou, no acórdão, que os lucros cessantes são ganhos futuros, mas certos, que o credor haveria de perceber não fosse a conduta lesiva de outrem. Nessa toada, lucros cessantes seriam incompatíveis com a eventualidade. O fato do autor ter se insurgido contra a alegada demora do IBAMA em decidir o pedido de autorização de desmatamento somente após o transcurso de 13 anos da protocolização esmaeceria o alegado intento firme de explorar comercialmente as propriedades rurais. Se considerado que o intento se revela com o ajuizamento da ação, ao IBAMA não poderia ser atribuída responsabilidade pelo suposto dano, porquanto o processo administrativo teve andamento concomitante ao ajuizamento da ação.

O que se denota é que não houve abordagem específica sobre a perda da chance, inclusive em razão do modo de formulação do pedido pelo autor, com enquadramento como lucros cessantes, e em virtude de outras especificidades do caso. De toda forma, trata-se de exemplo interessante de hipótese em que se poderia cogitar a aplicação da perda de uma chance, caso o autor tivesse sido mais diligente na condução do processo administrativo, bem como se tivesse elementos efetivos que demonstrassem uma perspectiva concreta de implementação de projeto na área, uma chance séria e real de lucratividade a partir do projeto e que a frustração teria decorrido da demora por parte da Administração. Ainda assim, é certo que há parâmetros de prazos para apreciação de atos pela Administração Pública e, via de regra, não são prazos peremptórios. Portanto, tal análise também precisaria ser empreendida, além de uma possível verificação quanto à razoabilidade do prazo imposto.

Os precedentes abordados evidenciam a possibilidade, em tese, de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de inércia por parte da Administração para cumprimento de decisões judiciais e adoção de determinadas providências na esfera administrativa. Pode-se concluir que caberá uma avaliação específica e cuidadosa em relação ao preenchimento dos pressupostos de responsabilização pertinentes, à luz de cada caso concreto, para que se decida pelo efetivo cabimento da indenização pela perda de chance. Muitos dos precedentes evidenciam, inclusive, uma análise que perpassa o elemento subjetivo, com a abordagem de aspectos relacionados à culpa ou, mais genericamente, antijuridicidade da conduta estatal.

3.5.6. Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Dentro do campo amostral selecionado, foram localizados 25 precedentes em que a matéria de fundo diz respeito à realização de prova, curso ou ingresso do mercado de trabalho. Ressalta-se que, considerando a classificação de hipóteses de enquadramento estabelecida e com vistas a facilitar a análise dos precedentes relacionados à teoria da perda de uma chance, foram excluídos dessa categoria aqueles julgados que, embora envolvam frustração pela não realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho, estão especificamente relacionados a outras categorias já abordadas, como acidentes decorrentes de más condições em rodovia, extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência ou aspectos relacionados à função pública, como concursos públicos.

Muitos dos precedentes não abordam especificamente a aplicabilidade da responsabilidade civil do Estado, enquanto outros trazem expressa menção ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁶¹². Nota-se, porém, que há precedente do STF que admite a aplicação da responsabilidade civil do Estado em situação de indeferimento de pedido de registro de matrícula na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM⁶¹³. Seguindo a lógica desse precedente do STF, ficaria reforçada a aplicabilidade da responsabilidade civil estatal para a grande maioria dos precedentes ora em análise, havendo apenas alguns poucos que trazem situação fática com contornos mais específicos e que serão igualmente objeto de avaliação.

Ao se debruçar sobre os 25 precedentes envolvendo a realização de prova, curso ou ingresso do mercado de trabalho, nota-se que a indenização pela perda de uma chance foi

⁶¹²É o caso, por exemplo, dos seguintes precedentes: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0030052-53.2013.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcello Ferreira de Souza Granado, julgado em 30.06.2016; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0004190-84.2007.4.02.5103*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Antonio Henrique Correa da Silva, julgado em 15.06.2015. Disponíveis em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000961-86.2013.4.03.6103*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 22.11.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003909-65.2015.4.04.7121*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 04.09.2018, *cit.*

⁶¹³“Recurso Extraordinário. 2. Indeferimento de pedido de registro de matrícula pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), ante a ausência de requisito exigido para tal ato. 3. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. 4. Dano material. Ausência de elementos seguros para configuração do nexos de causalidade. 5. Dano moral. Inexistência do nexos de causalidade entre o ato do agente público - negativa de matrícula - e o abalo psíquico supostamente suportado pela recorrente. 6. O indeferimento do pedido de matrícula não implica, como decorrência natural, a contratação de empréstimo junto à Caixa Econômica para custear os estudos em instituição de ensino superior privada. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 364.631 – RS*. Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 29.08.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>).

concedida em oito oportunidades, especialmente associada a uma frustração moral. Em meio a esses oito precedentes em que houve a concessão da indenização reclamada, apenas em um precedente se percebe uma avaliação percuciente sobre o caráter sério e real da chance perdida e, bem assim, uma aplicação rigorosa da teoria em questão.

Já nos casos em que a indenização pela perda de uma chance foi negada, pode-se perceber uma análise mais detida sobre o caráter sério e real da chance perdida, sem prejuízo do afastamento da indenização por outras razões como ausência de ilegalidade na conduta administrativa ou não demonstração do nexo causal.

Em relação aos oito casos de deferimento da indenização pela perda de uma chance, quatro acórdãos do TRF1 abordam situação idêntica, notadamente o cancelamento de curso antes do início das aulas (apelações cíveis nº 0001183-33.2004.4.01.3902, 0001895-86.2005.4.01.3902, 0001180-78.2004.4.01.3902 e 0001179-93.2004.4.01.3902⁶¹⁴).

Os acórdãos mencionam que o Centro Federal de Educação Tecnológica do Pará - CEFET/PA e o Município de Itaituba firmaram convênio prevendo a implantação de Programa Especial de Mútua Cooperação Técnico-Educacional e Cultural nos Campos de Educação, Pesquisa, Extensão e Financeiro, do qual resultou a realização de concursos vestibulares para cursos superiores, sendo que os acórdãos versam sobre os cursos de Tecnologia em Saúde Pública e Tecnologia em Informática. Os autores das ações foram aprovados nos certames, porém os cursos foram cancelados. O CEFET/PA imputa a culpa ao Município de Itaituba, que teria descumprido suas obrigações contratuais no que concerne à infraestrutura básica, material para desenvolvimento dos cursos, salas de aula, equipamentos, laboratórios, biblioteca, transporte e diárias para manutenção dos professores.

Dentro desse contexto de aprovação em concurso vestibular e cancelamento do curso, os autores teriam sofrido com a frustração da expectativa de ingresso no ensino superior público e gratuito. Assim, o TRF1 entendeu que os casos se amoldariam à teoria da perda de uma chance.

⁶¹⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001183-33.2004.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 20.11.2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001895-86.2005.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 06.11.2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001180-78.2004.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses, julgado em 26.06.2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1, *Apelação Cível nº 0001179-93.2004.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 16.06.2014. Disponíveis em: <https://portal.trf1.jus.br>.

A frustração decorrente do cancelamento do curso causaria considerável abalo psíquico, na medida em que depositadas esperanças de, mediante a participação em curso de ensino superior, conquistar emprego mais bem remunerado, o que refletiria nas condições de vida de toda a família.

Como se denota, a teoria da perda da chance foi aplicada de forma associada ao dano moral, sendo expressamente ressaltado o abalo psíquico decorrente do cancelamento dos cursos em questão. Nessa toada, a quantificação da indenização – fixada em R\$ 12.000,00 (doze mil reais) nos quatro precedentes -, não observou os parâmetros associados à teoria da perda de uma chance. Não se buscou qualquer referência de quanto os autores poderiam eventualmente auferir após a conclusão do curso, caso conseguissem uma colocação no mercado de trabalho. A indenização foi concedida tendo como premissa a punição pelo cancelamento indevido do curso e, por outro lado, que os candidatos seriam compensados pelo fato de não terem participado do curso almejado.

Em razão da associação da perda da chance ao dano moral, não houve uma abordagem quanto às chances efetivas dos autores mudarem de vida e conseguirem um emprego mais bem remunerado em função dos cursos cancelados. Concluiu-se que o mero cancelamento gerou abalo psíquico, pois frustrou a expectativa de melhora das condições de vida dos candidatos e de suas famílias.

Em outros três precedentes em que houve a concessão de indenização pela perda de uma chance houve também associação a um dano moral ou então aplicação da teoria sem grande rigor técnico, especialmente na análise da seriedade da chance perdida.

Em outro precedente do TRF1, a apelação cível nº 0006340-15.2012.4.01.3802, a indenização pela perda de uma chance foi invocada em situação envolvendo o cancelamento de curso durante sua consecução, devido à ausência de autorização do Ministério da Educação para funcionamento⁶¹⁵.

O TRF1 entendeu que a hipótese discutida se enquadraria perfeitamente à teoria da perda de uma chance, já que a candidata foi devidamente aprovada em concurso vestibular e teve a possibilidade de concluir ensino superior público e gratuito obstada ante o cancelamento do curso em questão, durante o seu transcurso. A indenização foi dada a título de danos morais, reconhecendo-se o abalo psíquico decorrente do cancelamento do curso.

⁶¹⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0006340-15.2012.4.01.3802*, Sexta Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses, julgado em 26.06.2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

No entanto, não foi concedida indenização por danos materiais na modalidade lucros cessantes, pois não havia certeza de que a autora concluiria o curso com êxito e, menos ainda, de que depois de formada de fato se tornaria professora de Educação Básica, nem quanto auferiria se assim o fosse.

Diante dessas nuances, vê-se que a lógica aplicada é similar àquela constante nos quatro precedentes citados anteriormente. A perda da chance foi suscitada para justificar a reparação por dano moral por se entender que o cancelamento do curso gera abalo psíquico, na medida em que frustra a expectativa de melhora das condições de vida do candidato e de sua família. Não houve, contudo, uma análise do caráter sério e real da chance perdida.

Ao tratar dos danos materiais, não foi aventada a perda da chance, tendo a discussão ficado restrita aos lucros cessantes, nos termos anteriormente expostos.

Com relação à indenização por danos morais pela perda de uma chance, após ser enfatizado que a autora já tinha completado dois períodos completos, foi fixado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob a premissa de que seria um valor compatível com a sanção e a reparação. Com tal condenação, a ré da demanda, Universidade Federal do Triângulo Mineiro - UFTM, seria punida pela ausência de informação prévia quanto à precariedade do curso, seu cancelamento e a não resolução da situação acadêmica da autora à vista de tal fato, ao passo que a autora seria compensada pelo fato de não ter concluído o curso almejado.

Já em precedente do TRF3, a apelação cível nº 0000961-86.2013.4.03.6103, o pano de fundo envolvia não mais a realização ou conclusão de curso, mas sim a realização de prova, notadamente o Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM⁶¹⁶. No caso, o autor foi excluído devido ao alegado uso de aparelho eletrônico proibido durante a realização do exame. Discutiu-se ter sido indevida a alegação de violação ao edital, pois o autor teria postado foto do seu Cartão de Confirmação da Inscrição em rede social às 12h49 e os envelopes com a prova foram abertos às 12h55, ao passo que às 13h00 os portões de acesso aos locais de prova foram fechados. Assim, no horário da postagem, o autor poderia estar em área externa ou em área interna, mas não na sala. O edital, por seu turno, vedava "qualquer receptor ou transmissor de dados e mensagens" apenas durante a realização do exame.

O TRF3 acolheu parcialmente o recurso de apelação somente para ajustar critérios de atualização, mantendo a sentença de primeiro grau no tocante à concessão de indenização

⁶¹⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000961-86.2013.4.03.6103*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 22.11.2017, *cit.*

por danos morais e indenização pela perda de uma chance. A turma julgadora entendeu que houve precipitação por parte dos responsáveis pela aplicação da prova. No louvável intento de coibir a prática de fraudes, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP realizou monitoramento das redes sociais da internet e concluiu, equivocadamente, que o autor teria violado disposição do edital nesse sentido.

Consignou, ademais, que a jurisprudência admite a responsabilização civil com fundamento na teoria da perda de uma chance, diante da constatação de real possibilidade de êxito, não se tratando, portanto, de lucros cessantes, mas de real possibilidade de ganho ou vantagem, que se mostra inexequível por ato ilícito de outrem. No caso, a indenização foi mantida a esse título por se entender que não se trataria de ressarcir o autor por lucros cessantes, hipótese que implicaria a inviabilização de determinada conduta fadada ao êxito. No entanto, seria de notório conhecimento o fato de ser anual a periodicidade do ENEM, de modo que o autor, mesmo impedido de realizar o exame em 2012, poderia normalmente realizá-lo no ano seguinte, verificando-se atraso de um ano em sua trajetória acadêmica e profissional, em razão do ato praticado por agente do INEP.

Embora o acórdão mencione que a aplicação da teoria da perda de uma chance depende de real possibilidade de ganho ou vantagem, a indenização arbitrada em sentença com fundamento na teoria foi mantida sem uma aparente análise sobre o histórico acadêmico do autor ou as chances relacionadas ao resultado da prova propriamente dito. A premissa considerada foi a de que a prova seria anual e, nessa toada, tendo o autor sido obstado de prestar o exame, verificar-se-ia atraso de um ano em sua trajetória acadêmica e profissional.

Ademais, conquanto o acórdão mencione que, na perda da chance, a aquilatação do montante a ser arbitrado a título de indenização é mais dificultosa, não se denota avaliação detida a respeito. O valor de indenização pela perda de uma chance fixado em sentença foi mantido, havendo apenas discussão sobre critérios de atualização em segundo grau. O acórdão não expõe o racional da sentença para o arbitramento do valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), portanto não é possível inferir se houve observância aos preceitos de quantificação aplicáveis.

Por fim, vale mencionar que tal acórdão do TRF3 menciona debates que situam o dano decorrente da perda de uma chance em categoria intermediária, não se tratando propriamente de dano moral, haja vista estar relacionado à frustração de expectativa de obtenção de resultado material, ao passo que este último não necessariamente se materializaria caso inexistisse óbice ao cumprimento do objetivo alcançado. Assim, em

princípio, a indenização a título de perda de uma chance não foi concedida, *in casu*, de forma associada ao dano moral.

Em meio a essa seleção de acórdãos em que foi concedida a indenização pela perda de uma chance, tem-se também a apelação cível nº 0030052-53.2013.4.02.5101, do TRF2⁶¹⁷. No caso, a ação judicial objetivava a realização de inscrição e matrícula do autor em instituição de ensino superior norte-americana, nos termos do edital do programa de bolsas “Graduação Sanduíche” ou, subsidiariamente, a condenação dos réus, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES e CNPq, ao pagamento de verba destinada ao custeio de curso equivalente ao pretendido, no país de reopção, bem como bolsa para aprendizagem da língua estrangeira por seis meses, além de indenização por danos morais. O pedido foi indeferido sob o argumento de que o curso de Design não foi autorizado pelo Comitê Executivo do Programa, mas, tão somente, o curso de Desenho Industrial. No entanto, aduziu o autor que se trataria do mesmo curso, tendo havido apenas alteração de nome por determinação do Ministério da Educação.

No âmbito do TRF2, foi mantida a sentença de primeiro grau que concedeu a indenização pretendida pelo autor. Embora haja menção à perda da chance na ementa, o acórdão não aprofunda essa análise.

A turma julgadora acolheu como razões de decidir os fundamentos da sentença, que fazem alusão à teoria da perda de uma chance na fixação dos danos morais. A sentença de primeiro grau consignou que, no caso concreto, seria mais apropriado falar em perda de uma chance como critério de mensuração do dano causado, em vista de posicionamento do STJ. Aduziu que a natureza jurídica do dano provocado pela perda de uma chance seria extrapatrimonial, tal como no caso em referência, sendo, de toda forma, indenizável.

Já o acórdão do TRF2 trata, na realidade, da ocorrência de dano moral presumido. Nele se afirmou que, conquanto não fosse possível afirmar que a bolsa de estudos seria, certamente, do autor, não haveria como eximir os réus de sua responsabilidade, em sendo provado, no caso, a conduta lesiva da Administração, o resultado danoso e o nexo causal entre um e outro, de modo que deveria ser reconhecida a obrigação estatal de indenizar. Destacou que a graduação-sanduíche no exterior seria uma oportunidade única que possibilitaria ao autor ampliar seus conhecimentos, trazendo uma maior qualificação

⁶¹⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0030052-53.2013.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcello Ferreira de Souza Granado, julgado em 30.06.2016, *cit.*

acadêmica, experiência internacional, valorização em seu currículo com reflexos diretos na sua vida profissional.

No que tange ao valor da indenização, manteve-se no acórdão aquele arbitrado pela sentença, de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Embora a sentença mencione a perda da chance como critério para mensuração do dano, aborda parâmetros de fixação de danos morais, como o caráter compensatório e punitivo. Nesse ponto, registra que a indenização deve permitir reconforto à vítima e penalizar o causador do dano como medida para se evitar a reincidência, reputando o valor arbitrado como adequado diante de parâmetros jurisprudenciais comumente adotados para a quantificação do dano moral e circunstâncias do caso concreto. Portanto, não constam referências expressas de adoção dos parâmetros de quantificação associados à teoria da perda de uma chance.

Finalmente, o único precedente em que se entende ter havido uma análise mais detida sobre o caráter sério e real da chance perdida consiste na apelação cível nº 5049010-96.2012.4.04.7100, do TRF4. Tratou-se inicialmente de medida cautelar buscando provimento jurisdicional liminar que determinasse ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre - HCPA, à Fundação Médica do Rio Grande do Sul e à Officium Assessoria, Seleção e Habilitação - empresa contratada para a realização de processo seletivo de residência médica - que se abstivessem de homologar e publicar o resultado do "Processo Seletivo Público de Médicos Residentes/2009 para R1 de Especialidades Médicas e para Residência em Áreas de Atuação" até o julgamento definitivo da lide, em razão de irregularidades na avaliação do currículo do autor para, ao final, ter reconhecido o direito a frequentar o programa de residência médica. A liminar foi deferida, mas posteriormente reformada, tendo em vista a necessidade da contratação de médico cirurgião. Após determinação do Juízo, o autor emendou a petição inicial, requerendo a conversão da medida cautelar em ação de rito ordinário, bem como incluiu pedido de indenização por perdas e danos⁶¹⁸.

O TRF4 manteve a sentença de primeiro grau no tocante ao pedido indenizatório. Nesse particular, consignou que os critérios definidos no edital de regência do certame não foram observados na análise do currículo do autor. De outra parte, registrou que os recursos administrativos interpostos pelo demandante foram julgados improcedentes e não foi declinada motivação para o indeferimento. Sem a explicitação dos motivos, tornar-se-ia

⁶¹⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5049010-96.2012.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 18.08.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

extremamente difícil aferir a correção daquilo que foi decidido. A falta de motivação no ato discricionário abriria a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois somente pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente. De todo modo, não seria mais possível a prestação da tutela específica inicialmente pleiteada, tendo em vista que a residência médica já teria se encerrado havia quase dois anos. Portanto, seria o caso de converter o pedido em perdas e danos.

Na hipótese dos autos, entendeu, portanto, que os atos praticados pelos réus não seguiram os critérios editalícios pertinentes, motivo pelo qual se imporia o reconhecimento da perda de uma chance relativa a não participação do autor no programa de residência médica de cirurgia do aparelho digestivo, ofertado pelo HCPA para o ano de 2009. O acórdão afirmou especificamente que, em concurso público, a atuação do Poder Judiciário está adstrita à apreciação da legalidade das normas instituídas no edital ou do descumprimento deste pela comissão ou banca examinadora, sendo que seria justamente essa a hipótese dos autos.

Vale ressaltar que, para fins de aferição da seriedade da chance perdida, a sentença de primeiro grau procedeu com uma análise detalhada do currículo do autor à luz do edital, apontando todos os aspectos que deveriam ter sido considerados pela banca.

No que se refere ao montante a título de indenização, foi mantido no TRF4 o valor fixado em sentença, na qual apenas se afirmou que o montante equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) estaria de acordo com as nuances do caso concreto, revelando-se como suficiente e adequado para bem reparar os danos sofridos pela perda de uma chance, sobretudo porque a equivocada aferição do currículo do autor o afastou da especialização médica para a qual tinha nota mais do que suficiente. No entanto, não há detalhamento sobre aspectos de quantificação próprios da teoria da perda da chance.

Nos 17 precedentes em que a indenização pela perda de uma chance foi negada, as razões adotadas para rejeição são variadas, perpassando a ausência de requisitos gerais da responsabilidade civil e/ou requisitos específicos da teoria da perda de uma chance, como o caráter real e sério da chance perdida. Passa-se a explorar alguns desses acórdãos.

A apelação cível nº 0000851-41.2013.4.01.3000, do TRF1, é decorrente de demanda em que o autor objetivava sua matrícula no curso de Ciências Sociais da Universidade Federal do Acre – UFAC ou a reserva de vaga no referido curso e, subsidiariamente,

indenização pela perda de uma chance⁶¹⁹. A matrícula não foi deferida pela ausência de apresentação de certificado de conclusão do ensino médio.

O acórdão do TRF1 confirmou a sentença de primeiro grau, transcrevendo-a integralmente. Nesse sentido, entendeu não estar caracterizada a hipótese da perda de uma chance, uma vez que as expectativas do autor em ser matriculado no curso vindicado não foram frustradas por ato ilícito imputável à UFAC, ré na demanda. Afirmou que não haveria qualquer ilegalidade a ser reparada, assim como inexistiria direito à indenização. Teria sido o autor quem teria dado causa à negativa de sua matrícula por não apresentar o certificado de conclusão do ensino médio ou, pelo menos, declaração de conclusão de curso.

Isso se deu pelo fato de que a Resolução do Estado do Acre que teria conferido direito à emissão do certificado seria do dia 21 de janeiro de 2013 e o prazo para matrícula se encerrou no dia seguinte, em 22 de janeiro de 2013. Portanto, houve mera falta de tempo para que os trâmites normais do procedimento de certificação ocorressem, sem nenhum evento externo ou interno que influenciasse para tanto. Apontou-se, ademais, que seria duvidosa a própria legalidade do procedimento adotado para a aceleração da conclusão do ensino médio do autor.

A ausência de qualquer irregularidade ou ilicitude na conduta da parte ré foi também utilizada para afastar a indenização na apelação cível nº 0012425-16.2011.4.02.5001, do TRF2⁶²⁰. No caso, cingia-se a controvérsia ao exame da possibilidade de conceder tutela jurisdicional definitiva que assegurasse à autora a admissão no sistema de inclusão social da UFES, para o vestibular 2012, a fim de que concorresse a uma das vagas reservadas aos cotistas do mencionado programa. Em seu recurso de apelação contra a sentença de improcedência, aduziu a autora que tendo "perdido a chance de participar dentro do sistema de cotas, deve ser indenizada pela perda da chance, já que esta não foi judicialmente reconhecida enquanto lhe seria útil".

No acórdão, o TRF2, confirmando a sentença, consignou que inexistiu qualquer irregularidade por parte da UFES no indeferimento do pedido de participação da autora no processo seletivo objetivando ingressar na universidade através das cotas sociais, considerando que a autora não cursou todo o ensino fundamental na rede pública, como

⁶¹⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000851-41.2013.4.01.3000*, Sexta Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, julgado em 29.01.2018. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

⁶²⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0012425-16.2011.4.02.5001*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lucia Lima, julgado em 17.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

exigia a norma aplicável. Assim, deveria ser mantida incólume a sentença. Quanto ao pedido de indenização pela perda de uma chance, deveria ser indeferido, pois a autora não declinou os fundamentos de fato e de direito que embasariam sua pretensão.

Na apelação cível nº 0014414-25.2010.4.05.8100, do TRF5, a inexistência de ilicitude na conduta da Administração foi novamente suscitada para afastar o cabimento do pleito indenizatório⁶²¹. Tratava-se de ação ordinária de indenização por danos morais em que o autor, em síntese, alegava que a realização viciosa do ENEM, através da inversão do cabeçalho do cartão de respostas, causou-lhe a perda de diversas questões, situação que o privou de conquistar uma vaga na universidade, motivo pelo qual solicitou a condenação dos réus (INEP, União Federal; Fundação Cesgranrio; FUB) ao pagamento de indenização por danos morais com fundamento na teoria da perda de uma chance.

O TRF5 negou a indenização pretendida. Consignou que havia precedente que autorizava alguns candidatos a refazerem o ENEM naquele ano de 2010, porém não teria sido demonstrado, no caso concreto, que o autor se encontrava em situação de igualdade aos demais candidatos que realmente tiveram prejuízos em razão da existência de defeitos na prova, uma vez que, além de apenas o cartão de respostas ser personalizado, não houve qualquer reclamação constante na “ata de sala” em que o autor realizou a sua prova.

Não havendo comprovação de que o autor teve o seu desempenho prejudicado no exame por erros de impressão no cartão de respostas, inexistiria ilicitude na conduta da Administração Pública ao não permitir que o candidato realizasse nova prova, sob pena de infringir o princípio da isonomia caso assim tivesse procedido, razão pela qual seria descabido o pedido de danos morais com fundamento na perda de uma chance, já que a expectativa do autor em se submeter a uma nova prova não seria legítima.

Além disso, consignou que o STJ possui o entendimento de que a teoria da perda de uma chance só se aplica “aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”. No entanto, a turma julgadora não aborda em que medida a chance alegadamente perdida não ostentaria o caráter de chance séria e real, em vista das particularidades no caso concreto.

⁶²¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0014414-25.2010.4.05.8100*, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Wildo, julgado em 18.12.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

Ainda no plano dos casos em que a indenização pela perda de uma chance foi afastada devido à ausência de requisitos gerais da responsabilidade civil, com alguma menção mais específica relacionada à teoria da perda de uma chance, pode-se citar a apelação cível nº 0013489-52.2011.4.02.5101, do TRF2⁶²². Na referida demanda, o autor objetivava, em síntese, a sua habilitação e inscrição no processo de seleção dos programas governamentais Programa Universidade para Todos – PROUNI e Sistema de Seleção Unificada – SISU ou, subsidiariamente, a condenação dos réus, União Federal e INEP, ao pagamento das despesas de curso superior em outra instituição fora de tais programas ou, ainda, que fossem condenados em danos materiais equivalentes a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), pela teoria da perda de uma chance. Sustentou o autor que, em razão de falha no sistema do sítio eletrônico do INEP, não teria conseguido ter acesso às suas notas e classificação no ENEM, ficando impossibilitado de se inscrever nos programas governamentais PROUNI e SISU.

O acórdão do TRF2, em linha com a sentença, entendeu que o autor não trouxe documentos hábeis a comprovar o fato constitutivo de seu direito no tocante à falha no acesso ao sítio eletrônico do INEP para obtenção de suas senhas e, conseqüentemente, de suas notas e classificação no ENEM. Aduz que inexistiriam elementos de prova aptos a demonstrar a ocorrência de dano efetivo ou existência de nexo de causalidade entre a falha no acesso ao sítio eletrônico do INEP para a obtenção de senhas e notas do autor e a alegada impossibilidade de inscrição nos programas governamentais PROUNI e SISU. Não bastasse isso, não haveria como aferir se as notas obtidas no ENEM de 2010 seriam suficientes para sua aprovação nos aludidos programas governamentais. Portanto, não seria cabível nenhuma indenização.

Pode-se também citar a apelação cível nº 0014021-03.2010.4.05.8100, do TRF5, relacionada à ação objetivando a realização do ENEM ou indenização em razão de problema com a inscrição no exame⁶²³. O autor relata que formulou requerimento de inscrição para o ENEM de 2010, não logrando a emissão regular do documento de inscrição em razão de problemas na identificação do seu CPF. Portanto, o autor sequer teve a sua inscrição no certame confirmada, e, por conseguinte, não pôde participar das provas.

A sentença de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução de mérito, em relação ao pedido de realização da prova, por entender não estarem previstas as condições

⁶²²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0013489-52.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 18.07.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁶²³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0014021-03.2010.4.05.8100*, Primeira Turma, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgado em 24.10.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

da ação nesse tocante, bem como reconheceu a ilegitimidade passiva da FUB e, no mais, julgou improcedente o pleito indenizatório. Em recurso de apelação, pugna o autor pela reforma da sentença para, em síntese, condenar os réus - FUB, INEP e Fundação Cesgranrio - ao pagamento de indenização por danos morais com base na teoria da perda de uma chance.

O acórdão manteve a sentença de primeiro grau e adotou seus fundamentos como razões de decidir. Segundo a sentença, a partir do acervo probatório dos autos, inexisteriam elementos que evidenciassem a conduta ilícita ou negligente dos réus, seja por ação ou omissão, a ensejar o dever de indenizar, nem tampouco pressupostos indispensáveis da responsabilidade civil.

Quanto à indenização, apontou que a não efetivação da inscrição em certame, decorrente de problemas no sítio oficial do ENEM, por si só, não tipificaria grave ofensa à honra do autor, da qual pudesse decorrer dano moral. No caso, embora o autor não tenha alcançado a participação no certame, o que ter-lhe-ia causado certo aborrecimento, a pretensão autoral fundada na perda de uma chance estaria edificada em meras conjecturas, a partir de suposta possibilidade de ingressar em uma faculdade, o que demonstra a mera perspectiva de um dano, não sendo, pois, aplicável a teoria da perda de uma chance a caracterizar dano moral indenizável, que exige a probabilidade. O autor, portanto, não se desincumbiu de demonstrar os fatos constitutivos do direito alegado, não havendo que se falar em obrigação de indenizar. Por fim, a turma julgadora complementou aduzindo que, ainda que se considerasse ter havido erro na efetivação da inscrição relacionado ao CPF do autor, tal fato, além de não restar provado nos autos, não seria afeto à responsabilidade do INEP.

No acórdão referente à apelação cível nº 5003909-65.2015.4.04.7121, do TRF4, foram suscitadas como razões para indeferimento da indenização a ausência de nexo de causalidade e impossibilidade de se exigir conduta diversa da parte ré, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS⁶²⁴.

No caso, o autor postulava o pagamento de indenização por danos morais e materiais referentes à perda de uma chance, no valor de um curso universitário, somado ao valor da inscrição no concurso vestibular. O autor alegou que teve um mal súbito enquanto realizava a prova do concurso vestibular e não teria sido atendido adequadamente, pois não havia equipe de primeiros socorros, nem ambulância no local. Acionada a Brigada Militar, foi atendido de maneira brusca e, quando recobrou sua consciência na ambulância, manifestou

⁶²⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003909-65.2015.4.04.7121*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 04.09.2018, *cit.*

sua vontade de retornar à sala e finalizar a prova, o que lhe foi negado. Sustentou que sua exclusão sumária do certame resultou em frustração do sonho de obter uma vaga no curso de Letras Bacharelado, além de outros prejuízos, já que frequentou cursinho preparatório e teve que passar por diversas consultas médicas para recuperação de seu ombro, lesionado no atendimento, e de sua saúde mental. Defendeu que estaria comprovada a chance perdida por culpa única e exclusiva da ré que agiu de maneira afoita, inidônea e arbitrária.

O acórdão do TRF4 consignou que a responsabilidade do Estado por condutas omissivas encontraria fundamento na teoria da falta do serviço (*faute du service*), segundo a qual o ente estatal só deve ser responsabilizado, em casos de omissão, quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Em relação ao caso concreto, adotou os fundamentos da sentença como razões de decidir, entendendo que não se poderia ser exigida dos fiscais e coordenadores do concurso conduta diversa daquela adotada, no sentido de retirar o autor do recinto de aplicação das provas. Dessa forma, não se constataria qualquer ilegalidade na conduta dos agentes da autarquia, que procederam de forma a resguardar a saúde do demandante e a preservar, na maior medida possível, a regularidade do certame. No tocante à alegada perda de uma chance, não poderia a universidade ser responsabilizada se o fato não é a ela atribuível de qualquer forma. Na hipótese, ter-se-ia um fortuito do próprio candidato que teve a infelicidade de ter um mal súbito em meio à realização da prova. Assim, não haveria como se sustentar, nos autos, que a universidade retirou do autor chance concreta de aprovação no concurso vestibular.

Ainda no âmbito do TRF4, pode-se citar a apelação cível nº 5000317-32.2013.4.04.7105, relacionada a uma ação indenizatória movida contra a União Federal e um coronel, sob a alegação de que, no exercício de serviço militar obrigatório durante o ano de 2012, a autoridade determinou que o autor “dobrasse guarda” dentro da organização militar, do dia 02 para 03 de novembro de 2012, além da data para a qual o autor estava inicialmente escalado, o que teria sido determinante para o seu fracasso no ENEM, realizado no dia 03 de novembro de 2012, pois cansado física e mentalmente⁶²⁵.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente e o autor interpôs recurso de apelação, insistindo que foi obrigado a cumprir duas escalas contínuas, de forma ilegal, o que teria prejudicado seu desempenho no ENEM. O TRF4 manteve a sentença de primeiro

⁶²⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000317-32.2013.4.04.7105*, Terceira Turma, Rel. Des. Salise Monteiro Sanchotene, julgado em 28.01.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

grau, reforçando duas razões para indeferimento do pedido indenizatório. Em primeiro lugar, concluiu que a conduta castrense não foi ilícita, havendo fundamento de validade hábil a autorizar, na data dos fatos, a "dobra de serviço", dentro da discricionariedade permitida ao agente responsável pela condução administrativa da caserna. Ademais, teria sido demonstrada a natureza aleatória da escolha do autor para a escala, não havendo demonstração de qualquer tipo de perseguição, o que tornaria temerária a responsabilização dos réus. Em segundo lugar, consignou-se que o dano invocado, consubstanciado na perda de uma chance, não restou suficientemente demonstrado, ônus fático que competia ao demandante. Nesse ponto, a sentença afirmou que o autor deixou, por exemplo, de demonstrar a frequência a cursinho preparatório ou aulas particulares para o ENEM, e de apresentar cópia do histórico escolar de primeiro e segundo graus atestando notas elevadas e rotineiro empenho estudantil. Nem o curso de graduação pretendido teria sido informado. Portanto, o suposto prejuízo na prova realizada não consubstanciaria perda de chance séria e real.

Como se denota, alguns dos precedentes citados já tangenciam o requisito relacionado à seriedade da chance perdida para que se possa cogitar a aplicação da teoria da perda de uma chance. Em adição, há precedentes que abordam expressamente esse ponto e nos quais a não caracterização de chance séria e real é determinante para a rejeição do pleito indenizatório.

A apelação cível nº 0004190-84.2007.4.02.5103, do TRF2, decorreu de ação de indenização por danos morais, materiais e perda de uma chance em função do cancelamento de convênio entre as instituições réas, UFRJ e Faculdade de Filosofia de Campos, o que teria impossibilitado a autora de defender a dissertação em curso de mestrado de filosofia que estava em vias de concluir⁶²⁶.

Em primeiro grau, foi concedida a indenização por danos morais, mas negada a indenização por danos materiais, referente ao reembolso dos valores de mensalidade, e a indenização pela perda de uma chance, consubstanciada no valor equivalente ao percentual de aumento da hora/aula devido à qualificação de mestre, contado de julho de 2006 até a conclusão de outro curso de mestrado pela autora.

Pelo que se denota da leitura do acórdão, a indenização pela perda de chance não foi objeto de recurso de apelação da parte autora, razão pela qual o TRF2 não se manifestou expressamente sobre o assunto. A despeito disso, é possível trazer algumas considerações

⁶²⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0004190-84.2007.4.02.5103*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Antonio Henrique Correa da Silva, julgado em 15.06.2015, *cit.*

relevantes sobre o tema a partir da transcrição da sentença, de modo que se reputou conveniente manter o acórdão dentro do espectro de análise.

A partir da transcrição da sentença, denota-se que, para indeferimento do pleito, afirmou-se que a autora não se desincumbiu de carrear aos autos elementos de convicção que demonstrassem que, a partir da conclusão do mestrado, em 2006, faria jus à remuneração de hora/aula equivalente a R\$ 30,53 (trinta reais e cinquenta e três centavos) e acréscimo de 10% (dez por cento), em razão do aprimoramento profissional. As cópias de sua carteira de trabalho e o termo aditivo ao seu contrato de trabalho nada demonstrariam. Assim, à míngua de lastro probatório, não se poderia qualificar como plausível a expectativa frustrada pela declaração de inexistência do curso de mestrado da autora. Nesse contexto, embora a matéria não tenha sido analisada em grau de recurso, a avaliação feita em sentença a respeito da seriedade da chance perdida foi bem fundamentada.

Vale mencionar que, no caso em questão, o TRF2 reverteu a negativa da sentença quanto à indenização por danos materiais, relacionada ao ressarcimento das mensalidades, mas, como dito, não analisou a indenização pela perda de uma chance devido à ausência de insurgência específica a respeito.

Na apelação cível nº 0015003-35.2014.4.02.5101, do TRF2, a discussão sobre o caráter sério e real da chance perdida foi novamente determinante para o deslinde do pleito indenizatório. Tratava-se de ação objetivando a inscrição do autor na edição do ENEM 2014 para pessoas privadas de liberdade e jovens sob medida socioeducativa que incluía privação de liberdade, bem como a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e em razão da ocorrência da perda de uma chance⁶²⁷.

Afirmou o autor que, ao comparecer ao local em que realizaria a prova do ENEM, por volta das 12h30, foi informado que teria de apresentar um Boletim de Ocorrência que justificasse o fato de sua cédula de identidade estar vencida. Diante da informação recebida, teria se dirigido à Delegacia para registrar a ocorrência, tendo retornado ao lugar da prova após o fechamento dos portões. Houve deferimento administrativo do pedido de realização da prova em nova oportunidade, razão pela qual, quanto a esse ponto, ocorreu a perda superveniente do interesse processual. Porém, restou a discussão a respeito da indenização.

⁶²⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0015003-35.2014.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Reis Friede, julgado em 06.07.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

No caso, foi concedida indenização por danos morais, sob a premissa de que houve orientação equivocada sobre a necessidade de apresentar um Boletim de Ocorrência como condição para realização da prova, o que obstou a regular participação do autor no exame, causando-lhe prejuízo, sofrimento e abalo psicológico.

Em relação à indenização pela perda de uma chance, consignou-se que ela se aplica aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável. A simples inscrição do autor no ENEM e seu bom desempenho no vestibular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ não indicariam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de autorizar a aplicação da teoria da perda uma chance, não havendo que se falar, portanto, na existência de dano provável a ser indenizado.

Interessante notar a avaliação significativamente diversa levada a cabo neste precedente no tocante à probabilidade de êxito no exame, para justificar a indenização pela perda de uma chance, daquela avaliação empreendida em relação à apelação cível nº 0000961-86.2013.4.03.6103, em que a periodicidade anual do ENEM foi considerada como elemento suficiente a justificar a indenização pela perda de chance, pois haveria atraso na vida acadêmica e profissional de ao menos um ano⁶²⁸. É bem verdade que na apelação cível nº 0015003-35.2014.4.02.5101, o autor logrou fazer o exame em outra oportunidade, devido a um requerimento administrativo exitoso, porém a avaliação quanto às chances de êxito no exame foi substancialmente diferente.

Vale citar também as apelações cíveis nº 5009252-42.2014.4.04.7100 e 0012936-70.2008.4.04.7100, do TRF4, em que houve análise sobre a seriedade das alegadas chances perdidas.

O primeiro caso consistia em ação ordinária ajuizada contra o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, objetivando indenização por danos materiais e morais, em virtude de arbitrário cancelamento de bolsa de estudos. Pugnou o autor pela condenação do réu ao pagamento de danos materiais, no montante equivalente a onze meses de bolsa, ou, subsidiariamente, pela cominação de multa em virtude da rescisão contratual. Requereu ainda indenização por danos morais, bem como a indenização pela perda da chance de renovar o seu contrato no período de 2010, no valor correspondente a 50% do valor anual da

⁶²⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000961-86.2013.4.03.6103*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 22.11.2017, *cit.*

bolsa. Alternativamente, postulou o cumprimento do contrato com termo inicial na data do trânsito em julgado da sentença e com duração de um ano⁶²⁹.

O TRF4 ratificou a sentença de primeiro grau no tocante à indenização pela perda de uma chance. Como mencionado, o autor invocou a teoria da perda de uma chance para que fosse indenizado pela renovação contratual referente ao ano de 2010. No entanto, a sentença concluiu pela total ausência de prova de que a renovação se concretizaria, ainda mais considerando a completa falta de interesse do IPEA em manter o autor como bolsista ainda em 2009. A probabilidade mais concreta, pelo que se teria no processo, é de que não aconteceria a renovação para o ano seguinte. Consequentemente, o prejuízo alegado seria irreal e, portanto, não amparado pela teoria da perda de uma chance.

O segundo caso consistia em ação contra o Centro Federal de Educação Tecnológica de Pelotas - CEFET/RS, que se tornou o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sulriograndense, bem como contra o Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN, com o escopo de obter a condenação dos réus no pagamento de uma indenização por dano moral e material. Narrou o autor que, em 1995, sofreu acidente, vindo a perder por completo a visão do olho esquerdo. Sem saber que havia vedação ao exercício de atividade remunerada na direção de veículos a pessoas com visão monocular, inscreveu-se no Curso de Instrutor de Trânsito Teórico/Prático, junto ao CEFET/RS, juntando uma série de documentos, inclusive sua Carteira Nacional de Habilitação - CNH, documento em que constava a visão monocular. Frequentou o referido curso, obteve o certificado correspondente e credenciou-se junto ao DETRAN, após ter fornecido vasta documentação. Posteriormente, o autor deixou seu currículo em Centro de Formação de Condutores oficial, a fim de obter vaga, e o funcionário pediu para ver sua CNH, ocasião em que lhe informou que não poderia exercer atividade remunerada⁶³⁰.

A indenização pela perda de uma chance foi rejeitada na sentença de primeiro grau e o autor aparentemente não recorreu dessa parte da sentença, embora sejam apresentadas considerações a respeito na ementa do acórdão. De toda forma, em razão da transcrição da sentença no bojo do acórdão, é possível ter informações sobre a fundamentação utilizada em

⁶²⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5009252-42.2014.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 09.09.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁶³⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 0012936-70.2008.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 05.12.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

relação a esse pleito indenizatório, razão pela qual se reputou conveniente manter o acórdão no espectro de análise.

O magistrado de primeiro grau concluiu que houve indevida omissão do Poder Público. Precisamente, houve falha do CEFET/RS ao aceitar a matrícula do autor no curso de instrutor, considerando a visão monocular. Tendo em vista que não foram expostas limitações relacionadas a portadores de visão monocular nos documentos que arrolavam os requisitos para a formação como instrutor, constatou-se que o autor não teve acesso às informações corretas. Assim sendo, não podia se esperar que soubesse que estava impedido de exercer atividade remunerada na qualidade de condutor de veículo automotor.

Diante desse cenário, o demandante teria agido de boa-fé ao se matricular no curso para formação em profissão que é impossibilitado de exercer. Cabia, então, ao CEFET/RS, por ocasião do pedido de matrícula do demandante, indeferi-lo, esclarecendo a vedação de atividade remunerada. Essa falha foi determinante para a concessão de indenização por danos morais. Por outro lado, entendeu-se que não seria cabível a indenização pela perda de uma chance de exercício efetivo da profissão, visto que, desde que obteve o credenciamento junto ao DETRAN até o momento em que foi informado sobre a restrição quanto ao exercício de atividade remunerada, ao demandante nunca teria sido efetivamente oferecida uma vaga de instrutor.

Na apelação cível nº 5074852-73.2015.4.04.7100, do TRF4, pode-se depreender também uma avaliação quanto ao caráter sério e real da chance perdida que foi determinante para a negativa no tocante à indenização pela perda de uma chance. O caso apresenta um pano de fundo com nuances distintas dos anteriores.

Tratava-se de ação de indenização em face da União Federal, na qual a autora alegou, em síntese, que era funcionária da Prefeitura Municipal de Sarandi e esteve cedida ao Cartório Regional Eleitoral local. Narrou que, em fevereiro de 2014, durante o expediente de trabalho, verificou a existência de uma microcâmera junto ao vaso sanitário. Posteriormente, uma colega encontrou uma filmadora, no pedestal da pia do banheiro.

Alegou a autora ter sofrido violação à sua privacidade, humilhação e constrangimentos, com afastamento do trabalho em razão dos transtornos psicológicos em razão do evento. Teve sua vida social afetada, sendo objeto de comentários e olhares na comunidade. Além dos danos extrapatrimoniais, alega que sofreu prejuízos também pela perda de uma chance, uma vez que era aluna de Direito e, em virtude do ocorrido, não teria

conseguido obter vaga de estágio profissional para adquirir experiência, sendo vista com desdém na cidade⁶³¹.

O TRF4, no acórdão, manteve a sentença de primeiro grau e, bem assim, validou a indenização por danos morais, mas também o indeferimento da indenização pela perda de uma chance. Nesse ponto, entendeu que a autora não comprovou o alegado dano por perda da chance. Conforme os fundamentos da sentença, ficou registrado que não haveria indício de que a carreira jurídica da autora foi comprometida pela repercussão do fato. Na verdade, a carreira da autora no campo jurídico sequer ter-se-ia iniciado, pois ela se encontrava ainda na condição de formanda. Ademais, inexistiria evidência de ser tratada na cidade com desdém, uma vez que o caráter reprovável diz respeito à conduta do ex-servidor que instalou a filmadora e não das vítimas. Inexistiria, ademais, prova de perda de oportunidades de estágio.

A apelação cível nº 0013351-77.2011.4.03.6000, do TRF3, também traz um pano de fundo com nuances um pouco distintas, apresentando análise quanto ao caráter sério e real da chance perdida que merece destaque⁶³².

Tratava-se de ação de rito ordinário objetivando a obtenção de registro profissional definitivo junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul - CRC/MS, com a declaração de nulidade de auto de infração, bem como indenização por danos morais e lucros cessantes. Alegou a autora que foi autuada em razão de exercer a profissão de contadora sem a devida inscrição no conselho profissional. Após a autuação, teria por diversas vezes tentado realizar referida inscrição, tendo sido impedida de fazê-lo sob o fundamento de que deveria, primeiramente, pagar a multa aplicada. Alegou ofensa ao artigo 5º, XIII, da Constituição Federal⁶³³, bem como uso de meio ilegal para a cobrança de dívida. Pleiteou, ainda, indenização a título de dano moral, tendo em vista a humilhação sofrida, o constrangimento e a dor oriunda do tempo em que deixou de exercer sua profissão.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, determinando que o CRC/MS procedesse ao registro da autora sem a exigência do pagamento de multa referente ao auto de infração lavrado contra ela. A autora interpôs recurso de apelação,

⁶³¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5074852-73.2015.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 13.03.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁶³²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0013351-77.2011.4.03.6000*, Sexta Turma, Rel. Des. Consuelo Yoshida, julgado em 13.08.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

⁶³³“XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”.

sustentando a nulidade do auto de infração, bem como a ocorrência de danos morais e lucros cessantes.

O TRF3, em seu acórdão, não considerou nulo o auto de infração questionado, já que a autora confirmou ter atuado como contadora sem a devida inscrição no registro profissional. Quanto à indenização por lucros cessantes, consignou que a autora não trouxe aos autos nenhuma prova dos ganhos que deixou de aferir em virtude da falta de inscrição perante o CRC/MS. Ademais, a autora não teria demonstrado que se inscreveu em algum certame. Dessa forma, consignou que a autora não poderia ser indenizada pela aplicação da teoria da perda de uma chance, pois a possibilidade de passar em concurso tratava-se de uma hipótese e não de uma oportunidade real. O acórdão também afastou a indenização por danos morais, sob o entendimento de que inexistiria demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora.

A apelação cível nº 5000231-24.2014.4.04.7009, do TRF4, também abordou discussão sobre a possibilidade de exercício de profissão⁶³⁴. Tratava-se de ação ordinária pretendendo a indenização por danos materiais e morais em vista do atraso para certificação de curso de pós-graduação, assim como o reconhecimento do referido curso perante o órgão de fiscalização federal. A autora pretendia ver registrado, perante o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional - COFFITO, seu título de especialista em acupuntura. O registro foi indeferido sob o argumento de que a instituição de ensino superior que realizou o curso não possuía projeto pedagógico registrado/aprovado perante o COFFITO e que, por isso, para obter o registro da especialidade, deveria a autora se submeter à prova de titularidade, segundo as normas regulamentares pertinentes.

Aparentemente a teoria da perda de uma chance foi invocada em relação ao pedido de indenização por danos materiais, notadamente sob a alegação de que a autora cursou a especialização para que pudesse então ter uma renda melhor. No entanto, a sentença de primeiro grau, acatada pelo TRF4 no acórdão, consignou que a técnica independeria de diploma e de registro para o seu exercício, de forma que a autora, fisioterapeuta, poderia atuar como acupunturista, se capacitada. Portanto, a autora poderia exercer a especialidade, apenas não poderia se intitular fisioterapeuta especialista em acupuntura, uma vez que tal especialidade não constaria em seu registro profissional perante o COFFITO. Inclusive, as

⁶³⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000231-24.2014.4.04.7009*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 25.10.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

provas demonstrariam que ela continuou prestando atendimento na especialidade de acupuntura, portanto não haveria dano pela perda de uma chance.

O TRF4, no acórdão, além de ratificar a sentença, consignou que a partir das normas aplicáveis, os fisioterapeutas passaram a ter a oportunidade de registrar os seus títulos de especialização mediante a realização de Exame de Conhecimento e Prova de Títulos. Considerando que a autora concluiu o curso de Especialização em Acupuntura Chinesa quando já vigentes as novas determinações de avaliação, seria o caso de manter a sentença, inexistindo ato ilícito. Também se ressaltou que a autora continuou atendendo em sua clínica particular com o oferecimento da modalidade de acupuntura, o que significa que em nenhum momento houve a suspensão ou privação do exercício profissional, não cabendo a alegação de perda de uma chance.

Finalmente, insta comentar o acórdão referente ao agravo de instrumento nº 0009594-50.2017.4.02.0000, do TRF2, tirado de mandado de segurança⁶³⁵. O mandado de segurança pretendia a declaração de nulidade de determinado edital da UFES e, conseqüentemente, do ato administrativo que indeferiu a pré-seleção da parte impetrante para participação do Programa “Ciências sem Fronteiras”, sob o argumento de ter ultrapassado o limite superior de integralização de carga horária exigida.

A sentença do mandado de segurança julgou improcedente o pedido, tendo sido tal sentença reformada pelo TRF2. Transitado em julgado o acórdão, os autos retornaram ao juízo de origem, onde a impetrante requereu a conversão da tutela mandamental em perdas e danos, diante da impossibilidade de seu cumprimento, dado o tempo decorrido.

O agravo de instrumento foi interposto precisamente contra decisão que deferiu a conversão da ordem mandamental em perdas e danos, diante da impossibilidade de seu cumprimento, e condenou a UFES a pagar a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais.

A autora afirmou que teria fundamentado seu pleito na teoria da perda de uma chance, porque perdeu a oportunidade de participar do Programa “Ciência Sem Fronteiras” em razão da prática de um ato reconhecidamente ilegal. Defendeu que a decisão proferida pelo TRF2 reconheceu que a teoria se aplicaria ao caso em apreço e que a indenização pela perda de uma chance não se confundiria com a indenização por dano moral, pois "o que se busca

⁶³⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Agravo de Instrumento nº 0009594-50.2017.4.02.0000*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 15.08.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

ressarcir com a aplicação da teoria da perda de uma chance é justamente a própria oportunidade perdida, no caso, em razão da prática de um ato administrativo reconhecidamente ilegal por parte das impetradas/agravadas".

O TRF2, no acórdão, afirmou que, se aplicada a teoria da perda de uma chance, não haveria como se quantificar objetivamente a indenização, pois não haveria como mensurar o resultado prático, na futura vida profissional da autora, do programa que não conseguiu cursar⁶³⁶. O dano material por ela sofrido, em verdade, seria potencial e incerto. Por outro lado, consignou que existiria uma corrente que defende que a perda de uma chance é espécie de dano moral. Sendo assim, entendeu que caberia valorar o dano ocorrido na hipótese a partir da teoria do dano moral e não da perda de uma chance, ainda que tal teoria pudesse ser admitida no caso concreto.

Ou seja, a aplicação da teoria da perda de uma chance foi afastada pela dificuldade em relação à quantificação da indenização e alegada impossibilidade de mensurar o resultado prático do programa que a autora não conseguiu cursar, embora tenha se concluído pela sua aplicabilidade teórica no caso concreto.

O TRF2, no caso, optou por quantificar a indenização como se tratasse de indenização por danos morais e usou o método bifásico de arbitramento equitativo, ressaltando a função punitiva e preventiva da indenização. Ademais, buscou parâmetros de casos semelhantes e decidiu então majorar a indenização por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Os precedentes abordados no presente tópico novamente evidenciam divergência quanto à forma de conceituação e aplicação da teoria da perda de uma chance, bem como no que diz respeito ao rigor na apreciação do caráter sério e real da chance perdida e fundamentação nesse tocante. Diversos precedentes associam a perda da chance ao dano moral e, em razão disso, deixam de fazer uma avaliação quanto à seriedade da chance perdida ou de aplicar os parâmetros cabíveis para a quantificação da indenização concedida com base na teoria. Por outro lado, a concessão de indenização por dano moral parece traduzir

⁶³⁶O TRF2 não acolheu, portanto, a sugestão da autora sobre a forma de quantificação da indenização, por meio da qual aduziu que sofreria repercussões negativas em toda sua vida profissional ativa, ou seja, cerca de 40 anos. Logo, não seria desproporcional considerar a quantia de R\$ 100,00 (cem reais), por mês de trabalho ativo, como um parâmetro ou critério justo de fixação da indenização pela perda de uma chance. Assim, uma verba equivalente a R\$100,00 (cem reais) vezes 480 meses, no total de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), pareceria, aos seus olhos, como uma reparação justa e adequada.

uma saída para a dificuldade de mensurar, em determinados casos concretos, o valor da chance perdida.

Por derradeiro, muitos dos precedentes abordados no tópico evidenciam a importância de que sejam disponibilizados elementos de prova pelas partes com vistas a comprovar o caráter sério e real da chance perdida e, ainda, para o fim de subsidiar a quantificação da indenização nessas hipóteses.

A avaliação quanto à pertinência e adequação desses elementos caberá ao Judiciário, mas os precedentes demonstram, por vezes, um descaso das partes na produção de provas específicas com vistas a subsidiar o pedido de indenização pela perda de uma chance, o que dificulta a aplicação consciente da teoria por parte dos tribunais.

3.5.7. Responsabilidade médica/hospitalar

Como já mencionado, um dos principais campos de aplicação da teoria da perda de uma chance é o da responsabilidade médica e/ou hospitalar e, ao se tratar da responsabilidade civil do Estado, referido campo de aplicação também se faz presente, principalmente em situações envolvendo hospitais geridos por entes públicos.

Durante a pesquisa de jurisprudência foram encontrados 18 precedentes em que a teoria da perda de uma chance foi suscitada em meio a esse contexto, especialmente hipóteses de negligência ou omissão no atendimento. Em relação aos 18 acórdãos analisados, houve a concessão de indenização com base na perda de uma chance em 15 ocasiões.

Vale notar que nem todos os acórdãos abordam a discussão a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance, especialmente controversa no âmbito da área médica, ou fazem uma avaliação detalhada a respeito do caráter sério e real da chance perdida. Ademais, mesmo nos casos em que houve a concessão de indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance, pode-se observar que a forma de quantificação nem sempre observa os parâmetros aplicáveis.

No entanto, ainda que alguns acórdãos sugiram falta de rigor técnico por parte dos tribunais, é possível perceber um movimento evolutivo no sentido da aplicação consciente da teoria.

Passemos então a explorar esses casos práticos de responsabilidade médica e/ou hospitalar em que a teoria foi aventada.

No âmbito do TRF1, foi localizado apenas um precedente envolvendo a matéria, notadamente a apelação cível nº 0001480-59.1998.4.01.3802⁶³⁷. Não foi possível ter acesso à íntegra do acórdão referente ao caso, mas tão somente à ementa. Assim, as informações consideradas na análise são apenas aquelas dispostas na ementa.

Segundo se infere da ementa, tratava-se de demanda em que foi pleiteada indenização em razão do falecimento da mãe da autora, após acidente de trânsito e em função de omissão no atendimento hospitalar.

A mãe da autora foi atropelada e sofreu ferimentos graves. Levada imediatamente à Santa Casa de Misericórdia de Igarapava, recebeu os primeiros socorros e a orientação de que fosse conduzida para o Hospital Escola do Triângulo Mineiro (entidade ligada à UFTM), em Uberaba/MG, porque aquela Santa Casa não teria condições de atendê-la plenamente. O transporte para Uberaba se deu em ambulância do Município de Igarapava, sem o acompanhamento de profissional da saúde. Não houve consulta prévia, da Santa Casa para o Hospital Escola, sobre a existência de vaga, tendo havido apenas uma guia de encaminhamento em mãos do motorista da ambulância, com a observação de que a acidentada se achava em estado grave.

Na porta do Hospital Escola da UFTM, verificou-se que o pronto-socorro se encontrava fechado e foi dito que o hospital estava superlotado. A atendente se dirigiu ao médico-chefe da equipe de serviço naquele momento, o qual se recusou a receber a paciente sob a alegação de que a Santa Casa de Igarapava é que deveria ter prestado o atendimento. Houve orientação no sentido de que a paciente fosse conduzida para o Hospital Santa Helena, chegando ao qual foi prontamente atendida, mas não resistiu aos traumatismos, vindo a falecer.

Constou do acórdão que a causa da morte da mãe da autora foi efetivamente o acidente sofrido e não poder-se-ia afirmar que a morte seria evitada caso prestado o adequado socorro. A teoria da perda de uma chance foi aplicada ao Hospital Escola do Triângulo Mineiro, réu da demanda, diante da recusa em atender a vítima.

Segundo se extrai da ementa, o laudo pericial teria concluído que a vítima com um quadro como o da mãe da autora poderia chegar consciente ao hospital, mas se não atendida

⁶³⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001480-59.1998.4.01.3802*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 29.07.2015. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

por médico experiente nesse tipo de trauma, poderia sofrer choque hipovolêmico e vir a falecer em poucas horas. Se a Santa Casa de Igarapava tivesse condições de estabilizar o problema, a chance de sobrevivência da vítima seria maior, porém não se poderia afirmar que ela não viria a óbito. Ademais, consta transcrição de trecho do laudo segundo o qual: “É evidente que se a vítima chegasse ao Hospital Escola consciente e em estado clínico razoável e se fizesse a estabilização da fratura poderia ter tido outro prognóstico, porém não se pode afirmar que a mesma não viesse a falecer”. Portanto, com a recusa de atendimento no Hospital Escola, a mãe da autora, na verdade, “perdeu a chance de sobreviver”.

Em relação à indenização, o TRF1 ponderou que não foi levado em conta o fato de que o caso teria características da “perda de uma chance”, o que determina diminuição do valor de indenização considerando a possibilidade/probabilidade final de sucesso. A despeito disso, concluiu que os valores arbitrados seriam condizentes com as circunstâncias do caso, especialmente o fato de uma criança ter ficado órfã de mãe e pai, já que o pai era falecido. Assim, aparentemente, o valor indenizatório arbitrado em sentença foi mantido sob esse racional.

A maioria dos precedentes envolvendo a teoria da perda de uma chance relacionada à responsabilidade médica e/ou hospitalar foi encontrada no âmbito do TRF2, totalizando 10 acórdãos. Em duas hipóteses a indenização pela perda de chance não foi concedida e em outra situação foi determinada a anulação da sentença de primeiro grau justamente para realização de perícia, com vistas a avaliar a possibilidade de aplicação da teoria no caso concreto. Nas demais hipóteses, a teoria foi aplicada com vistas a justificar a indenização concedida.

Na apelação cível nº 0013663-66.2008.4.02.5101, discutia-se pleito de indenização por danos morais em razão de alegado erro médico⁶³⁸. A autora alegou que seu pai era portador de câncer de próstata, doença controlada e que o levou à emergência do hospital em razão de quadro de fraqueza, quando foi informado de que teria que ficar internado para a realização de exames. Aduziu que, embora constasse do prontuário do seu pai alergia ao medicamento dipirona, este lhe foi ministrado na forma intravenosa em 19 de março de 2006, o que piorou o seu estado de saúde, resultando na sua morte em 20 de março de 2006.

Após sentença de improcedência da demanda, fundamentada na ausência de nexo de causalidade, a autora interpôs recurso de apelação argumentando que o perito judicial teria afirmado que a administração de dipirona a um paciente alérgico poderia agravar o quadro,

⁶³⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0013663-66.2008.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 20.05.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

o que por si só bastaria para impor a obrigação de indenizar. Defendeu a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance a alargar o nexo de causalidade pelo erro cometido, sendo suficientes as condutas negligentes ou falta de diagnóstico preciso para garantir a reparação.

O TRF2, mantendo a sentença de primeiro grau, registrou que a relação entre a falha apontada pela autora - administração de dipirona - e a morte de seu pai, seria questão eminentemente técnica, que dependeria da realização de perícia. A perícia foi realizada e concluiu pela inexistência de nexo de causalidade entre a aludida falha e a morte do pai da autora. Consignou-se, ademais, que a aplicação da teoria da perda de uma chance seria descabida, pois tal teoria exige que a perda de uma chance seja razoável, séria e real, não podendo se basear em situação hipotética. No caso, contudo, a prova produzida não apontaria para resultado diverso para o pai da autora, ante a grave situação clínica que apresentava, com quadro de septicemia instalado, antes da administração do agente alergênico.

Já na apelação cível nº 0016462-19.2007.4.02.5101, a razão determinante para a não concessão da indenização foi a ausência de comprovação de qualquer falha no atendimento médico prestado⁶³⁹. Tratava-se de ação objetivando indenização a título de danos morais, estéticos e provocados pela perda de uma chance, em decorrência da falha no atendimento médico. A autora alegou que foi levada por sua mãe ao Posto de Assistência Médica do Méier em 02 de julho de 1993 por estar com grande dificuldade de respirar e o médico de plantão teria dito para aguardar sua vez na fila, tendo a autora, instantes depois, ficado com os lábios e as pontas dos dedos roxos, olhos revirando e corpo gelado, quando sua genitora passou a gritar, sendo a menor então socorrida e posteriormente transferida ao Hospital Municipal Salgado Filho, onde permaneceu internada até o dia 12 de julho de 1993. Relata que, quando tinha sete meses de vida, foi constatada paralisia cerebral, que alega ser resultante da demora no atendimento prestado pelo Posto de Assistência Médica do Méier, uma vez que teria faltado oxigênio no cérebro, ocasionando a paralisia.

O TRF2 reformou a sentença de primeiro grau sob o entendimento de que não houve falha no atendimento prestado à autora, não tendo ocorrido negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido, foram ressaltadas divergências entre a narrativa da petição inicial e os depoimentos colhidos em audiência, bem como entre dois laudos periciais, um deles complementar e realizado após a audiência. Aduziu-se, assim, que deveria prevalecer a

⁶³⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0016462-19.2007.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Sergio Schwaitzer, julgado em 30.11.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

descrição da petição inicial e do primeiro laudo pericial, os quais apontariam para a ausência de negligência, imprudência ou imperícia no atendimento da autora. Ademais, segundo consta do acórdão, a autora já se encontrava com quadro grave ao chegar ao Posto de Assistência Médica, apresentando pneumonia e desidratação, com vômito e diarreia, e a menor deu entrada no Hospital Municipal Salgado Filho apresentando além destes sintomas, anemia e desnutrição proteico-calórica, pelo que o agravamento do quadro com a ocorrência da paralisia cerebral consistiu em infeliz fatalidade, em decorrência do seu estado de saúde.

A apelação cível nº 0000037-20.2012.4.02.5107, por sua vez, traz posicionamento interessante ao salientar a importância da prova técnica nesse tipo de conflito. Na hipótese, discutia-se indenização por danos morais, por parte da União Federal, Estado do Rio de Janeiro e Município de Itaboraí, decorrentes de morte da filha da autora, em razão da deficiência no atendimento médico hospitalar⁶⁴⁰.

O TRF2 entendeu que, apesar da documentação acostada aos autos demonstrar que houve demora em fechar um diagnóstico e providenciar a transferência para hospital de referência, não ficou esclarecido se tais fatos diminuiriam as chances de sobrevivência, caso o tratamento correto tivesse sido realizado em tempo hábil. Ou seja, não teria sido esclarecido se havia chance concreta da paciente não vir a óbito caso o diagnóstico tivesse sido realizado e o tratamento adotado com eficiência e rapidez. Ressaltou que o STJ já firmou entendimento no sentido de ser possível a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso de ficar demonstrado que a demora reduziu a chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. Portanto, decidiu-se pela anulação da sentença para determinar a realização de perícia com vistas a verificar a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Em todos os outros precedentes localizados no TRF2 acerca da matéria, houve a concessão de indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance.

A apelação cível nº 0006357-90.2001.4.02.5101 diz respeito à ação objetivando indenização por danos morais e materiais em razão de duas falhas ao atendimento prestado pela equipe médica do Hospital Geral de Nova Iguaçu⁶⁴¹. Segundo alegam os autores: (a)

⁶⁴⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000037-20.2012.4.02.5107*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Alcides Martins, julgado em 12.12.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

⁶⁴¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0006357-90.2001.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, julgado em 24.06.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

após ter sofrido queda da laje em uma obra em que trabalhava como pedreiro, um dos autores não foi submetido a uma cirurgia de emergência, o que poderia ter impedido a sua paraplegia e (b) a equipe médica não forneceu os devidos cuidados durante o período, de aproximadamente um mês, em que ficou internado, o que teria resultado no desenvolvimento de úlceras de decúbito, culminando, após aproximadamente quatro anos, na amputação de seu membro inferior direito e realização de colostomia e cistostomia, procedimentos realizados no Hospital Estadual Carlos Chagas.

O TRF2, no acórdão, após fazer introdução sobre a responsabilidade civil estatal e consignar a aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ressaltou a necessidade de se verificar a relação de causalidade entre a conduta administrativa e o dano sofrido pelo administrado. No caso concreto, concluiu pelo cabimento da indenização pela perda de uma chance em função da não submissão a uma cirurgia de emergência após a queda da laje, pois, segundo apurado pela perícia, com isso houve a perda da chance de evitar paraplegia.

Restou consignado que a ausência de cirurgia não deveria ser considerada a causa principal da paraplegia, ante a falta de provas aptas a apontar que a ausência de tratamento adequado foi decisiva para a paralisia. Porém, a negligência médica levou à perda da chance de uma melhor recuperação. No tocante ao atendimento no tempo em que o autor estava internado, a turma julgadora concluiu que inexistiriam elementos suficientes para imputar o resultado ao Hospital Nova Iguaçu, inclusive pelo tempo transcorrido até a efetiva amputação.

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, constou expressa observação quanto à necessidade da indenização ser mitigada no caso de aplicação da teoria da perda da chance, na medida em que a chance de sucesso terá sempre valor menor que o próprio sucesso, o que deveria refletir no montante da reparação. No entanto, diante das particularidades da situação em concreto, o TRF2 entendeu que o valor a título de danos morais fixado em sentença - R\$ 46.500,00 (quarenta e seis mil e quinhentos reais) - seria razoável, devendo ser mantido.

Na apelação cível nº 0002261-80.2011.4.02.5101, discutia-se a responsabilidade civil estatal em razão de falha na prestação do serviço médico, consubstanciada na demora no atendimento do autor, que teria culminado na realização de cirurgia de orquiectomia, isto é, de remoção de um testículo, após torção⁶⁴².

⁶⁴²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002261-80.2011.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 07.02.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

O acórdão do TRF2 validou integralmente a sentença, adotando-a como razão de decidir. O magistrado de primeiro grau, de início, apontou que o STF, em casos semelhantes, estaria reconhecendo que a omissão de atendimento em hospital da rede pública submete-se ao critério de responsabilidade objetiva decorrente do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e que a causalidade seria suficiente para desencadear a responsabilização.

Após tal introdução, consignou que, segundo a perícia, o procedimento a ser adotado na torção do testículo varia principalmente conforme o tempo transcorrido desde o início do quadro. O tratamento cirúrgico deve ser realizado em caráter de urgência quando existe chance de salvação do órgão. Apontou que, no caso, haveria dúvida sobre o momento em que o autor chegou ao hospital, mas mesmo no cenário de atendimento após transcorridas 14 horas da torção, como evidenciado em documento de atendimento no Hospital de Bonsucesso, persistia a probabilidade considerável de até 50% de êxito mediante procedimento cirúrgico, caso houvesse o encaminhamento para hospital capaz de prestar o atendimento. Assim, como o hospital deixou de encaminhar o autor para local em que poderia ser tratado, deu causa à perda da oportunidade de se submeter ao tratamento, evitando a remoção do testículo. Tal conduta geraria o dever de indenizar, manifestando-se como causa eficiente porque "desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima".

Vale enfatizar a forma de quantificação da indenização aplicada no precedente em questão. O acórdão, como dito, validou a sentença de primeiro grau, que fez distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Em virtude disso, entendeu que o autor não faria jus à indenização pela lesão física e pelo dano estético que sofreu, caso em que a compensação deveria ser fixada em patamares mais elevados. Observando a situação em concreto, ponderou que a chance perdida se situava num patamar de no máximo 50% de êxito da cirurgia. Por outro lado, como a chance envolvia a integridade física de um jovem, que acabou sendo mutilado em sua genitália, o que, provavelmente, lhe causaria vergonha, a oportunidade inviabilizada poderia ser relacionada a um valor de superlativa importância, razão pela qual seria adequada a indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estabelecida após comparativo com outros casos julgados pelo STJ em situações de lesões permanentes em função de danos diretamente causados pelos ofensores e com reflexos mais graves para a integridade da parte lesada.

Embora no acórdão não conste expressa manifestação sobre a natureza jurídica da chance perdida, chancelou-se a lógica de que a indenização pela perda da chance não equivale à reparação quanto ao próprio dano final que veio a se consumir.

Na apelação cível nº 0133182-02.2013.4.02.5120, discutia-se indenização por danos materiais e morais em virtude de falha da Administração Naval quanto ao diagnóstico de doença – glaucoma -, que só foi corretamente aferida no ano de 2007, sendo que os primeiros sintomas já teriam se manifestado em julho de 2005, bem como quanto ao tratamento médico a que o autor foi submetido e conseqüente agravamento da doença até sua fase final, culminando com a perda de sua visão⁶⁴³.

O acórdão trouxe, de início, tópico específico destinado aos contornos da responsabilidade civil objetiva do Estado, tendo por fundamento a teoria do risco administrativo. Ressaltou a necessidade de se verificar a relação de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

Passando para o caso concreto, o TRF2, no acórdão, confirmando a sentença e com base nas conclusões da prova pericial, entendeu que, caso o autor tivesse recebido o tratamento médico adequado, qual seja, submissão, ainda no período em que se encontrava no Serviço Ativo da Marinha, a um procedimento cirúrgico para evitar a progressão do glaucoma, tal providência, por si só, não garantiria que ele não viesse a perder a visão, mas certamente teria ele uma chance de contornar a perda da visão, razão pela qual deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance, a impor a condenação pelo pagamento de indenização por danos morais.

Além de serem abordados os parâmetros de fixação de indenizações por dano moral, mencionou-se no acórdão a necessidade de mitigação da indenização em casos de perda de uma chance. Ao final, reputou-se razoável a fixação do valor indenizatório por danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), tal como estabelecido na sentença, já que compatibilizaria o postulado jurídico da vedação do enriquecimento sem causa e o caráter punitivo-pedagógico do ressarcimento.

Cumprir notar que não se verifica manifestação expressa sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, mas são colacionados excertos doutrinários e julgados sobre o assunto, ressaltando a dificuldade em torno do nexo causal e consignando a admissão da simples

⁶⁴³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0133182-02.2013.4.02.5120*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Julio Emilio Abranches Mansur, julgado em 20.06.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

chance de cura ou sobrevivência como bem juridicamente protegido, cuja privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

A apelação cível nº 0000853-69.2012.4.02.5117 envolvia pretensão indenizatória em função do falecimento de marido e pai dos autores, em razão de negligência em atendimento em unidade hospitalar⁶⁴⁴.

Os autores narraram que a vítima teria colocado implante de prótese de quadril havia mais de 15 anos e desde o ano de 2004 encontrava-se na fila do Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia - INTO para troca da referida prótese. Asseveraram que, apesar das consultas médicas e tratamentos paliativos, a situação se agravava e, no ano de 2006, foi constatado que a prótese desgastada vinha causando infecção grave e perigosa. O paciente teria sido cadastrado em fila de espera para cirurgia de prótese de quadril “não urgente e não infecciosa”. Em 2009, foi chamado para cirurgia, mas esta foi cancelada, sem qualquer justificativa, e desde então o paciente teria procurado disponibilidade em hospitais da cidade de São Gonçalo e Niterói, onde também não obteve atendimento para tratamento. No mês de janeiro de 2011, o estado de saúde do paciente se agravou, momento em que foram ao INTO, que se recusou a prestar o socorro. O falecimento teria ocorrido em 02 de março de 2011, por choque séptico, provocado por infecção da prótese do quadril, causada pela negativa de atendimento na referida unidade hospitalar.

O TRF2 iniciou sua análise consignando que a hipótese versaria sobre a responsabilidade civil estatal na modalidade subjetiva, não incidindo a previsão do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, pois não haveria a figura do terceiro, tida como necessária para a caracterização da responsabilidade civil objetiva. A lógica utilizada foi a de que a responsabilidade objetiva não se aplicaria a usuários dos serviços estatais, como aquele que procura um hospital público. Nesses casos, a atuação do Poder Público seria decorrente de uma intervenção solicitada e não da assunção de um risco, sendo inaplicável a teoria do risco administrativo.

Feito esse esclarecimento inicial, entendeu que, a partir do conjunto probatório, seria possível afirmar que se a União Federal tivesse agido com a diligência necessária e recomendada para o caso, poder-se-ia ter salvado a vida do marido e pai dos autores, uma

⁶⁴⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000853-69.2012.4.02.5117*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, julgado em 14.12.2016. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

vez que as infecções bacterianas são tratáveis. Teria havido, pois, falha da Administração no atendimento médico, que se revelou deficiente e inadequado.

Por outro lado, consignou-se que o perito não conseguiu delimitar o grau de comprometimento ou relevância da conduta dos agentes públicos para a morte do paciente, o que ensejaria a aplicação de responsabilidade civil pela perda de uma chance, decorrente da ausência de um tratamento médico adequado, perdendo o paciente a probabilidade de se curar. Portanto, a ausência do tratamento adequado, enquanto aguardava a cirurgia para substituição da prótese, teria subtraído chance real de sobrevivência da vítima. É dizer, se a vítima tivesse recebido o tratamento adequado, ou seja, se a prótese enferrujada tivesse sido removida desde o ano de 2005, e tivesse sido ministrado antibiótico, provavelmente, o familiar dos autores não teria falecido de choque séptico em 2011.

A turma julgadora abordou em certa medida a discussão a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance, embora não tenha apresentado posição expressa sobre o assunto. A respeito do tema, trouxe diferenciação entre a aplicação clássica da teoria, em que haveria certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, recaindo a incerteza quanto à existência e extensão dos danos, e a perda de uma chance de cura, em que a extensão do dano já estaria definida, eis que a pessoa faleceu, restando saber se esse dano teve como concausa ou causa adequada o comportamento comissivo ou omissivo do réu. Nesse contexto, evidencia a problemática em torno do nexo de causalidade em matéria de responsabilidade na seara médica.

Em relação ao caso concreto, a conclusão foi de que a relação de causalidade poderia ser estabelecida dado que o sistema público deu causa ao evento danoso no momento “que não realizou o tratamento correto em tempo hábil”. Assim, seria cabível a indenização, porquanto houve má prestação do serviço, retirando da vítima uma chance que poderia ter lhe poupado a vida, ou pelo menos a estendido em alguma medida.

Pelo que se denota, a relação de causalidade não foi estabelecida entre a omissão estatal e o dano final, isto é, a morte do paciente, mas sim entre a omissão estatal e a perda da chance de sobrevivência, o que se mostra alinhado com o posicionamento do STJ quanto à matéria.

Em razão da morte, a indenização foi a título de danos morais em virtude do sofrimento dos parentes. Ademais, o acórdão reduziu a indenização fixada em sentença argumentando que, embora a negligência no tratamento para retirada da prótese tenha

perdurado por mais de cinco anos, o que evidenciaria o sofrimento dos autores, não se poderia perder de vista que a responsabilização pela perda de uma chance funda-se em certo nível de incerteza que, por certo, deve ser valorado no momento de fixação da compensação. Assim, a indenização foi reduzida de R\$ 54.500,00 (cinquenta e quatro mil e quinhentos reais) para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada autor, com o fito de conciliar a pretensão compensatória com o princípio do não enriquecimento sem causa. Consignou-se, ademais, que o valor estaria em conformidade com a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais em casos análogos.

A apelação cível nº 0008943-46.2014.4.02.5101 diz respeito a uma ação ajuizada em face da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro buscando o pagamento de indenização por danos morais decorrentes da morte de parente dos autores, além do pagamento de pensão mensal e ressarcimento das despesas com luto e funeral. No recurso de apelação, discutiu-se a responsabilidade objetiva do Município do Rio de Janeiro, único ente condenado ao pagamento da verba indenizatória, pela falha e deficiência na prestação do serviço, notadamente pela demora no diagnóstico e transferência do paciente que acabou por vir a óbito⁶⁴⁵.

O paciente teria sido atendido na Unidade de Pronto Atendimento - UPA de Campo Grande no dia 10 de julho de 2012, às 9h, com diagnóstico de hipertensão arterial, tendo sido medicado. Como a pressão se manteve elevada, precisou ser novamente medicado e posteriormente levado para a chamada "Sala Vermelha". Como a unidade não dispunha de aparelho de tomografia, o paciente, no dia 11 de julho de 2012, às 8h30, foi encaminhado para realizar a tomografia ao Hospital Estadual Rocha Faria em Campo Grande, tendo retornado à UPA para análise do resultado do exame. Verificada a urgência e piora do quadro do clínico, foi encaminhado para o Hospital Municipal Pedro II. Apesar de o hospital contar com serviço de neurologia, a cirurgia necessária não pôde ser realizada por falta de equipamento adequado. O paciente só foi transferido para o Hospital Federal da Lagoa no dia 13 de julho de 2012, após a concessão de liminar, tendo sido operado no dia 15 de julho de 2012, evoluindo para óbito no dia 20 de julho de 2012.

O perito nomeado em Juízo, após resposta aos quesitos das partes, concluiu que o paciente foi vítima de hemorragia subaracnóidea difusa por ruptura de aneurisma cerebral e

⁶⁴⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0008943-46.2014.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Alcides Martins, julgado em 22.11.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

que a UPA não fez o diagnóstico em tempo hábil, tendo havido demora na transferência para Unidade Especializada, pois apesar do Hospital Municipal Pedro II possuir serviço de neurocirurgia, não tinha equipamento adequado para tratar toda e qualquer patologia cerebral.

O TRF2, no acórdão, confirmou a sentença de primeiro grau, entendendo que o laudo pericial produzido demonstrou que a demora em fechar um diagnóstico e em providenciar a transferência para o hospital de referência diminuiu as chances de sobrevivência. A má prestação do serviço seria evidente, restando configurada a responsabilidade civil do Município do Rio de Janeiro pela perda da chance de sobrevivência do paciente, uma vez demonstrado o nexo causal entre o resultado danoso, o óbito, e a conduta dos agentes envolvidos no atendimento, consubstanciada na demora de diagnóstico e transferência do paciente.

Não se verifica uma avaliação aprofundada sobre a natureza jurídica da perda da chance na hipótese, porém o nexo de causalidade foi estabelecido entre a conduta dos agentes envolvidos e o próprio resultado final, o óbito, o que não seria tecnicamente adequado ao se admitir a perda da chance como dano específico. Todavia, no acórdão, foi citado acórdão do STJ em que este aplica a teoria da perda de uma chance justamente nesse contexto, ou seja, tratando-a como modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não é possível apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

No tocante à quantificação da indenização, foi validado o *quantum* arbitrado pela sentença de primeiro grau, de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), entendendo-se como adequado à luz da extensão do dano sofrido, reprovabilidade da conduta do agente e a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento. Não houve qualquer consideração específica relacionada à aplicação da teoria da perda de uma chance nesse aspecto.

A apelação cível nº 0024638-16.2009.4.02.5101, por sua vez, envolvia pleito de reparação a título de danos morais e materiais, em razão de falha na alimentação do banco de dados da Central de Transplantes, no qual estava inscrita a filha de dois autores e genitora do terceiro, com os índices MELD, usados como critério para a eleição de quem seria destinatário de órgãos para fins de transplante hepático, falha esta que teria privado a vítima da única chance de sobrevivência que seu estado de saúde então admitia⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0024638-16.2009.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Juíza Convocada Carmen Sílvia Lima de Arruda, julgado em 25.08.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

O TRF2 consignou que a sentença de primeiro grau entendeu pela aplicação da teoria da perda de uma chance, sob o argumento de que a ré, UFRJ, descumpriu sua obrigação de informar os índices MELD colhidos da paciente à Central de Transplantes, o que a impediu de se posicionar em melhor situação na lista de transplantes e, em última instância, poderia viabilizar o transplante de fígado almejado. Assim, a falha administrativa teria sido decisiva para a perda de oportunidade de realização eficaz do transplante do qual dependia a vida da paciente.

O TRF2 apontou que a teoria da perda de uma chance seria admitida como uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Aduziu que tal modalidade de reparação de dano teria como fundamento a responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade – séria e real - de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Importa notar que o acórdão é expresso no sentido de que a teoria da perda de uma chance seria também admitida no âmbito da responsabilidade civil do Estado, apesar dos contornos próprios desta última, já que o ente público também estaria obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício.

Ao final, o TRF2 seguiu o entendimento da sentença de primeiro grau no sentido de que houve falha administrativa da UFRJ, fato que, aliado ao dano e ao nexo causal, materializaria a sua responsabilidade pelo ocorrido.

O acórdão manteve os valores de indenização fixados em sentença para os pais da vítima, de R\$ 15.000 (quinze mil reais) para cada, e aumentou o do filho da vítima, para R\$ 72.400,00 (setenta e dois mil e quatrocentos reais), sem qualquer consideração sobre as especificidades de quantificação da indenização nos casos de perda de uma chance. Foram adotados critérios comumente relacionados à fixação dos danos morais, como a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e do ofensor, de modo que o valor a ser pago não constitua enriquecimento sem causa, e sirva também para coibir que atitudes negligentes e lesivas venham a se repetir.

A apelação cível nº 0066582-51.2016.4.02.5101, por sua vez, diz respeito a uma demanda indenizatória movida contra a União Federal objetivando reparação de danos materiais e morais, além de pensão, em razão da desídia do Instituto Nacional de Cardiologia

– INC, que resultou no falecimento do marido da autora⁶⁴⁷. A autora afirmou que seu marido, no dia 02 de junho de 2014, encontrava-se dentro do ônibus quando, por volta das 10h30, subitamente caiu no chão da condução. O motorista do coletivo parou o ônibus em frente ao INC, onde foi solicitado atendimento de urgência. No entanto, os funcionários do INC teriam afirmado que nada poderia ser feito e que deveriam ligar para a emergência, pois ele não seria atendido, sendo que em razão de tal omissão o desfecho teria sido o óbito de seu marido.

Segundo o acórdão do TRF2, seria fato incontroverso que a negativa de socorro foi fator determinante para o resultado danoso – óbito -, considerando que a falta de pronto atendimento diminuiu as chances de sobrevivência do marido da autora. Nesse contexto, estaria correta a sentença de primeiro grau ao impor a reparação, visto que estaria devidamente configurada a responsabilidade da União Federal, uma vez demonstrada a conduta omissiva - recusa de atendimento médico determinante para a perda da chance de sobrevivência -, o resultado danoso e o respectivo nexos causal entre ambos.

Nesse precedente, o TRF2 não adentra de forma detalhada o tema da natureza jurídica da perda da chance. No entanto, conquanto o próprio óbito seja tido como o resultado danoso, ressaltou-se no acórdão a relação de causalidade entre a conduta omissiva e a perda da chance de sobrevivência, o que reforça a noção da perda da chance como dano específico.

Convém ressaltar que o acórdão não apresenta qualquer fundamento técnico ou embasamento pericial para justificar que a negativa de socorro teria sido determinante para a perda da chance de sobrevivência do marido da autora. Não há tampouco qualquer análise sobre o caráter sério e real da chance perdida.

Quanto ao montante da indenização, o TRF2 entendeu por majorar o valor fixado em sentença para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem considerações específicas sobre aspectos da quantificação da indenização pela perda de uma chance. O acórdão mencionou apenas critérios de fixação de danos morais, consignando que o valor da indenização não deveria ser inexpressivo, de modo a ser considerado inócuo, nem proporcionar o enriquecimento sem causa dos ofendidos. Deveria levar em consideração a extensão do dano sofrido, a reprovabilidade da conduta do agente público e a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento. Considerando as circunstâncias em que o evento danoso ocorreu e a extensão

⁶⁴⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0066582-51.2016.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Alcides Martins, julgado em 17.04.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

do dano, a turma julgadora entendeu por bem majorar a indenização no caso concreto e afirmou que o fazia conforme os parâmetros adotados pelo TRF2 em casos assemelhados.

No TRF4, foram localizados cinco precedentes em que foi invocada a teoria da perda de uma chance no campo da responsabilidade médica e/ou hospitalar, sendo que houve a concessão de indenização em todas as oportunidades.

A apelação cível nº 5009097-34.2017.4.04.7100 se refere a uma ação de indenização por danos estéticos e materiais, estes últimos pela perda da chance, ajuizada pelos sucessores de paciente que, ao se submeter a tratamento de quimioterapia junto ao HCPA, teria sofrido com defeito do serviço, devido ao extravasamento da medicação, causando-lhe necrose e infecção no braço, bem como o obrigando a suspender o tratamento da neoplasia. Segundo os autores, tal fato gerou a necessidade de cirurgia plástica no braço e contribuiu para o aumento do sofrimento e encurtamento da vida do paciente, que faleceu pouco tempo depois em razão da patologia⁶⁴⁸.

No âmbito do TRF4, o relator do acórdão entendeu que não estaria configurado fortuito e sim circunstância de abuso de direito, ante a falta de consentimento informado do paciente, que devia saber dos riscos de extravasamento da medicação na opção de infusão em acesso periférico, não se verificando causa excludente da responsabilidade do HCPA, razão pela qual seria devido o dever de indenizar.

Os danos estéticos foram concedidos e, no que se refere à perda da chance, consignou o relator que o simples fato de o paciente ser impedido de se submeter ao tratamento correto, o qual, em tese, poderia lhe trazer um benefício, representaria um dano passível de indenização. Ou seja, a mera chance do tratamento já seria um bem jurídico indenizável. Outros dois desembargadores divergiram desse entendimento, por entenderem que não teria sido demonstrada a existência de chances sérias e reais. O paciente estava com estágio muito avançado da doença e não teria sido produzida qualquer prova para se concluir se eram sérias e reais as chances de cura ou de aumento do tempo de sobrevivência do falecido com a continuidade do tratamento.

Ao final, contudo, o julgamento foi estendido para a turma julgadora ampliada e prevaleceu o posicionamento do relator quanto à concessão da indenização pela perda de uma chance, embora em valor inferior àquele originalmente proposto.

⁶⁴⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5009097-34.2017.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 07.11.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Cumprir notar que o relator, em seu voto, além de ter tecido considerações sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil do Estado, inclusive sobre a desnecessidade de prova de culpa, por se tratar de ato comissivo, apresentou uma extensa análise sobre a teoria da perda de uma chance. Em relação à teoria da perda de uma chance, afirmou que se trataria de terceiro gênero de dano material, que constituiria um ato ilícito que resulta na perda de oportunidade/chance real de alcançar situação melhor futura. Ademais, ressaltou que o ato ilícito poderia também figurar como elemento agregador/agravante do dano moral.

Prosseguiu afirmando que, na perspectiva do erro de natureza médica *lato sensu*, a teoria da perda de uma chance seria apreciada sob enfoque diferenciado, apresentando suas próprias características. Nessa situação, diferentemente da chance se concretizar numa situação melhor futura do ponto de vista eminentemente material/econômico, apresentar-se-ia como perda no contexto da chance de sobrevivência ou de cura, como a perda do direito à oportunidade a um tratamento médico. Ainda nesse contexto, após citar precedente do STJ, afirmou que a chance passaria a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida viria a ser considerada como passível de ser reparada.

A avaliação quanto à seriedade da chance perdida, por outro lado, não foi tão detalhada quanto àquela pertinente à natureza jurídica do instituto, tanto que gerou divergência entre os desembargadores. Enquanto o relator entendeu que o simples fato de o paciente ser impedido de se submeter ao tratamento correto representaria um dano indenizável, outra desembargadora, em voto-vista, apontou a necessidade de se demonstrar que a chance perdida era séria e real, em decorrência do natural desdobramento que os fatos teriam se não houvesse a conduta ilícita. No entanto, consignou que o acervo probatório não conteria este tipo de dado informativo. Não se ouviu no curso da instrução a opinião de oncologistas, não se periciou a documentação médica a bem de se aventar se eram sérias e reais as chances de cura ou de aumento do tempo de sobrevida do falecido com a continuidade do tratamento. Assim, haveria dúvida se a continuidade do tratamento curaria o paciente ou aumentaria sua sobrevida, inclusive diante de um quadro de extrema gravidade. Porém, ao final, como dito, prevaleceu a lógica da concessão da indenização.

Quanto ao valor de indenização, o relator havia ressaltado que, nos casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, o montante da indenização não equivaleria ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. No caso, entendeu que deveria ser fixado *quantum* correspondente a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na forma de precedente do STJ sobre a matéria. No entanto,

ao final, o valor foi reduzido para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e não há clareza sobre o racional para justificar esse montante.

O recurso de apelação nº 5068873-38.2012.4.04.7100 diz respeito a uma ação ordinária objetivando pagamento de indenização por danos morais e materiais em face do HCPA. Aduziu a parte autora que sua filha foi internada junto ao HCPA para se submeter a "microcirurgia para tumor modular", por ser portadora de "malformação congênita não especificada na medula espinal". Embora o procedimento operatório tenha sido realizado com sucesso, ainda no período de recuperação interna no hospital, houve abertura de novo procedimento, em razão do diagnóstico de "septicemia não especificada", "pneumonia bacteriana não especificada" e "insuficiência renal aguda não especificada".

Diante da infecção hospitalar, a criança foi encaminhada para a UTI neonatal e encaminhada para tratamento com cirurgias múltiplas, mas veio a falecer posteriormente por "choque séptico, pneumonia, insuficiência renal, pós-operatório de medula presa", consoante consta em sua certidão de óbito. Sustentou a parte autora que, como o óbito decorreu de infecção hospitalar, presume-se a responsabilidade do réu pelo ocorrido, tratando-se de hipótese de responsabilidade objetiva⁶⁴⁹.

O TRF4 ratificou a sentença de primeiro grau, validando a concessão de indenização pela perda de uma chance no caso concreto. Após transcrever a sentença, cujos fundamentos foram adotados como razões de decidir, foram tecidas algumas considerações específicas adicionais.

Foi asseverado que a prova pericial produzida nos autos demonstraria que, se os procedimentos de controle laboratorial tivessem sido exigidos antes do agravamento da moléstia, poder-se-ia ter evitado a ocorrência do óbito. Portanto, os profissionais médicos não dispensaram os cuidados razoavelmente exigidos pela situação da paciente. Não tendo sido tomadas todas as medidas recomendáveis e cabíveis para evitar ou minimizar o agravamento do quadro da paciente, exsurgiria o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e as condutas adotadas pela equipe médica.

Consignou-se, ademais, que a adoção da tese de perda de uma chance escolhida pela parte autora entre as modalidades de obrigação reparatória não teria por finalidade indenizar

⁶⁴⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Apelação Cível nº 5068873-38.2012.4.04.7100, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 17.05.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

o evento final, isto é, a morte, mas sim a frustração de ter sido perdida a oportunidade de evitar o final trágico.

No que tange à natureza jurídica afeta à teoria da perda de uma chance, embora não haja um posicionamento expresso, constam considerações no acórdão no sentido de se tratar de modalidade de reparação, bem como no sentido de diferenciar a chance do resultado final, esclarecendo-se que a indenização seria decorrente da frustração da oportunidade.

Quanto à avaliação do caráter sério e real da chance perdida, pode-se extrair tanto do acórdão como da sentença que, segundo a prova técnica, havia chance de sobrevivência para a paciente, caso o atendimento se desenvolvesse de outro modo. Nesse sentido, segundo a sentença, as conclusões do perito apontariam para alguma chance de melhor controle da situação clínica da paciente e até de sobrevivência, caso o acompanhamento tivesse se dado de forma mais rigorosa, embora não seja possível afirmar de forma taxativa que, o resultado morte teria sido evitado. Não há abordagem sobre quão substanciais seriam essas chances, porém o fato da prova técnica mencionar a existência de uma chance já é tido como suficiente para a concessão da indenização.

A quantificação da indenização obedeceu aos critérios referentes à aplicação da teoria da perda de uma chance. A sentença de primeiro grau, ratificada pelo acórdão, traz o racional de quantificação de indenização adotada em precedente do STJ, que emprega a teoria da perda de uma chance da seara médica, no qual se analisam indenizações por morte e se aplica coeficiente redutor. No caso concreto, um valor similar foi aplicado e o TRF4 confirmou tal montante. No acórdão, ressaltou-se que o essencial seria ponderar que a indenização deve corresponder a apenas uma fração do dano, e deve ser igual ao grau de probabilidade em que a conduta do réu contribuiu para o dano.

A apelação cível nº 5017529-52.2011.4.04.7100, por sua vez, versa sobre pleito de pagamento de indenização por danos morais e materiais, bem como pensão mensal, em decorrência de negligência no acompanhamento médico prestado pelo HCPA em relação a uma doença nos olhos, notadamente degeneração macular relacionada à idade, que levou a parte autora à perda de visão de um dos olhos, sendo que no outro já havia perdido a visão. A parte autora alegou que o réu foi negligente ao não constatar o avanço da doença que lhe fez perder a visão, mesmo com a realização de consultas frequentes⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5017529-52.2011.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Luiz Carlos Cervi, julgado em 13.05.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

No acórdão, a sentença de primeiro grau foi transcrita e o relator se reportou à fundamentação nela contida no que tange à indenização pela perda de uma chance. Na sentença, após longa descrição dos fatos, consta que a autora notou que sua visão estava piorando e procurou o hospital. O médico que a atendia, contudo, presumiu que as queixas da autora decorriam unicamente de equívoco nas lentes que lhe haviam sido receitadas anteriormente, e, sem examinar a visão da autora, limitou-se a receitar novas lentes. Além disso, outro fator de grande relevância para o acolhimento do pedido teria sido o fato de que a autora somente foi informada que sofria de degeneração macular relacionada à idade quando o problema já era irreversível.

Portanto, a falha em relação ao dever de informação - embora impossível determinar em que extensão - teria contribuído para diminuir as chances da autora de minorar o dano à sua visão, pois se soubesse do diagnóstico poderia ter procurado tratamento assim que notou a primeira piora de sua visão. Por outro lado, segundo consta, o perito afirmou que o tratamento a essa doença não teria eficiência indiscutível e não se sabe como a autora reagiria a ele. A despeito da incerteza de eficácia do tratamento - e, se o caso, da extensão dessa eficácia -, entendeu-se que, devido à falha cometida pelo réu, a autora perdeu a chance de se submeter ao tratamento ao tempo devido, o que poderia ter diminuído os danos causados pela doença.

Não são apresentadas considerações sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, porém a teoria justificou a concessão de indenização por dano moral no caso concreto.

Quanto à avaliação sobre o caráter sério e real da chance perdida, pode-se denotar que a sentença de primeiro grau, acolhida pelo acórdão, fez uma análise detalhada das provas e fatos para concluir pelo cabimento da indenização pela perda de uma chance. Sobre a efetividade do tratamento, a sentença afirmou que o perito teria atestado que a doença não teria tratamento com eficiência indiscutível. Os artigos científicos e estudos multicêntricos não falariam em cura e sim em estabilização da doença e conseqüentemente da visão. Com um diagnóstico precoce no caso em questão poderia ter sido evitada a profunda perda visual do olho esquerdo da autora. Por outro lado, não se sabe como a degeneração da autora responderia ao tratamento. O acórdão não fez uma análise quanto à probabilidade de estabilização da visão, porém entendeu que a autora tinha direito a ter a chance de se tratar ao tempo devido, e tal direito lhe foi tolhido pela falha do réu no dever de informação.

No que se refere ao valor de indenização, a sentença de primeiro grau, ratificada pelo acórdão, apresentou precedentes diversos de situações similares de perda de visão para buscar parâmetros de indenização, sendo que, ao final, concedeu uma indenização um pouco inferior àquelas arbitradas em outros acórdãos de perda da visão, considerando que a autora já apresentava problemas de visão no olho esquerdo e que, mesmo se soubesse da sua doença e procurasse tratamento a tempo, não seria certo que o tratamento funcionaria. Não há uma discussão sobre a probabilidade de estabilização da doença, mas a incerteza do tratamento foi considerada na quantificação da indenização.

Tem-se também no âmbito do TRF4 a apelação cível nº 0007032-16.2001.4.04.7100, referente a uma ação indenizatória em que foi requerida a condenação do HCPA ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos por erro médico, consubstanciado na negativa de realização de exame de tomografia.

A petição inicial noticia que, apesar de pedidos da autora, os médicos que a tratavam negaram a realização de tal exame, o que ocorreu somente seis anos após, acarretando-lhe perda de parte da visão e incapacidade laboral completa, sem prejuízo do sofrimento que experimentou ao longo deste período. A sentença de primeiro grau condenou o réu ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, sendo a decisão desafiada por recurso de apelação⁶⁵¹.

O TRF4 confirmou a sentença no tocante à indenização pela perda de uma chance. Segundo consta do acórdão, o trabalho pericial revelaria que a autora não estava sendo tratada adequadamente e confirmou que, se o exame de imagem tivesse sido realizado em 1992 e tivesse sido descoberto o tumor, seria indicado o tratamento cirúrgico. O laudo pericial também confirmou que a autora perdeu a chance de antecipação do diagnóstico e tratamento, mas não existiriam sequelas neurológicas mensuráveis decorrentes da falta de antecipação da cirurgia. Diante desse quadro, o TRF4 entendeu que a sentença andou bem ao condenar o réu à indenização decorrente da perda da chance de um tratamento mais adequado, o que poderia ter mudado o rumo da enfermidade e da condição de saúde da autora.

Esses elementos serviram para avaliar o caráter sério e real da chance perdida. Não se verifica propriamente uma análise sobre a probabilidade em jogo, mas consta no acórdão

⁶⁵¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 0007032-16.2001.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Roger Raupp Rios, julgado em 09.11.2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

que o tratamento cirúrgico era adequado e recomendado, representando, efetivamente, uma chance real e atual de cura, ainda que não possa ser considerado infalível.

Não se depreende do acórdão uma análise clara sobre a natureza jurídica do instituto da perda da chance, mas foram colacionados precedentes sobre a matéria e registrado que a responsabilidade pela perda de uma chance se verifica quando houver conduta negligente, adicionada à probabilidade de dano real, atual e certo, sendo necessário que a chance perdida se refira a um prejuízo sério e real.

Quanto à quantificação da indenização, não é possível concluir se foram observados os parâmetros aplicáveis à teoria da perda de uma chance, visto que o acórdão não adentra especificamente a questão do *quantum* indenizatório e tampouco transcreve esse excerto sentença, para que se pudesse analisar o racional de fixação do valor que acabou mantido em segundo grau.

O último precedente do TRF4 consiste na apelação cível nº 1999.71.00.029982-0, que refere a uma ação ordinária proposta contra o HCPA visando ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, tendo em vista a omissão do réu por não comunicar ao autor sobre sua contaminação pelo vírus da hepatite C⁶⁵².

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, por se entender pela ausência de nexo causal entre a conduta do réu e o dano alegado, sustentando-se que à época em que o autor realizou a primeira doação de sangue, agosto de 1993, não havia norma regulamentadora da necessidade de comunicação ao doador de eventual contaminação que viesse a ser constatada. A parte autora interpôs então recurso de apelação em face da sentença.

O TRF4 acatou as razões de decidir do parecer apresentado pelo Ministério Público nos autos e reformou a sentença, para conceder a indenização pleiteada. Em suma, entendeu que o réu tinha o dever de informar ao autor que no seu exame de sangue havia sido constatado o vírus da hepatite C, o que possibilitaria o começo do tratamento necessário para amenizar a doença e evitar eventuais complicações.

Assim, vislumbrar-se-ia a perda de uma chance demonstrada pela frustração que o autor passou por não saber com antecedência do seu estado de saúde. Nesse sentido, poderia se constatar o nexo causal entre a omissão do hospital e a perda da chance do tratamento

⁶⁵²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 1999.71.00.029982-0*, Terceira Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 31.03.2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

precoce, devendo ser reconhecida a responsabilidade do réu em indenizar os danos causados ao autor.

Não constam no acórdão considerações precisas sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, tampouco uma análise detalhada sobre o caráter sério e real da chance perdida. Em relação a esse último aspecto, não há uma análise específica sobre as chances relacionadas a um tratamento da hepatite C e impactos de um potencial tratamento precoce na vida do autor. Ademais, no caso, a perda da chance é associada a um dano moral e também se relaciona com uma falha quanto a um dever de informação, já que o autor tinha o direito de saber do seu estado de saúde.

Outrossim, também não se observa qualquer atenção aos parâmetros de quantificação de indenização em vista da aplicação da teoria da perda de uma chance. A indenização por danos morais foi fixada em 200 salários mínimos sem quaisquer considerações e detalhamento acerca dos aspectos que foram considerados.

Já no âmbito do TRF5, foram localizados dois precedentes em que foi suscitada a teoria da perda de uma chance no campo da responsabilidade médica e/ou hospitalar, tendo havido a efetiva concessão de indenização em ambas as oportunidades.

O recurso de apelação nº 2009.83.00.018889-2 decorreu de ação ordinária movida contra a União Federal e o Hospital da Aeronáutica de Recife, objetivando indenização por danos morais cumulada com lucros cessantes⁶⁵³.

Argumentou a autora que seu filho, soldado, apresentando um quadro de fortes dores, febre e vômito, foi socorrido no Hospital da Aeronáutica, onde recebeu medicação, sendo informado de que poderia estar com uma virose, e, em seguida, recebeu alta. Poucas horas depois, agravou-se o estado de saúde para um quadro convulsivo, razão pela qual foi levado ao Hospital Getúlio Vargas, onde, após realização de exame de sangue, constatou-se o diagnóstico de leptospirose, sendo então necessária sua internação imediata em UTI.

Depois do diagnóstico, o soldado foi novamente encaminhado ao Hospital da Aeronáutica, onde ficou internado por volta de duas horas na enfermaria e, permanecendo o quadro convulsivo, foi transferido para a UTI, onde permaneceu até sua morte, em 22 de junho de 2007. O cerne da questão consiste na verificação ou não da responsabilidade civil do Hospital da Aeronáutica pela morte do filho da autora em razão da conduta de seus

⁶⁵³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. Apelação Cível nº 2009.83.00.018889-2, Quarta Turma, Rel. Des. Emiliano Zapata Leitão, julgado em 14.09.2010, *cit.*

servidores. A sentença de primeiro grau condenou a União Federal a pagar à autora indenização de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

O TRF5 afastou a alegação da União Federal de que a responsabilidade civil estatal, em se tratando de conduta omissiva, deixaria de ser objetiva para ser subjetiva, sendo imprescindível verificar a existência de culpa por parte do agente público, ou, ainda, a culpa anônima da Administração pela falta do serviço.

A respeito do tema, consignou que, apesar de não estar de todo pacificado, o STF estaria decidindo que o conceito de culpa administrativa (*faute de service*) somente poderia ser aplicado para os casos de omissão pura, isto é, em que a inércia não interfere diretamente no fluxo causal, é condição que apenas propicia a ocorrência do dano, ou seja, causa adequada do não impedimento do resultado lesivo. Diferente seria o caso da conduta omissiva que se sobrepõe diretamente ao curso normal dos fatores de imputação ou é a própria causa direta do dano, também denominada pela doutrina de omissão específica. Apontou que nesse caso a omissão é “lesiva aos direitos de qualquer pessoa” e “induz à responsabilidade civil objetiva do Estado”.

Com relação à situação concreta, o TRF5 entendeu que as condutas iniciais dos médicos do Hospital da Aeronáutica foram negligentes e inadequadas, pois se diagnosticou o paciente precipitadamente sem ao menos descartar outras doenças mais graves e solicitar exames simples, além de ter sido dada alta sem sequer investigar as possíveis causas de infecção. Diante das circunstâncias, se a parte ré tivesse agido com a diligência necessária e recomendada para o caso, poder-se-ia ter salvado a vida do soldado, uma vez que a leptospirose é uma doença tratável com elevado índice de cura.

Além da falha da Administração em relação ao diagnóstico, o caso continuou a ser agravado quando, por ocasião do retorno ao Hospital da Aeronáutica, permaneceu o soldado na enfermaria quando havia recomendação para internação na UTI, o que foi realizado apenas quando o paciente apresentou nova crise convulsiva.

Sendo a parte ré responsável pelo diagnóstico e tendo em vista que a identificação errada da moléstia causou danos irreversíveis, estariam presentes os pressupostos indispensáveis à configuração do dever de reparação. Contudo, entendeu-se que não foi possível demonstrar o grau de comprometimento ou relevância da conduta dos agentes públicos para a morte do paciente, de modo que a situação se consubstanciaria no que se convencionou chamar de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Segundo consta do acórdão, a perda de uma chance pode se configurar tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, em definitivo, como na falha de se evitar um dano, que, em razão desta conduta, de fato se verificou. Ressaltou-se, ademais, que a chance ou oportunidade deve ser séria e real, concreta e não meramente hipotética ou improvável.

O caso em questão se enquadraria na perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido. *In casu*, o dano ocorreu porque não houve a detenção do processo causal, embora sem se saber ao certo se isso conseguiria salvar o paciente. A responsabilidade, portanto, caracterizar-se-ia pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as chances de se recuperar de sua enfermidade, não tendo sido empregados todos os meios de investigação disponíveis para o tratamento da mesma.

Ao abordar a perda da chance nos moldes acima descritos, o TRF5 reconheceu a dificuldade de se provar onexo causal no caso da responsabilidade médica e/ou hospitalar, mas admitiu a reparação por não terem sido dadas as chances de recuperação da enfermidade.

No que tange ao valor da indenização, enfatizou-se que, configurada a hipótese de perda de uma chance, a responsabilidade se fundaria sob certo nível de incerteza, razão pela qual a estrutura de reparação seria fixada pelo grau de viabilidade ou de probabilidade daquilo que não chegou a ser obtido em virtude do rompimento indevido da ordem natural das coisas.

A indenização pelo dano sofrido teria, pois, de ser reduzida, na proporção da chance de êxito da vítima, em atenção ao disposto no artigo 944 do Código Civil⁶⁵⁴, e a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Nesse contexto, reputou-se razoável a redução do valor determinado pelo magistrado de primeiro grau a título de indenização para o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à data do óbito, em virtude da extensão e da irreversibilidade do dano, sendo que a quantia seria uma tentativa de amenizar o sofrimento causado e desestimular a ocorrência de novos fatos análogos a outros pacientes, em virtude do caráter educativo da indenização.

Finalmente, tem-se a apelação cível nº 2007.83.00.017894-4, também do TRF5. Tratava-se de recurso de apelação relacionado a uma ação objetivando indenização por

⁶⁵⁴“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.”.

danos morais e materiais em razão de conduta omissiva da equipe médica do Hospital das Clínicas, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE⁶⁵⁵.

Os autores alegaram que sua genitora foi internada no Hospital das Clínicas com dificuldade de locomoção, associada à diminuição de sensibilidade nas costas e dores na região lombar bilateral, e que, passados cinco dias sem os devidos cuidados, veio a falecer. Alegaram ainda que foi solicitado por seus familiares a realização de exame de ressonância magnética e que tal pedido não foi atendido. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, sob o entendimento de que não teria sido demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do Hospital das Clínicas e a ocorrência da morte da paciente.

Em recurso de apelação, os autores requereram a reforma da sentença para que houvesse a condenação da UFPE em danos materiais e morais, em valor não inferior a 250 salários mínimos, para cada um dos filhos da genitora. Invocaram a responsabilidade objetiva do Estado e sustentaram que não se poderia comprovar nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado, visto que a abstenção de um comportamento nada pode causar, na medida em que no plano físico, apenas existem ações.

O TRF5, no acórdão, novamente trouxe uma parte introdutória a respeito da aplicabilidade da responsabilidade objetiva em hipóteses de omissão estatal, destacando que ela incidiria quando a conduta omissiva se sobrepõe diretamente ao curso normal dos fatores de imputação, sobretudo quando a Administração possui o dever de impedir um evento e não o faz.

Ao adentrar a situação concreta em debate, o TRF5 ressaltou que várias providências médicas foram adotadas com a mãe dos autores, inclusive em virtude de complicações médicas que foram surgindo. A lide, contudo, inspirar-se-ia no fato de que se deixou de realizar um exame de ressonância magnética, o qual inclusive fora solicitado pela residente que atendeu a mãe dos autores. A respeito, houve ponderação se: (a) esse exame poderia reverter o quadro apresentado pela paciente e; (b) o porquê do exame não ter sido levado a efeito.

A partir das provas, entendeu-se que: (a) um dos fatores da morte foi, segundo a certidão de óbito, um AVC isquêmico antigo e (b) o exame recomendado pela residente que internou a paciente era capaz de diagnosticar o AVC. Apontou-se que o fato de o exame haver sido solicitado por uma residente, ainda que não acompanhada pelo restante da equipe,

⁶⁵⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.83.00.017894-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Bruno Leonardo Câmara Carrá, julgado em 22.06.2010. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

demonstraria que a providência tinha alguma razoabilidade e o fato da equipe não ter considerado urgente o exame revelaria ser provável a ocorrência de falta de serviço, embora dispensável na responsabilidade objetiva.

Por outro lado, o TRF5 entendeu também que não se pôde demonstrar o grau de comprometimento ou relevância da ausência desse exame para a morte da paciente. A ausência do exame pode ter contribuído para a morte da paciente, mas não se tem certeza a respeito. Não haveria igualmente certeza de que esse exame salvaria a paciente, mas a prova pericial apontou que ele poderia ter concorrido para um diagnóstico mais preciso e eficaz de uma das causas da morte da genitora dos autores. Assim, em virtude desse cenário, entendeu-se aplicável ao caso a teoria da perda de uma chance, com a responsabilização do ente público, visto que o exame poderia ter concorrido para um diagnóstico mais preciso de uma das causas da morte.

No tocante à natureza jurídica da chance perdida, embora não conste abordagem expressa sobre o posicionamento acolhido, mencionou-se que o que se indeniza, na responsabilidade por perda de chance, outra coisa não é senão a própria chance perdida. Segundo a teoria, a simples chance passaria a ser considerada como bem juridicamente protegido e sua privação indevida seria considerada como passível de ser reparada. A partir dessas considerações, pode-se inferir a associação da perda da chance a um dano específico, embora o acórdão aborde a dificuldade relacionada ao nexo causal no âmbito da seara médica.

Quanto ao valor de indenização, restou asseverado que oscilará conforme sejam maiores ou menores as probabilidades de se concretizar a vantagem ou o ganho patrimonial precocemente interrompido. Assim, quanto maior a certeza de que aquela chance perdida iria resultar em um benefício, maior será o montante da reparação a que fará jus o prejudicado. Se, entretanto, as chances forem proporcionalmente pequenas, não se poderá utilizar a responsabilidade por perda de uma chance como panaceia para um desconforto improvável.

No caso, diante das provas colacionadas nos autos, reputou-se razoável para a reparação do dano moral o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) à data do óbito, uma vez que, em se tratando de direito à vida, e sobretudo em questões de índole médica, a deficiência na prestação do serviço deve ser sempre pautada em sua lesiva repercussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir da análise dos precedentes, pode-se concluir que já é uma realidade a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica e/ou hospitalar especificamente em casos de responsabilidade civil estatal. É possível inclusive notar a existência de precedentes que perpassam a questão do dever de informação na seara médica.

O fato dos precedentes envolverem a responsabilidade civil estatal não foi em nenhum momento suscitado como entrave para a aplicação da teoria. Pelo contrário, houve hipótese em que foi expressamente consignada a admissão da teoria da perda de uma chance em situações que envolvam a responsabilidade civil do Estado, independentemente dos contornos próprios da matéria⁶⁵⁶.

Embora alguns acórdãos ainda apliquem a teoria sem o devido rigor técnico, deixando de tecer considerações minuciosas sobre o caráter sério e real da chance perdida e deixando de se atentar aos aspectos de quantificação cabíveis, denota-se já um movimento de conscientização sobre a matéria, sendo certo que diversos acórdãos já observam as diretrizes da teoria.

Quanto à natureza jurídica da perda da chance, trata-se de tema que é abordado de forma explícita em alguns julgados e que, em outras oportunidades, pode ser inferido a partir do contexto dos precedentes. Em geral, verifica-se a tendência de se seguir o posicionamento dominante no âmbito do STJ, no sentido de admitir a responsabilidade civil pela perda de uma chance como modalidade autônoma de indenização, em que se tem em mira um dano específico, consubstanciado na chance perdida, inclusive como forma de contornar a dificuldade em torno da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva administrativa e o dano final.

3.5.8. Serviços jurídicos da Defensoria Pública ou extravio de autos de processos

Outro campo de aplicação presente na jurisprudência francesa e que foi identificado na análise jurisprudencial empreendida diz respeito àquele concernente a mandatários e servidores da justiça. Dentro da classificação proposta para o presente trabalho, optou-se por reunir os casos em que se alega defeito na prestação de serviço pela Defensoria Pública e também casos de extravio de autos de processos judiciais ou administrativos.

⁶⁵⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0024638-16.2009.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Juíza Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 25.08.2014, *cit.*

Considerando a incerteza inerente ao deslinde de processos judiciais e administrativos, a perda da chance pode também encontrar um campo fértil de aplicação em situações em que um determinado ato ou fato interfere no seu regular desenvolvimento. Vale notar que em meio aos precedentes que versam sobre extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência foram localizados acórdãos que traziam essa mesma problemática, por envolver, por exemplo, falhas no envio de recursos e erros no registro de protocolo de peças processuais, especialmente considerando o convênio da ECT com alguns tribunais e admissão de protocolo postal em determinadas comarcas⁶⁵⁷.

Para os fins do presente tópico, contudo, serão considerados apenas os casos em que se alega defeito na prestação do serviço pela Defensoria Pública e hipóteses de extravio de autos processuais. Considerando essa categoria, foram localizados sete precedentes na pesquisa jurisprudencial perante os Tribunais Regionais Federais, sendo dois relacionados à prestação de serviço pela Defensoria Pública e cinco relacionados ao extravio de autos processuais.

A apelação cível nº 0045133-76.2012.4.02.5101, do TRF2, versa sobre falha na prestação de serviço jurídico pela Defensoria Pública⁶⁵⁸. O recurso é tirado de ação objetivando indenização por danos morais em razão da alegada perda do prazo, por parte da Defensoria, para interposição de recurso de apelação em ação criminal na qual o autor foi condenado pela prática de estelionato. Alegou o autor que, condenado por crime de estelionato em ação criminal, deixou de ter a chance concreta de ser absolvido em segunda instância, em razão da perda de prazo para recorrer pela Defensoria Pública da União.

O TRF2, mantendo a sentença de primeiro grau, entendeu que o autor, intimado pessoalmente da sentença condenatória para que se manifestasse sobre o interesse em recorrer, devendo a manifestação ser certificada pelo oficial de justiça, informou que "iria resolver com seu advogado dentro do prazo legal" e não mais procurou a Defensoria Pública da União.

Nesse cenário, seria inequívoca a culpa exclusiva da vítima, ou seja, do próprio autor, pela perda do prazo para recorrer, o que romperia o nexo causal entre a suposta omissão da Defensoria Pública da União e os danos alegados. Consignou-se no acórdão que, embora o

⁶⁵⁷É o caso, por exemplo, dos seguintes precedentes: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005185-33.2016.4.04.7110*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 06.03.2018, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001067-27.2010.4.04.7109*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 24.08.2016, *cit.*

⁶⁵⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0045133-76.2012.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Bollorini Pereira, julgado em 01.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

autor tenha afirmado que compareceu à Defensoria Pública da União para comunicar sua intenção em recorrer, não se desincumbiu de comprovar sua alegação. Sua manifestação ao oficial de justiça por ocasião da intimação faria dele o principal ator no cenário em que estava se desenvolvendo o processo criminal, em sua fase recursal. Ademais, quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, o TRF2 ponderou ainda que seria cabível desde que séria e real a possibilidade de êxito e que, na hipótese, pelo teor da sentença nos autos da ação criminal, a chance de absolvição do autor seria remota.

Convém observar que, conquanto o TRF2 aborde o requisito consubstanciado na necessidade de caracterização de chance séria e real para que haja indenização pela perda de uma chance, não há um aprofundamento no acórdão a esse respeito. No acórdão, foi ressaltada a conclusão da sentença de primeiro grau no sentido de que, pelo teor da sentença nos autos da ação criminal, a chance de absolvição do autor seria remota. Porém, não há um detalhamento do racional em torno da questão.

A toda evidência, no que diz respeito à responsabilização, o principal fundamento para indeferimento seria a culpa exclusiva da vítima, de modo que as considerações específicas sobre a perda da chance foram acrescentadas, mas sem um cuidado adicional quanto aos requisitos específicos de aplicação da teoria.

Ademais, importa notar que o TRF2 entendeu ser inaplicável a regra de responsabilidade objetiva estatal e aplicou os ditames da responsabilidade subjetiva, por entender que o autor, diante dos fatos discutidos, não ocuparia a posição de terceiro, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. A posição do autor seria de usuário do serviço e a atuação da Defensoria Pública não seria decorrente da assunção de um risco, e sim devido a uma intervenção solicitada, prestada em caráter gratuito a quem dela necessitar.

Por outro lado, na apelação cível nº 5000483-50.2011.4.04.7100, do TRF4, discutiu-se situação similar de alegada falha na prestação de serviço pela Defensoria Pública e houve expressa menção à aplicabilidade do regime de responsabilidade civil estatal⁶⁵⁹.

Consta expressamente no acórdão que a responsabilidade civil do Estado está prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal e que, em se tratando de comportamento omissivo, a situação mereceria enfoque diverso. Poderia assumir a feição de responsabilidade objetiva, se o dano decorrer diretamente de conduta omissiva atribuída ao

⁶⁵⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000483-50.2011.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 21.02.2017, *cit.*

agente público, ou de responsabilidade subjetiva, se o dano decorrer de ato de terceiro ou mesmo de evento natural, dependendo então de comprovação de culpa, ao menos anônima, atribuível ao aparelho estatal.

O precedente em questão está relacionado a uma ação ordinária proposta contra a União Federal objetivando indenização por danos materiais e morais, com fundamento na teoria da perda de uma chance, já que a Defensoria Pública da União, no bojo de determinada ação judicial, teria sido desidiosa ao não interpor recurso contra decisão proferida em desacordo com a jurisprudência do TRF4, que seria favorável à reforma de militar em caso de visão monocular.

Foi proferida sentença de improcedência da demanda e houve a interposição de recurso de apelação, no qual o autor insistiu na alta probabilidade de êxito do recurso que seria cabível na outra demanda e defendeu a ocorrência de dano moral por ter trabalhado e se mantido vinculado ao ambiente castrense por mais de uma década, enquanto detinha direito de se reformar por invalidez.

No entanto, o TRF4 manteve a sentença de primeiro grau, que concluiu pelo descabimento da reparação por danos materiais e morais. Em suma, foi firmado entendimento de que, como a decisão, em anterior processo judicial, ancorava sua fundamentação basicamente no resultado da prova pericial produzida naqueles autos - indicando não haver incapacidade definitiva para a atividade militar -, poder-se-ia sustentar a baixa probabilidade de êxito naquela ação, movida pelo autor, então representado judicialmente pela Defensoria da União. Assim, não haveria conduta estatal capaz de gerar danos indenizáveis.

Ademais, a sentença, transcrita no acórdão, consignou que a teoria da perda de uma chance exige que o dano seja analisado a partir de um juízo de probabilidade. No caso em análise, não se observaria a aludida certeza da probabilidade, tampouco prejuízo imediato oriundo da conduta imputada à ré, consubstanciada na ausência de recurso em ação judicial. Os fatos narrados pelo autor constituiriam desdobramentos ordinários da hierarquia e da disciplina inerentes à vida castrense, eventualmente supervalorizados pelo postulante.

Em relação à análise sobre o caráter sério e real da chance perdida, pode-se notar que não houve uma abordagem mais aprofundada sobre os precedentes favoráveis citados pelo autor, que supostamente dariam embasamento à reforma militar almejada. Contudo, a chance de êxito daquela demanda e de eventual recurso foi analisada, tendo se afirmado que seria

baixa devido ao resultado da prova pericial produzida naqueles autos, indicando não haver incapacidade definitiva para a atividade militar.

Assim é que, embora não haja uma clara avaliação sobre a alegada negligência por parte da Defensoria Pública, a conduta estatal não foi tida como determinante para fazer incidir a responsabilidade civil no caso, diante da baixa probabilidade de êxito do recurso e pelo fato de que os demais danos de ordem moral narrados seriam desdobramentos ordinários da vida castrense.

A partir da descrição desses dois acórdãos, pode-se concluir que não se negou a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em hipóteses de atuação de mandatários da justiça, sendo que as especificidades dos casos concretos levaram à rejeição dos pleitos indenizatórios.

Passa-se então aos precedentes que envolvem extravio de autos processuais. A apelação cível nº 0001387-11.1993.4.03.6100, do TRF3, decorre de ação por meio da qual os autores objetivavam indenização pelo prejuízo sofrido em decorrência do extravio de autos processuais, quando do encaminhamento destes da Vara do Trabalho de Rio Claro/SP para a 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP⁶⁶⁰.

Alegaram os autores que propuseram reclamação trabalhista em face da Ferrovia Paulista S/A, postulando o pagamento de determinado adicional. Os autos desse processo foram apensados a outros autos, relativos a uma demanda conexa. Posteriormente, ambos os autos foram remetidos à Justiça Estadual de São Paulo, haja vista a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho, sendo que, contudo, enquanto o processo apensado teve regular processamento e julgamento favorável, o processo dos autores foi extraviado.

Em primeiro grau, o pedido indenizatório foi julgado procedente, condenando-se as rés, União Federal e Fazenda do Estado de São Paulo, a indenizarem os autores, pagando a cada um deles o valor equivalente a cento e vinte vezes cinco por cento (120 x 5%) da remuneração dos mesmos, na data da aposentadoria. As rés interpuuseram recurso de apelação em face da sentença.

O TRF3 concordou com a conclusão acerca da existência de dever de indenizar, mas alterou a forma de arbitramento da indenização, inclusive pela aplicação da teoria da perda de uma chance.

⁶⁶⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001387-11.1993.4.03.6100*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 10.07.2008. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

A turma julgadora consignou que a conduta da Administração Pública provocou o desaparecimento dos autos do processo em que figuravam como autores. Seria inegável, outrossim, que tal extravio acarretou prejuízo aos mesmos, impedindo-os de ver sua pretensão julgada pelo órgão tido como competente. Haveria, dentro dessa conjuntura, falta do serviço público.

No tocante à forma de arbitramento do valor da indenização, a principal razão de alteração foi de fato a aplicação da teoria da perda de uma chance. A indenização fixada considerava que o pedido de restabelecimento do adicional por tempo de serviço, objeto da ação originária, cujos autos desapareceram, seria julgado procedente, representando um acréscimo de aproximadamente 5% sobre o valor que os autores recebiam quando da aposentadoria. No entanto, o fato de que, no processo apensado ao extraviado, colegas dos autores obtiveram êxito em sua pretensão, não seria causa suficiente da qual se pudesse inferir, com absoluta certeza, que estes últimos também lograriam êxito em seu processo. Por isso, o TRF3 entendeu ser o caso de aplicar a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Sustentou o TRF3 que, no caso dos autos, não seria correto falar que os autores teriam direito adquirido ao adicional discutido no processo cujos autos se extraviaram. Havia a expectativa de que a decisão judicial fosse favorável aos interesses dos autores e foi exatamente a oportunidade de transformar essa expectativa em realidade que restou frustrada pelo desaparecimento dos autos, merecendo, desse modo, indenização.

No acórdão, foi também ressaltada a necessidade de que a chance seja séria e real para dar azo à aplicação da teoria da perda de uma chance. Em relação ao caso, afirmou-se que havia chance real e séria de vitória dos autores, demonstrada pela vitória dos seus colegas em caso semelhante. Portanto, havia uma probabilidade, consubstanciada na própria vitória na causa, e também uma certeza, quanto ao prejuízo decorrente da perda da chance de obter a vantagem consistente no adicional reclamado no processo cujos autos foram extraviados.

Merece destaque a forma de arbitramento da indenização, a qual observou diretrizes recomendadas pela doutrina quando da aplicação da teoria da perda de uma chance. A sentença havia pautado o arbitramento do valor da indenização nos seguintes parâmetros: (a) a expectativa de vida dos autores, a partir da aposentadoria, de aproximadamente 240 meses (vinte anos); (b) a hipótese de que o pedido de restabelecimento do adicional por tempo de serviço seria julgado procedente, o que representaria um valor em torno de 5% da remuneração percebida pelos autores na data de sua aposentadoria e (c) a culpa concorrente

dos autores, que não manejaram adequadamente o procedimento de restauração de autos, contribuindo para o evento danoso.

Pelo que se depreende do acórdão, o TRF3 entendeu que o parâmetro (a) estaria em princípio adequado. Quanto ao parâmetro (b), considerando a aplicação da teoria da perda de uma chance, seriam duas as possibilidades (o acolhimento ou a rejeição do pedido de concessão do adicional por tempo de serviço), devendo ser aplicado um coeficiente redutor de 50%. Se a juíza de primeiro grau considerou que a procedência do pedido representaria 5% da remuneração dos autores na data da aposentadoria, a aplicação do redutor de 50%, importaria em se aplicar o percentual de 2,5% sobre a mesma remuneração. Por outro lado, o acórdão entendeu estar caracterizada culpa concorrente, em virtude de não ter havido correto manejo do procedimento de restauração de autos, o que poderia ter evitado a consumação do dano ou o mitigado. Em virtude da culpa concorrente, o acórdão entendeu que a sentença foi correta no sentido de reduzir o valor da indenização pela metade, isto é, reduzindo-se de 240 para 120 vezes o valor do adicional postulado.

Os outros quatro precedentes, todos do TRF4, versam sobre extravio de autos de processo administrativo em trâmite perante o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, sendo que a indenização foi negada em todas as oportunidades.

Na apelação cível nº 5004117-97.2010.4.04.7000, discutia-se indenização pelo extravio de processo administrativo que indeferiu a concessão do benefício de pensão pela morte do marido da autora. O TRF4, contudo, acatou as razões de decidir da sentença de primeiro grau, segundo a qual a ação seria improcedente na medida em que pôde-se verificar que a autora teve acesso ao processo administrativo que negou o benefício de pensão por morte e, bem assim, ao motivo de seu indeferimento, tanto que ajuizou ação judicial para discuti-lo. Logo, tanto o fato (extravio do processo administrativo) como o dano (perda da chance de obter êxito na concessão do benefício por meio de ação judicial e a angústia/aflição daí decorrente) alegados seriam inverídicos⁶⁶¹.

Embora o TRF4 não tenha apresentado considerações detalhadas sobre a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance no acórdão, afirmou que ela depende da demonstração de uma probabilidade concreta de que a chance perdida poderia de fato trazer à vítima o benefício suscitado. No caso, tendo sido verificado que houve o ajuizamento de

⁶⁶¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5004117-97.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 27.05.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

ação ordinária para discutir a concessão de benefício, a qual foi analisada no mérito e julgada improcedente, entendeu-se que a alegação de extravio e de perda de chance eram inverídicas. Ou seja, não houve efetivamente a caracterização da perda de uma chance séria e real de obtenção do benefício, tanto que houve a improcedência da ação ordinária ajuizada pela parte autora para discutir o objeto do suposto processo extravariado.

Na apelação cível nº 5002259-31.2010.4.04.7000, discutia-se indenização pelo extravio de processo administrativo relativo à concessão de aposentadoria à parte autora. O TRF4, no acórdão, manteve a sentença de primeiro grau e se reportou às razões de decidir ali constantes⁶⁶².

A sentença de primeiro grau concluiu pela falta de interesse de agir do autor na medida em que captou a existência de ação revisional de benefício previdenciário, ainda sem sentença. Assim, a necessidade de ir a juízo para requerer a condenação do réu em danos morais pelo extravio do procedimento administrativo não estaria definitivamente assentada no mundo dos fatos. Por outro lado, o INSS, com base nos documentos anexados no processo, teria promovido simulação de cálculo de aposentadoria por idade, com base na relação de salários de contribuição, o que resultou em diferenças em favor do autor. Tais documentos poderiam ser anexados no procedimento de revisão de benefício como prova do direito pretendido.

O TRF4 acrescentou, no acórdão, que a teoria da perda de uma chance diz respeito à comprovação de um dano causado por terceiro, que inviabiliza totalmente uma expectativa futura, hipótese que não se configuraria no caso. Em razão dessa conclusão quanto à não configuração de uma chance definitivamente perdida, não houve nem mesmo análise sobre a seriedade dessa alegada chance. Ademais, consignou-se que inexistiria prova de que o autor suportou efetivo abalo emocional ou moral em razão do extravio do processo administrativo.

A apelação cível nº 5007014-98.2010.4.04.7000 dizia respeito a um pedido de indenização pelo extravio de processo administrativo, especialmente pelo fato de conter documentos originais que estavam sob a guarda do INSS e que jamais foram recuperados⁶⁶³.

⁶⁶²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5002259-31.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Luiz Carlos Cervi, julgado em 13.05.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

⁶⁶³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5007014-98.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 03.12.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau e o autor interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que em decorrência da perda do processo administrativo por atitude negligente do réu, sofreu prejuízos, tendo em vista que pretendia ter acesso aos documentos correlatos para instruir ação judicial em que pleitearia a revisão de seu benefício. Aduziu que restou configurada a teoria da perda da chance, pois a conduta do réu, ao extraviar o processo administrativo do autor, não causou danos diretos, mas sim indiretos, pois o demandante teve sua chance de obter êxito na ação revisional de benefício reduzida, tendo em vista terem sido perdidos os documentos contidos no processo administrativo, os quais demonstrariam a legitimidade do pleito revisional.

O TRF4, todavia, confirmou a sentença de primeiro grau, usando seus fundamentos como razões de decidir. A sentença de primeiro grau entendeu que, a despeito do extravio do processo administrativo atinente ao benefício de auxílio suplementar acidente de trabalho, não houve demonstração de que esse fato efetivamente ocasionou dano de ordem moral ao autor. Pontuou que, na petição inicial, o autor aduziu que o extravio da documentação prejudicou a possibilidade de ingressar com ação para pleitear a revisão de seu benefício atual. Assim, seria necessária demonstração se o autor percebe ou não aposentadoria por invalidez e, além disso, o autor deveria indicar precisamente os documentos constantes no processo administrativo e em que medida o extravio inviabilizou, de forma absoluta, o pedido de revisão do benefício. No entanto, o autor teria apresentado alegações genéricas a esse respeito. Inclusive, seria possível, em tese, que parte desses documentos fosse obtida junto à empresa empregadora e que registros constassem no próprio INSS. Esses aspectos foram tidos como determinantes para a avaliação da seriedade da chance perdida e, diante da ausência de comprovação a respeito, a indenização foi afastada.

Por fim, tem-se a apelação cível nº 5008318-98.2011.4.04.7000, na qual também se discutiu o pagamento de indenização por danos morais decorrentes do extravio de processo administrativo de benefício de aposentadoria do autor, o que teria acarretado a perda da chance de pleitear a revisão da sua aposentadoria⁶⁶⁴.

Pelo que se pode depreender do acórdão, a perda de uma chance foi invocada de forma relacionada à indenização por danos morais. O TRF4 entendeu que, embora o extravio do processo administrativo concessivo da aposentadoria do autor fosse um fato

⁶⁶⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5008318-98.2011.4.04.7000*, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 18.04.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

incontroverso, o dano moral não estaria configurado. Isso porque, o INSS comprovou que reconstituiu o processo administrativo a partir de dados existentes nos Sistemas Prisma e Plenus, de modo que poderia o autor, se entendesse conveniente, postular a revisão do valor de sua aposentadoria. Em adição, consignou-se que o autor trouxe apenas alegações genéricas, sem conseguir comprovar efetivamente a ocorrência do dano, requisito essencial para o reconhecimento do direito à indenização. Deveria ter comprovado de forma concreta eventual dor, angústia e sofrimento relevantes a causar grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade, o que não foi feito no caso.

Os precedentes que versam sobre extravio de autos de processos administrativos evidenciam uma preocupação com a consolidação de uma situação de perda definitiva de chance, além da demonstração precisa dos impactos do extravio. Nenhum dos acórdãos afasta de forma categórica a possibilidade de se admitir uma indenização pelo extravio, contudo pode se inferir a importância de que haja uma demonstração minuciosa dos documentos que deveriam constar no processo administrativo e em que medida a sua ausência impactaria uma ação judicial acerca da mesma questão.

Convém notar que, embora esses últimos acórdãos não apresentem um detalhamento a respeito da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, verifica-se uma tendência de associação com danos morais, em virtude do próprio enquadramento proposto pelos autores dessas demandas.

Em vista do quanto abordado neste tópico, denota-se que a possibilidade efetiva de aplicação da teoria da perda de uma chance em situações envolvendo falhas da Defensoria Pública e/ou outras falhas que impactem o desenvolvimento regular de processos administrativos ou judiciais. Ainda há espaço para desenvolvimento da forma de aplicação da teoria nessas hipóteses, especialmente de modo a se assegurar uniformidade de tratamento e observância das diretrizes pertinentes.

3.5.9. Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios

Na tentativa de reunir casos que possuíam similaridade e facilitar a catalogação dos acórdãos analisados, entendeu-se também por criar uma categoria ampla que compreendesse precedentes que envolvem cadastro indevido de sanção, inadimplência ou outras falhas que impactaram procedimentos licitatórios.

Reuniu-se, portanto, os precedentes em que se imputa à Administração Pública algum ato ou fato que tenha impossibilitado a participação ou continuidade em procedimento licitatório, excluindo-se casos específicos já contemplados por outras categorias, especialmente na categoria concernente ao extravio, atraso e erros envolvendo a entrega de correspondência⁶⁶⁵. Embora esses outros casos tenham sido analisados de forma mais global e genérica no item 3.5.2., fato é que guardam alguma similitude com os precedentes ora analisados, inclusive porque a análise quanto ao caráter sério e real da chance perdida perpassa aspectos relacionados às etapas do certame e a quantificação da indenização também pode se pautar em parâmetros similares.

Passemos então à análise dos precedentes específicos selecionados para essa categoria, que envolvem discussões como inscrição indevida no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, pendências financeiras que inviabilizaram a continuidade em certame, rejeição liminar de recurso administrativo e problemas relacionados a sistemas.

Foram localizados dois precedentes que invocam a teoria da perda de uma chance em contexto relacionado à alegada inscrição indevida perante o SICAF.

A apelação cível nº 5001778-34.2016.4.04.7105, que tramitou perante o TRF4, dizia respeito a uma ação movida contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, buscando declarar a inexistência da penalidade superior ao período de dois meses, decorrente de processo administrativo, com a retificação do tempo em que vigoraria a sanção e exclusão da penalidade de dois anos do SICAF, bem como condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Em relação aos danos materiais, houve pedido de concessão de indenização a título de lucros cessantes, mas na sentença e no acórdão a questão foi abordada sob a ótica da perda de uma chance⁶⁶⁶.

O acórdão do TRF4 reverteu a sentença de primeiro grau no tocante à indenização pela perda de uma chance. Em sentença, o magistrado de primeiro grau havia consignado

⁶⁶⁵Sem prejuízo de outros tantos, cabe citar, a título de exemplo, os seguintes precedentes: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0012213-12.2006.4.01.3800*, Quinta Turma, Rel. Juiz Convocado Carlos Eduardo Castro Martins, julgado em 08.05.2013, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007531-85.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 16.03.2016, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002855-95.2012.4.03.6115*, Sexta Turma, Rel. Des. Johansom Di Salvo, julgado em 20.09.2018, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5023759-37.2016.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, julgado em 17.10.2018, *cit.*

⁶⁶⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001778-34.2016.4.04.7105*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 07.11.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

que, no tocante à indenização por lucros cessantes decorrentes da aplicação da teoria da perda de uma chance, inexistiriam elementos aptos a permitir o seu acolhimento. Precisamente, entendeu que a parte autora apenas mencionou a existência de processo de licitação do qual não pôde participar em razão da sanção administrativa incorretamente cadastrada, sem, contudo, trazer aos autos qualquer tipo de documento apto a demonstrar, com o mínimo de certeza possível, que preenchia os demais requisitos necessários para participar da licitação com possibilidade de êxito, assim como o detalhamento dos demais licitantes habilitados naquele procedimento.

O TRF4, por outro lado, entendeu que restou demonstrada a privação de chance séria e real de obtenção do resultado desejado, qual seja, a celebração de contrato administrativo com o TJRS. Um documento juntado aos autos indicaria que, quanto aos lotes 1 e 2 do pregão eletrônico, os valores propostos pela parte autora haviam sido aceitos, no entanto, em decorrência do registro equivocado no SICAF, a licitante foi inabilitada. Para a turma julgadora, o fato da licitante ter tido sua proposta aceita, com a consequente abertura do prazo para envio da documentação, representaria uma chance real e séria de celebração do contrato administrativo. Não se trataria de mera expectativa desprovida de sustentação, mas de perda efetiva da provável chance de contratar com a Administração Pública, ceifada pelo ato ilícito cometido pelo DNIT, que cadastrou sanção em tempo superior ao correto.

Cumprе salientar que a sentença havia misturado os conceitos de lucros cessantes e perda de chance, mas o TRF4, no acórdão, consignou que a indenização devida com apoio na teoria da perda de uma chance não se confunde quer com lucros cessantes, quer com dano emergente. A bem da verdade, indeniza-se "a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado".

Vale também observar o racional de quantificação da indenização aplicado no caso concreto. Embora não se aborde, sob o aspecto teórico, a necessidade de aplicação de coeficiente redutor em virtude da teoria da perda de uma chance, o acórdão traz referência a outro precedente do TRF4 e aplica lógica similar em termos de arbitramento de indenização pela perda de uma chance.

Em relação ao caso concreto, o TRF4 entendeu que o percentual de lucro indicado pela parte autora (20% sobre o valor total da proposta) seria razoável, guardando compatibilidade com o que ordinariamente se observa. Considerando que a parte autora chegou a ter suas propostas aceitas, entendeu adequado fixar a indenização em 80% da expectativa de lucro, em função da teoria da perda de uma chance. A indenização seria então

correspondente a 80% sobre 20% de R\$ 110.799,80 (cento e dez mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta centavos), correspondentes ao valor total da proposta quanto ao lote 1 - 20 itens de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) - e quanto ao lote 2 - 20 itens x R\$ 2.039,99 (dois mil e trinta e nove reais e noventa e nove centavos).

Na apelação cível nº 2009.85.00.005108-8, do TRF5, aduziu a parte autora que a indenização pela perda de uma chance seria devida pelo fato de que a empresa autora teria sido impedida de participar de licitações públicas, nas quais poderia ter saído vencedora, em razão da inscrição indevida, pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, no SICAF⁶⁶⁷.

O TRF5 entendeu que a inclusão da autora no SICAF decorreu da aplicação das penalidades de advertência e de multa, não havendo como se concluir pela existência de qualquer irregularidade na inscrição realizada pela INFRAERO e, bem assim, não seria o caso de retirada do seu nome.

Quanto à indenização pela perda de uma chance, esta foi rejeitada ante o argumento de que não haveria, nos autos, qualquer elemento apto a comprovar as alegações autorais de que tentou e fora impedida de participar de certames licitatórios, em razão da informação constante do cadastro de fornecedores. Não tendo a parte autora comprovado os danos invocados na inicial, seria impossível o acolhimento do seu pleito indenizatório.

O acórdão não efetuou uma análise detalhada da teoria da perda de uma chance, justamente por entender pela falta de qualquer elemento apto a comprovar as alegações autorais de que tentou e fora impedida de participar de certames licitatórios, em razão da inscrição no SICAF. Consignou-se, nesse tocante, que não teria a parte autora trazido qualquer certidão, cópia de ato administrativo, mensagem eletrônica ou qualquer elemento hábil a ilustrar o impedimento à sua participação em certame licitatório do qual tenha pretendido tomar parte.

Vale ponderar que, à luz do raciocínio externado nos acórdãos mencionados, pode-se entender que é possível, em tese, a aplicação da teoria da perda de uma chance dentro do contexto de cadastramento indevido de uma sanção. Contudo, mostra-se necessária a demonstração da tentativa de participar de licitações, inadmissão de prosseguimento em

⁶⁶⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2009.85.00.005108-8*, Primeira Turma, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgado em 30.08.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

razão do registro no SICAF, análise quanto à regularidade do registro da sanção e, ademais, avaliação quanto ao caráter sério e real da chance perdida.

De forma relacionada, pode-se citar a apelação cível nº 5006408-51.2016.4.04.7100, do TRF4, tirada de ação ordinária movida contra a União Federal, postulando a declaração de que seriam indevidas as multas por atraso na entrega de declaração de imposto de renda, com obrigação de tornar insubsistente o lançamento/anotação no CPF do autor, bem como condenação à indenização por danos morais e com base na perda de uma chance⁶⁶⁸.

Afirmou o autor ser aposentado do INSS desde 2006 e que, buscando obter outra renda a fim de prover sua manutenção, participou de procedimento de licitação para autorização ou permissão para o Serviço Público de Transporte Individual por Táxi do Município de Porto Alegre. Disse não ter apresentado certidão negativa de débitos da Receita Federal pois o sistema informatizado automático da Receita Federal retornava com mensagem de insuficiência das informações para a expedição do documento. Atendido pessoalmente pela Receita Federal, soube da existência de duas multas pendentes em seu nome, por atraso na entrega das declarações de ajuste anual de rendimentos, referentes aos exercícios de 2007 e 2008.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau e o autor interpôs recurso de apelação em face da sentença. O TRF4, entretanto, manteve a sentença de primeiro grau, concluindo que a cobrança era legítima. As multas não estariam prescritas e eram devidas. Dentro desse contexto, foi afastada a indenização por danos morais e pela perda de uma chance.

Quanto à indenização pela perda de uma chance, a sentença ainda consignou que não se poderia imputar à União Federal a ocorrência de qualquer evento danoso. Ou seja, não houve privação injusta da possibilidade do demandante vir a participar da licitação para autorização/permissão para o Serviço Público de Transporte Individual por Táxi do Município de Porto Alegre que pudesse ser imputada à União. No acórdão, constou observação de que, não tendo o autor adimplido com suas obrigações perante o Fisco, foi correta a não certificação de regularidade tributária. Por consequência, descabida a indenização por danos morais ou materiais. Finalmente, registrou-se que mesmo com a apresentação da certidão negativa, não haveria segurança de que o autor seria vencedor da licitação, não se configurando a alegação de perda de uma chance.

⁶⁶⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5006408-51.2016.4.04.7100*, Primeira Turma, Rel. Des. Marcelo de Nardi, julgado em 14.03.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Vale notar que o referido acórdão não traz considerações sobre a natureza jurídica da perda de uma chance e tampouco prevê uma análise detalhada sobre a seriedade da alegada chance perdida. O fato das pendências existirem de fato perante o Fisco seria suficiente para afastar o pleito indenizatório. Acrescentou-se observação sobre a ausência de elementos aptos a demonstrar que o autor tinha chance concreta de vencer a licitação, porém a análise foi superficial.

A apelação cível nº 5017011-82.2013.4.04.7200, também do TRF4, trouxe um contexto um pouco diferente. Tratava-se de recurso proveniente de ação ordinária de reparação por danos materiais e morais, decorrentes do cerceamento de defesa consubstanciado na rejeição liminar da intenção de recorrer manifestada pela autora em Pregão Eletrônico da Advocacia-Geral da União.

A parte autora reclamava indenização por danos materiais decorrentes do lucro que poderia auferir acaso vencedora do processo licitatório no qual foi classificada em quinto lugar e no qual teve seu recurso rejeitado de plano, além de indenização por danos morais. Segundo seu entendimento, o ato que rejeitou seu recurso administrativo seria ilegal. A sentença de primeiro grau julgou os pedidos autorais improcedentes e a parte autora apelou, requerendo a reforma da sentença para que fosse julgado procedente o pedido inicial, condenando-se a União Federal ao pagamento de indenização por danos morais e materiais⁶⁶⁹.

O acórdão do TRF4 consignou que a parte autora, em seu recurso administrativo, alegou que os preços apresentados pela empresa vencedora seriam inexequíveis. Ressaltou que não foi colacionada aos autos a respectiva decisão administrativa, mas seria possível verificar que os preços apresentados pela autora superaram em muito os da empresa vencedora, além do que foi classificada em quinto lugar, e nada arguiu em relação às propostas das demais participantes do certame que a antecederam na lista de classificação. Ademais, não havendo indícios de que a empresa vencedora tenha renegociado o valor contratado ou de que tenha ficado impossibilitada de honrar o compromisso - ao contrário, a prova dos autos demonstraria que houve prorrogação do serviço prestado - cairia por terra o argumento de que o serviço era inexequível nos valores propostos.

⁶⁶⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5017011-82.2013.4.04.7200*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 25.01.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Pelo exposto, o TRF4 ratificou o entendimento esposado na sentença, segundo o qual não teria sido demonstrada a ocorrência de dano efetivo decorrente do ato ilícito alegado, porque, ainda que acolhido o recurso da autora, dificilmente ela restaria vencedora no certame. Nessa toada, não haveria comprovação do nexo de causalidade entre a conduta da Administração Pública e os supostos danos causados à autora.

Pelo que se denota, portanto, não houve qualquer afirmação categórica quanto ao descabimento da teoria da perda de uma chance em situações envolvendo ilegalidade na apreciação de recursos manejados em procedimentos licitatórios. A despeito do cabimento em tese, a indenização foi negada diante de particularidades do caso, especialmente pelo fato de que, mesmo que houvesse o acolhimento do recurso administrativo, dificilmente a parte autora seria vencedora da licitação. Assim é que, além da constatação quanto à ausência de comprovação do nexo de causalidade, pode-se depreender uma avaliação que também envolve o caráter sério e real da chance alegadamente perdida.

Finalmente, o último precedente desta categoria consiste na apelação cível nº 5071595-74.2014.4.04.7100, que também tramitou perante o TRF4. O recurso decorreu de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, movida por empresa contra a UFRGS e Fundação de Apoio da UFRGS, objetivando a anulação de ato administrativo consistente no indeferimento da inscrição da parte autora na seleção pública para o programa denominado Prime - Primeira empresa Inovadora, com a consequente análise da proposta da autora e divulgação dos critérios objetivos de sua classificação. Alternativamente, pediu-se a anulação de toda a seleção pública e a condenação das rés em perdas e danos⁶⁷⁰.

Narrou a parte autora que se inscreveu no Portal Inovação para participar dos certames da Finep, sendo que, ato contínuo, foi publicado o edital de seleção pública para o programa Prime. Não obstante a inscrição da autora no Portal Inovação, viu-se excluída do certame pois, ao acessar o portal Prime para a inscrição na seleção pública, constou informação de que o seu CNPJ já estava cadastrado, razão pela qual firmou convicção de que estava inscrita na seleção. Todavia, foi informada posteriormente que a sua proposta fora desclassificada por ausência de cadastramento no Portal. Afirmou ter recorrido da decisão, mas não obteve êxito no recurso, cujo processamento teria sido negado em decisão lacônica da Administração.

⁶⁷⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5071595-74.2014.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Eduardo Gomes Philippsen, julgado em 13.07.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

Foi solicitada a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de suspender a seleção até o trânsito em julgado ou, alternativamente, permitir à autora que se inscrevesse na seleção pública, com a análise da proposta e inclusão no treinamento obrigatório que seria realizado, bem como consequente aplicação à autora das regras aplicadas aos demais participantes.

O TRF4, no acórdão, confirmou a sentença de improcedência da demanda. Segundo a sentença de primeiro grau, a parte autora não teria logrado comprovar a inconsistência no site para fins de inscrição para o processo seletivo. Portanto, não haveria irregularidade na desclassificação da autora. De todo modo, ainda que assim não fosse, eventual nulidade teria sido sanada nos autos, já que houve deferimento da antecipação de tutela à autora, permitindo que a empresa fosse reincluída no Programa Prime, com análise da proposta pela Administração Pública.

A proposta reapresentada pela participante foi desqualificada, mediante decisão fundamentada, sendo interposto recurso pela parte autora, devidamente analisado pela autoridade administrativa. No acórdão, ressaltou-se especialmente que, em virtude da antecipação de tutela e análise de proposta, perderia relevo qualquer discussão sobre falha de sistema e também sobre a indenização pela perda de uma chance, ficando claro que não havia chance séria e real da empresa ser selecionada no certame.

Portanto, no caso, em razão da decisão que deferiu a tutela antecipada, houve efetiva apreciação da proposta submetida pela empresa autora, a qual não foi selecionada. Esse fato foi considerado para justificar a ausência de chance séria e real da empresa se sagrar vencedora no certame, independentemente da falha de sistema narrada. Ademais, foram mencionados, no acórdão, depoimentos relativos à seleção das propostas, sendo que um deles daria conta do fato de que a proposta da empresa autora não apresentava várias características de inovação.

Embora o acórdão não adentre uma avaliação sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, parece que esta é associada a uma indenização por danos materiais no caso concreto, tanto que a sentença de primeiro grau, transcrita no acórdão, menciona que o pedido de indenização pela perda de uma chance seria pelo valor do edital do certame.

A partir dos precedentes identificados, pode-se concluir que a teoria da perda de uma chance também pode ter um vasto campo de aplicação em discussões envolvendo falhas e irregularidades em procedimentos licitatórios. Trata-se de campo de aplicação já explorado pela jurisprudência administrativa francesa e que pode, em princípio, ser ampliado na

jurisprudência brasileira. Contudo, a análise acerca do caráter sério e real da chance perdida deve ser extremamente cautelosa, assim como a forma de quantificação da indenização também deve ser cuidadosamente sopesada, inclusive para se evitar enriquecimento ilícito.

3.5.10. Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes

Foram também localizados alguns precedentes em que foi suscitada a aplicação da teoria da perda de uma chance em razão de prisões levadas a efeito durante o regime militar brasileiro. Alguns dos precedentes abordam impactos relacionados à obtenção de emprego, o que poderia em tese ensejar o enquadramento na categoria de acórdãos relacionados à realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho. Contudo, há também precedente que aborda a questão de forma mais genérica, razão pela qual se optou por conceber uma categoria própria para essas hipóteses.

Em primeiro lugar, cumpre mencionar o acórdão referente aos embargos de declaração na apelação cível nº 0012462-56.2007.4.03.6100, do TRF3, que versa sobre prisão levada a efeito durante o regime militar que teria atrapalhado a busca de emprego pelo autor⁶⁷¹. Os recursos são tirados de ação objetivando indenização por danos morais e materiais causados pela prisão arbitrária que o autor sofreu durante o regime militar, no período de 06 de setembro de 1973 a 28 de dezembro de 1973, na qual foi ameaçado e torturado física e moralmente por oficiais do Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna - DOI-CODI, com o uso de espancamentos, choques elétricos etc.

Em sede de embargos de declaração, aduziu o autor que o acórdão do TRF3 teria sido omissivo quanto à tese da perda de uma chance do autor obter uma situação futura mais favorável, haja vista que, na época dos fatos, era estagiário da IBM e posteriormente teve dificuldades em encontrar emprego, pelo fato de não deter atestado de bons antecedentes.

O TRF3 entendeu que, a despeito da questão atinente ao dano material ter sido decidida na sentença de primeiro grau e no acórdão com base na incapacidade física do autor para o trabalho, em decorrência dos fatos ocorridos enquanto custodiado, o autor teria

⁶⁷¹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0012462-56.2007.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Juíza Convocada Simone Schroder Ribeiro, julgado em 27.02.2014. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

suscitado a tese de que o dano material decorreu da dificuldade em obter emprego, em virtude de não ter atestado de bons antecedentes, considerando a prisão e recusa de sua carteira de habilitação de motorista, o que não foi enfrentado no *decisum*.

Contudo, entendeu o TRF3 que, a partir da documentação acostada, o autor não teria comprovado como a ausência de atestado de bons antecedentes ou a recusa de sua habilitação dificultaram a obtenção de emprego. Inexistiriam, portanto, elementos aptos a comprovar que o autor deixou de ser contratado e qual o prejuízo sofrido como consequência, ou seja, quantos empregos e quais os salários que receberia, mas que deixou de receber por conta dos antecedentes criminais e da recusa da sua carteira de habilitação depois do seu estágio na IBM e dos fatos ocorridos. Assim, não haveria fundamento para a concessão de indenização por danos materiais da forma como pleiteado, pela não comprovação efetiva dos prejuízos.

Por fim, o TRF3 ressaltou que a tese da perda de uma chance não foi desenvolvida na petição inicial, tampouco nas razões de apelação, tratando-se de argumento inovador, cuja análise seria vedada ao tribunal, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

Embora o TRF3 tenha aventado a impossibilidade de análise do pleito indenizatório sob a ótica da perda de uma chance, em razão da inovação do argumento, é interessante notar que a análise acabou sendo empreendida, concluindo-se pela ausência de demonstração, por parte do autor, de que ele deixou de ser contratado em razão da ausência de atestado de bons antecedentes ou habilitação como motorista. O acórdão enfatiza a necessidade de apresentação de elementos concretos a respeito, o que poderia eventualmente balizar uma avaliação quanto à seriedade da chance perdida e, se o caso, a própria quantificação de eventual indenização.

No âmbito do TRF4, foram localizados dois precedentes que envolviam a invocação da teoria da perda de uma chance em meio a um pano de fundo relacionado à prisão durante o regime militar.

Na apelação cível nº 5001255-94.2013.4.04.7212, a perda de uma chance foi invocada sob o argumento de que a prisão ilegal por perseguição política teria causado prejuízos de ordem pessoal e profissional, sendo devida indenização por danos morais e danos materiais pela perda de uma chance, dado que teria sido ceifada a carreira política do autor⁶⁷².

⁶⁷²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001255-94.2013.4.04.7212*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 07.11.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

No acórdão, restou mantida a sentença de primeira instância em relação à indenização pela perda de uma chance, no sentido de que não estaria caracterizada a responsabilidade nesse tocante. Ponderou-se que o autor pugnou pela indenização em razão de ter sido impedido de prosseguir em sua carreira política. Nesse caso, a questão gravitaria em torno da teoria da perda de uma chance, porquanto o fundamento da pretensão estaria centrado na perda da possibilidade de ser eleito deputado estadual/federal.

A respeito, consignou-se que, da análise do arcabouço probatório dos autos, não se vislumbraria comprovação suficiente para ensejar a condenação da União Federal a título de danos materiais. Isso porque não houve comprovação da ocorrência de danos emergentes ou lucros cessantes; tampouco restou evidenciada a existência de vigorosa probabilidade de que o autor obtivesse êxito na eleição ao legislativo estadual. A eleição do autor ao cargo do legislativo estadual ou federal constituiria mera possibilidade, que não alcançaria o status de certeza e realidade, motivo pelo qual não estaria configurado o dever de indenizar.

Já na apelação cível nº 2007.72.00.012995-2, a teoria da perda de uma chance foi invocada sob uma perspectiva diferente. O autor ajuizou ação contra a União Federal objetivando o pagamento de indenização por danos morais, em razão de alegados danos à imagem e traumas psicológicos, bem como indenização a título de perda de uma chance, tudo em decorrência da condição de preso político do autor e torturas sofridas. A indenização pela perda de uma chance estaria aparentemente relacionada ao fato de ter sido tolhido de viver em sociedade, como um cidadão, ou de constituir família, pelas consequências traumáticas dos fatos⁶⁷³.

O TRF4 entendeu que a condição do autor de perseguido e preso político foi demonstrada. Inclusive, o autor já teria recebido, em sede administrativa, reparação econômica pelos danos sofridos em razão da sua militância política. A indenização seria referente aos danos materiais, não havendo vedação para a cumulação dessa reparação econômica com a indenização por danos morais. Nesse sentido, no acórdão, entendeu-se pela concessão da indenização por danos morais, porém a indenização pela perda de uma chance foi afastada.

Nesse ponto, o TRF4 ressaltou a necessidade de se tratar de chance séria e real para que justifique uma indenização e, ademais, salientou a vedação à reparação de danos hipotéticos. No caso concreto, não passaria do campo das hipóteses o fato de ter sido o autor

⁶⁷³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 2007.72.00.012995-2*, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 07.03.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

tolhido de viver em sociedade, como um cidadão, ou de constituir família, ainda que o laudo médico tenha atestado as consequências traumáticas das experiências sofridas, mas que poderiam ter sido minimizadas por meio de tratamento psicológico adequado. Ademais, estaria superada a questão da necessidade de ser indenizado por não ter ocupado vaga em concurso público no qual foi aprovado, em virtude da reparação econômica proveniente da Comissão de Anistia, em prestação mensal permanente e continuada.

Embora a indenização pela perda de uma chance tenha sido negada em todos os precedentes mencionados, os acórdãos não refutam a possibilidade teórica de aplicação da teoria em razão de prisão ilegal durante o regime militar.

Porém, os acórdãos evidenciam rigor em relação à análise de pleitos indenizatórios no tocante à obtenção de emprego, desenvolvimento de carreira política e também no que tange aos impactos psicológicos decorrentes de eventos traumáticos. De fato, as alegações apresentadas nos precedentes eram genéricas e o acolhimento de pretensões genéricas relacionadas à perda de uma chance poderia abrir margem a um sem número de pretensões descabidas. Nesse ponto, a análise quanto ao caráter sério e real da chance perdida ganha especial relevância, assim como a eventual quantificação de indenização, caso concedida.

3.5.11. Outras hipóteses

Em adição aos acórdãos que puderam ser enquadrados nas categorias descritas acima, foram também encontrados precedentes com panos de fundo variados em que se cogita a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Reputa-se conveniente abordar tais exemplos, ainda que se mostrem isolados, pois eles evidenciam como a teoria da perda da chance pode ter aplicações variadas, sem a possibilidade de uma delimitação taxativa.

Foram quatro hipóteses adicionais localizadas a partir da pesquisa de jurisprudência relatada, sendo que em todos os precedentes a indenização pela perda de uma chance acabou sendo negada.

O primeiro acórdão desse leque de precedentes se refere à apelação cível nº 0011145-78.2009.4.02.5001, do TRF2⁶⁷⁴. A demanda foi ajuizada contra o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, Petrobrás e União Federal e nela a empresa autora postulou: (a) a outorga do alvará de autorização de pesquisa, para proceder ao estudo da viabilidade de lavra em área localizada no Município de Vitória; (b) a autorização da União, através de portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia, para exploração da lavra; (c) a abstenção da Petrobrás de praticar qualquer ato que impedisse ou prejudicasse o exercício dos direitos relativos à pesquisa e à lavra que pretende ver reconhecidos e (d) a condenação solidária do DNPM, da Petrobrás e da União Federal ao pagamento de indenização a título de danos materiais, com fundamento na teoria da perda de uma chance, consubstanciada em valor estimado do lucro com a exploração minerária.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente e, após a interposição de recurso de apelação pela parte autora, o TRF2 manteve a sentença tal como lançada.

Em resumo, o TRF2 concluiu que nada haveria de ilegal no ato que indeferiu o requerimento de autorização de pesquisa e que a outorga de alvará para a exploração seria uma consequência da realização da pesquisa de viabilidade técnica. Nesse contexto, entendeu que seria descabido o pleito relativo à indenização por danos materiais, com base na teoria da perda de uma chance, porquanto inexistente a autorização de pesquisa e de lavra, assim como qualquer ilegalidade a macular o ato de indeferimento. Prosseguiu asseverando que não se aplicaria a referida teoria, pois que não houve uma chance real e concreta que ocasionasse à empresa autora efetivas condições de concorrer à situação esperada, isto é, exploração da área.

O acórdão não traz uma análise precisa sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, mas aborda o requisito consubstanciado na seriedade da chance perdida para fins de rejeição do pedido indenizatório, ainda que a avaliação seja relativamente rasa.

O foco da argumentação está relacionado à legalidade da negativa a respeito da possibilidade de pesquisa, tendo sido apresentadas razões para justificá-la, como a intenção de exploração mineral em área densamente urbanizada e o fato de que o local foi previamente disponibilizado para a Petrobrás. A legalidade do ato da Administração foi, portanto, determinante no afastamento da indenização pela perda de uma chance.

⁶⁷⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0011145-78.2009.4.02.5001*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Couto de Castro, julgado em 29.11.2010. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

O segundo precedente destacado é a apelação cível nº 0005677-87.2011.4.05.8200, do TRF5⁶⁷⁵. Buscava-se, na demanda, o recebimento de indenização da União Federal pelos danos morais que o autor teria suportado em decorrência da utilização de documento falso, consubstanciado em certidão de tempo de serviço emitida pela Capitania dos Portos. A utilização do referido documento teria ensejado o ajuizamento de ação penal contra o autor e a improcedência de pretensão econômica com fundamento na Lei de Anistia.

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido do autor para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, aparentemente, utilizou a perda de uma chance nesse contexto. A União Federal e o autor interpuseram recurso de apelação em face da sentença.

No acórdão, o TRF5 concluiu pela inexistência de ato ilícito decorrente do ajuizamento de ação penal para apurar a prática de estelionato, supostamente praticado mediante a utilização de documento ideologicamente falso. A atuação do Ministério Público Federal - MPF teria sido lastreada na existência de indícios da prática do delito, fundada no pedido de informações de Juízo, notadamente do processo cujo objeto era a concessão da anistia. A atuação do MPF e do Poder Judiciário não teria se dado ao arrepio da lei, não havendo, portanto, elementos capazes de imputar à União Federal o dever de indenizar com fundamento no artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Ademais, o processo criminal teria tramitado de forma regular, com a observância das garantias processuais, culminando na absolvição do autor.

Quanto aos danos morais pela improcedência da pretensão do autor de obtenção da reparação econômica com supedâneo na Lei da Anistia, entendeu o acórdão pela reforma da sentença. Isso porque, no referido processo, a juíza, a despeito de ter levado em conta a falsidade do documento, adentrou o exame dos requisitos necessários para a concessão da anistia, tendo-os afastado expressamente. Na ocasião, não vislumbrou qualquer indício de que o afastamento do autor se deu por razões de perseguição política. Uma vez negada ao autor a fruição do benefício por não haver comprovado que o seu afastamento do serviço público se deu por motivação política, não haveria que se falar na prática de qualquer conduta ilícita e, via de consequência, na existência de dano. Inexistiria, portanto, o dever de

⁶⁷⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0005677-87.2011.4.05.8200*, Primeira Turma, Rel. Juíza Convocada Carolina Souza Malta, julgado em 31.01.2019. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

indenizar e, portanto, não seria o caso de perda de uma chance, como consignado em sentença.

Não há uma análise detalhada sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso em questão. Porém, a partir dos elementos disponíveis, pode-se supor que a teoria da perda de uma chance tenha sido invocada em virtude da alegada mitigação da chance de êxito do autor na demanda de reparação econômica com supedâneo na Lei da Anistia, justamente em razão da aventada falsidade de documento previdenciário e ação penal relacionada.

Assumindo que esse contexto esteja correto, pode-se entender que houve uma análise quanto à seriedade da chance perdida, concluindo-se que o deslinde da ação acerca da concessão da anistia, em tese, não teria sido verdadeiramente impactado pela questão da falsidade do documento. Ou seja, a despeito de ter sido aventada a questão da falsidade do documento no processo de concessão da anistia, teria havido análise efetiva sobre os requisitos atinentes ao benefício, com a conclusão de que o autor não faria jus à concessão pretendida. Assim, inexistiria conduta ilícita a justificar a indenização e não seria o caso de se falar de perda da chance para fins de reparação.

No âmbito do TRF5, tem-se ainda a apelação cível nº 2008.80.00.002681-9, que discutiu pleito de responsabilização por danos materiais e morais em razão de alegada rescisão unilateral indevida do plano de saúde da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em que o autor figurava como beneficiário⁶⁷⁶.

Em primeiro grau, foi proferida sentença condenando a parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais, compreendendo as despesas que o autor teve que arcar quando da adesão a outro plano de saúde e despesas com 20 (vinte) dias de mensalidade pagos após a descontinuidade do plano de saúde.

O autor interpôs recurso de apelação afirmando que os danos materiais deveriam englobar também os valores referentes à diferença entre o valor gasto no pagamento de seu plano atual, de cobertura inferior, e o cobrado por outras seguradoras com a mesma cobertura do plano de saúde rescindido unilateralmente, levando-se em consideração a sua expectativa de vida, os aumentos das mensalidades decorrentes das futuras trocas de faixa etária e as despesas com a contratação em separado de cobertura odontológica e assistência funerária.

⁶⁷⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2008.80.00.002681-9*, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Wildo, julgado em 26.06.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

Pleiteou, alternativamente, que a situação fática descrita nos autos fosse enquadrada “como a perda da chance que o autor/apelante tinha de gozar ao longo de sua expectativa de vida, de plano de saúde de grande cobertura, por valor razoável ao seu padrão de vida e que foram frustrados ante ao ato ilícito da apelada, onde aquele somente poderia gozar dos mesmos benefícios acaso aderisse ao plano de saúde de mensalidade muito superior”. Requereu, ainda, fosse arbitrada indenização pelos danos morais que teria sofrido.

O TRF5 entendeu serem descabidos os pleitos recursais do autor. Aduziu que os valores de danos materiais que o autor objetivava incluir não seriam danos diretos e imediatos, como exige o artigo 403 do Código Civil, sendo danos reflexos e indiretos do inadimplemento contratual. Por outro lado, o pedido alternativo de reparação da perda de uma chance não deveria ser conhecido, em razão do autor ter inovado a causa de pedir em sede recursal, na medida em que o apelo trouxe argumentos jurídicos não constantes na petição inicial.

Ademais, restou consignado no acórdão que, ainda que o autor tivesse fundamentado seu pedido inicial na teoria da perda de uma chance, o que não foi o caso, não haveria garantia de que ele permaneceria por toda a sua vida como segurado do plano de saúde da OAB, caso não tivesse havido a rescisão contratual, visto que, a qualquer momento, o autor poderia optar por outro plano de saúde ou simplesmente cancelá-lo, o que demonstra a mera possibilidade de um dano.

Como se infere, o acórdão não analisou detalhadamente a aplicação da teoria da perda de uma chance, por entender que constituiu inovação recursal. No entanto, registrou que, ainda que o autor tivesse fundamentado seu pedido inicial na teoria, não haveria garantia de permanência como segurado do plano de saúde, visto que poderia optar por outro plano a qualquer momento ou simplesmente cancelá-lo. Com essa afirmação, denota-se uma avaliação, ainda que superficial, acerca da seriedade da chance perdida. Entretanto, não há uma análise de particularidades do plano, do perfil do autor e eventuais outros elementos do caso concreto, inclusive pelo fato do recurso de apelação não ter sido conhecido nesse ponto.

Por fim, importa tecer algumas considerações a respeito da apelação cível nº 2007.81.00.002895-4, que também tramitou perante o TRF5⁶⁷⁷. O recurso se refere a uma ação por danos morais e materiais, ajuizada contra a União Federal, UFC e CAPES, em virtude da veiculação, em sítio da internet, da dissertação de conclusão de mestrado do autor

⁶⁷⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.81.00.002895-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Edilson Nobre, julgado em 08.11.2011. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

sem a sua expressa autorização, fato que ter-lhe-ia retirado a oportunidade de publicação de um livro, ante a prévia divulgação do conteúdo integral da obra em meio eletrônico.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e procedentes os demais pedidos para: (a) anular o ato administrativo de inserção da dissertação do autor em site público; (b) condenar as rés a se absterem de inserir a obra em qualquer site da internet; (c) condenar as rés a se absterem de condicionar a emissão do certificado do título de Mestre em Direito à veiculação da dissertação em site público e (d) condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Após a interposição de recursos de apelação pelas partes, o TRF5 decidiu por majorar a indenização por danos morais concedida em sentença, mas manteve o indeferimento da indenização pela perda de uma chance, relacionada à expectativa de receber certos valores pela publicação de livro, não fosse a conduta das rés.

A esse respeito, afirmou que a teoria da perda de uma chance tem como pressuposto a ocorrência de uma chance séria e real, devendo, *a priori*, ser analisado o “plano de existência” da oportunidade para, em seguida, verificar-se a probabilidade da vítima vir a lograr êxito na persecução da vantagem esperada.

Na hipótese, ainda que o autor, de fato, viesse a publicar o livro, não poder-se-iam arbitrar com exatidão os lucros oriundos da publicação da obra, principalmente por se tratar do seu primeiro livro. A sentença, transcrita no acórdão, também evidencia essa preocupação. Nesse particular, consta observação no sentido de que não haveria base para afirmar que essa obra específica venderia tal ou qual número de exemplares e qual seria o seu preço, sendo que os parâmetros apresentados pelo autor seriam mera especulação.

Embora o acórdão não tenha se debruçado de forma detalhada sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, pode-se depreender certa associação com os lucros cessantes. Tanto é assim que consta no acórdão, logo antes da análise da perda da chance, uma observação de que a turma julgadora compartilharia o entendimento externado em sentença de que “os lucros cessantes apenas são devidos quando a vítima comprove que teria a justa expectativa de receber certos valores se afastada a conduta do causador do dano.”.

Salienta-se, ademais, que o acórdão registra que, embora o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal dispense a existência de ação culposa do respectivo servidor para fins de caracterização da responsabilidade estatal, não seria menos correto afirmar que, num

primeiro momento, tal responsabilidade somente ocorre com a prática de atos ilícitos. Na hipótese, foi reconhecida a conduta ilícita das rés, consubstanciada na veiculação indevida da dissertação de mestrado no autor.

No entanto, a ausência de caráter sério e real da chance perdida foi a questão determinante para o fim de afastar a indenização pleiteada com fundamento na perda de uma chance. A bem da verdade, o TRF5 não afastou a possibilidade, em tese, de aplicação da teoria. Contudo, abordou a necessidade de que a chance seja séria e real para ser indenizada e que, no caso, ainda que o autor viesse a publicar o livro, não poder-se-iam arbitrar com exatidão os lucros oriundos da publicação, principalmente por se tratar do seu primeiro livro. Ou seja, as considerações envolvem a dificuldade de se aferir a chance séria e real do autor em relação à publicação do livro e valores auferidos com essa publicação.

A partir desses outros precedentes, é possível demonstrar que há um amplo campo de aplicação da teoria da perda de uma chance e que é inviável qualquer tentativa de definição prévia de hipóteses de aplicação.

Embora a indenização não tenha sido concedida em nenhuma das oportunidades, isso se deve a especificidades dos casos concretos e não a uma inadmissibilidade das hipóteses em si consideradas. Pode-se concluir, nesse particular, que a jurisprudência não tem imposto limites para a aplicação da teoria da perda de uma chance no plano teórico, o que permite que a matéria se desenvolva daqui em diante.

3.6. Indicativos extraídos dos precedentes

A partir da análise dos precedentes dos Tribunais Regionais Federais, descritos no Apêndice A, foram alcançadas conclusões relevantes no tocante à aplicação da teoria da perda de uma chance em matéria de responsabilidade civil do Estado.

De início, pode-se afirmar que a pesquisa jurisprudencial confirmou a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em situações que envolvem a responsabilidade civil estatal.

Com efeito, nenhum acórdão apresentou fundamentação no sentido de rejeitar de antemão a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance pelo simples fato do litígio envolver a responsabilidade civil do Estado.

Pelo contrário, as manifestações mais genéricas sobre o tema foram sempre no sentido de defender a aplicabilidade da teoria à responsabilidade civil estatal, a despeito das especificidades desta última. Vejamos trecho de acórdão a título exemplificativo:

Embora existam contornos específicos no que diz respeito à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que a empresa pública também está obrigada à reparação do dano quando, por sua ação ou omissão, provoca a perda de uma chance ao administrado. Nesse sentido, verifico que a aplicação da referida teoria é admitida não só no âmbito das relações privadas, mas também em sede da responsabilidade civil prevista no dispositivo constitucional citado.⁶⁷⁸

Nesse sentido, eventuais negativas a pleitos indenizatórios fundamentados na teoria da perda de uma chance decorreram de particularidades de cada caso concreto, mas não de qualquer óbice atrelado à responsabilidade civil do Estado.

A pesquisa jurisprudencial empreendida também confirmou que a teoria tem sido invocada em situações compatíveis com os campos de aplicação comumente observados na experiência francesa, notadamente em litígios que envolvem a função pública⁶⁷⁹, responsabilidade médica ou hospitalar⁶⁸⁰, obtenção de contratos administrativos⁶⁸¹ e responsabilidade de mandatários e servidores da justiça⁶⁸², sem prejuízo de outros campos de aplicação.

Outros campos de aplicação específicos da experiência brasileira puderam ser delimitados a partir da pesquisa jurisprudencial realizada⁶⁸³, sendo certo que a análise dos precedentes também demonstrou que esses campos podem ser continuamente ampliados, sendo descabida qualquer tentativa de pré-fixar hipóteses de cabimento da teoria da perda de uma chance.

Feitas essas considerações acerca do cabimento da teoria da perda de uma chance à luz da responsabilidade civil estatal, cabe também tecer alguns comentários sobre aspectos práticos de aplicação que puderam ser observados a partir da análise jurisprudencial empreendida.

⁶⁷⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000476-45.2009.4.02.5104*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 29.10.2013, *cit.*

⁶⁷⁹Vide item 3.5.4.

⁶⁸⁰Vide item 3.5.7.

⁶⁸¹Vide item 3.5.9.

⁶⁸²Vide item 3.5.8.

⁶⁸³Vide itens 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.5.5., 3.5.6. e 3.5.10.

Em relação à amostra de 166 precedentes analisada, pôde-se observar que somente 34 acórdãos trazem considerações expressas sobre a natureza jurídica da perda de uma chance. Alguns outros citam precedentes e excertos doutrinários que abordam discussão a respeito da natureza jurídica do instituto, mas há precedentes que efetivamente silenciam sobre a questão.

Ou seja, praticamente um quinto dos acórdãos apresentam considerações expressas sobre a natureza jurídica do instituto, que ainda é relativamente controversa, o que por vezes acaba impactando outros aspectos de aplicação da teoria, devido a uma nebulosidade em torno da natureza da indenização pretendida.

A falta de uma definição clara sobre a natureza do instituto resulta na aplicação de resultados díspares para situações similares, o que fragiliza o instituto. Além disso, a falta de uniformidade a respeito da natureza jurídica do instituto também afeta, por exemplo, os parâmetros de quantificação da indenização, especialmente pela ausência de uma clara diferenciação entre o resultado final e a chance de obtê-lo ou, ainda, pela atribuição de indenizações aleatórias.

Em virtude disso, entende-se que a jurisprudência ainda precisa evoluir na consolidação de um entendimento a respeito da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, de modo que a aplicação seja mais consistente e uniforme.

Em relação aos acórdãos que efetivamente abordam a natureza jurídica do instituto, nota-se que a grande maioria se filia à noção de que a perda da chance constitui uma categoria de dano específico⁶⁸⁴, conforme a linha prevalecente no STJ. Embora outros acórdãos associem com categorias de dano já existentes no sistema jurídico brasileiro, como danos morais⁶⁸⁵ ou lucros cessantes⁶⁸⁶, não se verificou nenhum acórdão que tenha explicitamente defendido que a teoria da perda da chance atuaria na mitigação do nexo causal.

Nesse cenário, a despeito da necessidade de consolidação de um posicionamento mais firme e uniforme, a pesquisa demonstrou uma tendência de que seja acolhido o

⁶⁸⁴A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0024638-16.2009.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Juíza Convocada Carmen Sílvia Lima de Arruda, julgado em 25.08.2014, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5074852-73.2015.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogério Favreto, julgado em 13.03.2018, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0000549-89.2011.4.05.8102*, Terceira Turma, Rel. Des. Marcelo Navarro, 14.02.2013, *cit.*

⁶⁸⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0009950-78.2011.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 02.05.2012, *cit.*

⁶⁸⁶BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0008431-83.2009.4.03.6112*, Quarta Turma, Rel. Des. Alda Basto, julgado em 16.04.2015, *cit.*

entendimento do STJ no sentido de que a chance perdida constitui categoria de dano específico, que pode assumir natureza de dano extrapatrimonial ou patrimonial, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, a análise dessa amostra de 166 precedentes também demonstrou que muitos magistrados deixam de proceder com qualquer análise sobre o caráter sério e real da alegada chance perdida, o que constitui requisito de aplicação da teoria, ou o fazem de forma extremamente superficial. Em 58 precedentes não houve análise da seriedade da chance tida como perdida e em 22 precedentes a análise foi classificada como fraca, com considerações genéricas sobre tal requisito, sem que tenham sido abordados elementos concretos dos autos para apurar as probabilidades envolvidas.

É dizer: quase metade dos precedentes evidenciam algum descaso na avaliação da seriedade da chance alegadamente perdida, seja pela completa omissão a respeito do requisito ou pela precariedade da análise atinente à matéria. Nos demais casos, dividiu-se a análise em média ou forte, conforme a descrição apresentada e os elementos probatórios utilizados e explorados para justificar o cabimento da indenização nos casos concretos, bem como profundidade das considerações sobre elementos que deveriam ter sido apresentados pelas partes para demonstrar a caracterização de uma chance séria e real.

Há de se considerar que alguns precedentes não contaram com a avaliação acerca do caráter sério e real da chance perdida em virtude da conclusão quanto à não configuração de algum requisito precedente para fins de responsabilização. A título de exemplo, houve casos em que não foi empreendida análise a respeito das chances envolvidas por se entender pela não caracterização de nexo de causalidade ou ilegalidade na conduta estatal⁶⁸⁷.

Salienta-se, outrossim, que a definição da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance tem o condão de impactar a análise acerca da seriedade da chance perdida. Isso porque, em determinados casos em que a perda da chance foi considerada como dano moral, pôde-se notar maior falta de rigor na análise do caráter sério e real da chance tida como perdida. Isto é, considerou-se que a perda da chance teria gerado dissabor, mas não se perquiriu a probabilidade concreta da vantagem ser auferida pela parte interessada ao final do processo aleatório.

⁶⁸⁷Vide, por exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000851-41.2013.4.01.3000*, Sexta Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, julgado em 29.01.2018, *cit.*; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001918-29.2014.4.03.6111*, Rel. Des. Antonio Cedenho, Terceira Turma, julgado em 15.02.2017, *cit.*

Vale notar que muitos casos não apresentam uma análise detalhada a respeito do caráter sério e real da chance perdida justamente pela falta de provas aptas a subsidiar tal análise. Alguns votos denotam justamente uma preocupação a esse respeito, citando as provas que deveriam ter sido colacionadas aos autos para viabilizar a avaliação sobre o caráter sério e real da chance tida como frustrada⁶⁸⁸. Nesses casos, considerou-se, para fins de classificação, a profundidade da análise acerca dos elementos que serviriam para o fim de demonstrar o atendimento ao requisito e que não foram apresentados pela parte interessada.

Essa constatação é importante, porque evidencia a necessidade de que não somente os magistrados se inteirem acerca da teoria da perda de uma chance, aplicando-a nas hipóteses cabíveis e em consonância com os critérios estabelecidos para tanto. É também preciso que as partes e os advogados tenham atenção no enquadramento da teoria e que apresentem os subsídios necessários e requeiram as provas pertinentes para possibilitar a correta aplicação da teoria. Nesse particular, devem as partes apresentar elementos que subsidiem a análise sobre o caráter sério e real da chance perdida e também que auxiliem a fixação da indenização em observância aos parâmetros devidos.

Com essa ressalva, passa-se a outro aspecto que merece observância, que é justamente o da quantificação da indenização concedida com fundamento na teoria da perda de uma chance. Embora não tenha sido possível confirmar a lógica de arbitramento em todos os precedentes⁶⁸⁹, em meio à amostra de 166 acórdãos, estima-se que houve a concessão de indenização pela perda de uma chance em 73 oportunidades, sendo que somente em 25 acórdãos foram observados os parâmetros de quantificação aplicáveis à teoria.

Pôde-se notar que diversos precedentes associaram a teoria da perda de uma chance a um dano moral e a indenização foi fixada considerando somente os critérios de quantificação deste último instituto, sem considerações precisas sobre a diferenciação do resultado final e da perda da chance de obtê-lo, tampouco sobre a necessidade de aplicação de um coeficiente redutor que exprima a concessão de indenização pela chance em si

⁶⁸⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000317-32.2013.4.04.7105*, Terceira Turma, Rel. Des. Salise Monteiro Sanchotene, julgado em 28.01.2015, *cit.*

⁶⁸⁹Alguns precedentes apenas ratificavam valores já arbitrados em primeiro grau, sem descrever o racional de arbitramento, houve precedente que relegou a quantificação para fase de liquidação de sentença, entre outras questões.

considerada⁶⁹⁰. É por isso que, como afirmado, a correta definição da natureza jurídica da perda de uma chance traz reflexos na quantificação da indenização concedida a esse título.

A falta de rigor no arbitramento da indenização é questão salutar, já que a forma de quantificação é essencial para manter hígida a lógica que perpassa a teoria e a coerência na sua aplicação.

De mais a mais, o rigor na quantificação da indenização concedida a título de perda de uma chance também é importante para que se mantenha uma aplicação uniforme da teoria e para que se mitiguem preocupações aventadas em determinados acórdãos em relação a um possível enriquecimento ilícito, sobretudo ao se conceder indenização pelo valor do resultado final objetivado em processo aleatório⁶⁹¹.

Por fim, outro aspecto que merece destaque é o fato de que a grande maioria dos precedentes analisados - precisamente 156 acórdãos - apresenta alguma análise ou manifestação sobre culpa, dolo ou, genericamente, sobre a antijuridicidade ou ilicitude da conduta estatal. Inclusive, alguns precedentes mencionam expressamente a correlação entre um ato ilícito que resulte na perda de oportunidade para justificar a aplicação da teoria. Vejamos, por exemplo, trecho de acórdão proveniente do TRF4:

A indenização pela perda de uma chance é aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura e melhor, sendo o requisito exigido doutrinária e jurisprudencialmente para aplicação da Teoria da Perda da Chance, a evidente possibilidade/probabilidade de êxito, além dos requisitos gerais: dano, ato ilícito e nexo de causalidade. A indenização não é, assim, pela perda da vitória no processo seletivo, mas pela perda da possibilidade de concorrer com real possibilidade de ganhar. (sem os grifos do original) ⁶⁹²

Ainda a respeito do assunto, cabe citar trecho de precedente do TRF3 que classifica a doutrina da responsabilidade civil por perda de chance como subjetiva:

A doutrina da responsabilidade civil, por perda de uma chance, é subjetiva, tendo como finalidade preencher um vazio que propiciava injustiças concretas, ao permitir que ilícitos intermediários, por vezes os únicos concretos e identificáveis, não gerassem dever de indenizar; ou que, embora

⁶⁹⁰A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível n° 0000938-90.2009.4.02.5107*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 24.09.2013, *cit.*

⁶⁹¹Sobre a preocupação acerca do enriquecimento ilícito, vide: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível n° 5000518-32.2010.4.04.7104*, Quarta Turma, Rel. Des. Sebastião Ogê Muniz, julgado em 22.01.2013, *cit.*

⁶⁹²BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível n° 5008012-17.2011.4.04.7102*, Quarta Turma, Rel. Des. Jorge Antonio Maurique, julgado em 19.06.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

provado ilícito, dele não resultasse o dever de indenizar, por falta de um suposto dano objetivo, direto e concreto.⁶⁹³

Nessa toada, a ausência de irregularidade ou ilicitude na conduta estatal serviu para afastar pleitos indenizatórios em algumas ocasiões, especialmente em precedentes relacionados à função pública⁶⁹⁴, realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho⁶⁹⁵, responsabilidade médica ou hospitalar⁶⁹⁶ e falhas relacionadas a procedimentos licitatórios⁶⁹⁷.

Em alguns precedentes, a necessidade de demonstração de elemento subjetivo foi abordada especificamente por se tratar de responsabilidade civil do Estado por omissão, em linha com posicionamento de fato existente em parte da jurisprudência. Porém, em outros casos, a análise quanto à configuração de dolo, culpa ou antijuridicidade independeu de se tratar de ato comissivo ou omissivo, e foi levada a efeito a despeito do acórdão ter abordado a incidência da responsabilidade objetiva.

A bem da verdade, o que se depreende é uma preocupação em somente acolher a reparação a danos antijurídicos, isto é, danos que o sujeito não tem o dever jurídico de suportar, provenientes de conduta ilícita ou, no caso de conduta lícita, tidos como anormais e especiais, na forma explanada anteriormente.

Se, por exemplo, a frustração no prosseguimento de determinado concurso público decorre de ato regular da Administração Pública, não cabe cogitar a responsabilização pela perda de uma chance, visto que o particular tem o dever de suportar os efeitos daquele ato. O mesmo se aplica à hipótese em que um licitante é privado de prosseguir em certame devido a uma inscrição regular no SICAF ou qualquer outra restrição legítima.

Em se tratando de hipóteses de responsabilização relacionadas a hospitais geridos por entes públicos, a questão da falha ou negligência na prestação do serviço acaba se relacionando umbilicalmente com os próprios pressupostos de responsabilização. Afinal,

⁶⁹³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos Infringentes n° 0005845-55.2004.4.03.6110*, Segunda Seção, Rel. Des. Carlos Muta, julgado em 03.04.2012, *cit.*

⁶⁹⁴A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível n° 0803131-64.2013.4.05.8100*, Primeira Turma, Rel. Des. Manoel Erhardt, julgado em 26.06.2014, *cit.*

⁶⁹⁵A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível n° 0012425-16.2011.4.02.5001*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lucia Lima, julgado em 17.09.2014, *cit.*

⁶⁹⁶A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível n° 0016462-19.2007.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Sergio Schwaitzer, julgado em 30.11.2018, *cit.*

⁶⁹⁷A título de exemplo: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível n° 5006408-51.2016.4.04.7100*, Primeira Turma, Rel. Des. Marcelo de Nardi, julgado em 14.03.2018, *cit.*

havendo atuação regular por parte do hospital e seus profissionais, não se pode conceber qualquer conduta capaz de interromper o processo de desenvolvimento de determinada doença e, bem assim, não restará configurada a perda da chance, tampouco o nexo causal entre qualquer conduta estatal e a alegada frustração de chance de cura ou sobrevivência.

Em se tratando de omissão, à luz das considerações já expostas anteriormente, entende-se que a análise deverá compreender a imputação objetiva da responsabilidade (ou causalidade juridicamente estabelecida), que perpassa a averiguação a respeito da existência de um dever de agir por parte do Estado.

O expressivo número de julgados que se manifestam sobre culpa, dolo ou antijuridicidade revelam uma preocupação em não se estender demasiada e despropositadamente as hipóteses de responsabilidade do Estado.

De fato, considerando as particularidades da teoria da perda de uma chance, pode-se concluir que a sua aplicação reclama uma avaliação ainda mais cautelosa dos pressupostos gerais da responsabilidade civil do Estado, especialmente do dano passível de reparação e nexo de causalidade, sem prejuízo de demandar uma análise igualmente cautelosa dos requisitos e da forma de quantificação próprios da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Conquanto a avaliação deva ser cautelosa, não se vislumbra justificativa para impor uma diferenciação em relação aos pressupostos gerais de responsabilização civil a serem considerados nos casos de aplicação da teoria da chance e em outras situações de responsabilização estatal, especialmente no que tange ao dolo, culpa ou antijuridicidade da conduta⁶⁹⁸. Ou seja, a avaliação em si pode sofrer variações, dadas as particularidades da teoria, mas os pressupostos gerais de responsabilização considerados devem se manter inalterados.

A bem da verdade, entende-se que a interpretação e aplicação da responsabilidade civil do Estado em geral deva ainda ser aperfeiçoada, para afastar ou mitigar divergências que ainda existem no campo teórico e prático, à luz das considerações abordadas nos itens 1.4 a 1.6 deste trabalho. Esse aperfeiçoamento é importante, inclusive, para a melhor aplicação da teoria da perda de uma chance, que reclama adicionalmente uma avaliação de particularidades que lhe são próprias, o que igualmente precisa ser aprimorado.

⁶⁹⁸No âmbito do Direito francês, Alice Minet ressalta que a aplicação da teoria da perda de uma chance transcende a distinção entre responsabilidade por culpa ou sem culpa. (In: *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 284).

3.7. Riscos e/ou benefícios decorrentes da aplicação da teoria à responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública

Com base nas considerações tecidas acima, conclui-se pela possibilidade de se aplicar a teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil da Administração Pública. Inclusive, pôde-se confirmar que a aplicação prática pelos tribunais brasileiros já é uma realidade. De todo modo, entende-se pertinente que se proceda a uma análise quanto à conveniência dessa aplicação, sopesando riscos e benefícios daí decorrentes.

Alice Minet, que tratou da aplicação do instituto no Direito Administrativo francês, entende que a perda da chance constitui um instrumento que permite conciliar os interesses das diferentes partes de um litígio⁶⁹⁹.

Como não poderia deixar de ser, ela ressalta a responsabilidade civil pela perda da chance como um método importante no sentido de facilitar a indenização da vítima:

Depuis l'affirmation du principe de la responsabilité administrative à la fin du XIX^{ème} siècle, le juge administratif n'a cessé d'en étendre le champ afin de faciliter l'indemnisation des victimes. Incontestablement, la perte de chance constitue l'une des méthodes ayant contribué à cette évolution générale.⁷⁰⁰

De fato, a teoria da perda de uma chance pode se mostrar valiosa para o particular, agasalhando interesses legítimos em casos concretos, inclusive no que tange a situações que não mereceriam amparo sob as regras gerais da responsabilidade civil. Tal teoria tem aptidão para solucionar situações que, caso se mirasse apenas o dano final, acabariam sem qualquer indenização⁷⁰¹.

Considerando, portanto, a tendência atual de favorecimento da vítima, presente tanto no Direito Civil como no Direito Administrativo, além da própria concepção da responsabilidade civil estatal insculpida na Constituição Federal, que prestigia a posição da vítima e a efetiva reparação do dano, o desenvolvimento de um novo instrumento com vistas

⁶⁹⁹MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 275.

⁷⁰⁰*Id. Ibid.*, p. 277. Tradução livre: “Desde a afirmação do princípio da responsabilidade administrativa no final do século XIX, o juiz administrativo não cessou de ampliar o campo a fim de facilitar a indenização das vítimas. Incontestavelmente, a perda da chance constitui um dos métodos que contribuiu para essa evolução geral.”

⁷⁰¹ROCHA, Nuno Santos. *A «perda da chance» como uma nova espécie de dano*, cit., p. 99.

a garantir a indenização ao particular é certamente um importante benefício a ser considerado.

Entretanto, não se trata de prestigiar a reparação de dano de forma dissociada da realidade. A teoria da perda de uma chance considera e assimila a álea que afeta a situação da vítima, apresentando uma solução atenta às particularidades do caso concreto.

Nesse particular, referido instrumento atende não somente aos interesses da vítima, mas também da própria Administração Pública.

O desenvolvimento e aprimoramento de critérios relativos à chance que pode dar ensejo à reparação pode ora afastar, ora legitimar pretensões ressarcitórias, mas também tem o condão de trazer impactos ao montante indenizatório a que a vítima faz jus.

Quanto ao primeiro ponto, reputa-se salutar ter em mente que o emprego consciente da teoria pressupõe uma avaliação cuidadosa quanto à pertinência da sua aplicação e também sobre a existência de uma chance séria e real a justificar a indenização.

Quanto ao segundo ponto, como se explicou, a doutrina e a jurisprudência defendem a aplicação de coeficiente redutor em indenizações relacionadas à perda de uma chance⁷⁰², justamente em virtude das especificidades da teoria. Considerando que a indenização é concedida pela perda da chance de alcançar determinado resultado e não pela perda do resultado em si, a indenização deve corresponder a uma fração do benefício final que se esperava alcançar e jamais ao total pretendido.

Não se pode perder de vista a possibilidade de que a jurisprudência, desapegada de rigor técnico, conceda indenizações em situações típicas de perda de uma chance sem aplicar devidamente a teoria e arbitre indenizações sem se atentar aos parâmetros adequados. No entanto, deve-se analisar a conveniência de aplicação da teoria tal como concebida e partindo da premissa de que o seu emprego se dará de forma consciente e não desvirtuada.

Dentro desse cenário, espera-se uma readequação das soluções apresentadas pelos tribunais a determinados casos, o que pode servir para engajar a responsabilização estatal

⁷⁰²Conforme mencionado, o Conselho de Estado, que há muito aplica a teoria da perda de uma chance, admite em algumas situações a reparação em valor condizente à vantagem final que se esperava auferir. Em sua tese de doutorado, Alice Minet propõe uma sistematização das hipóteses de aplicação da perda de uma chance no Direito Administrativo francês e o estabelecimento de critério para as hipóteses da chamada reparação proporcional ou aplicação da lógica do tudo ou nada, com a outorga de reparação integral, pautada especialmente no tipo de álea que o litígio envolve. De todo modo, a partir da análise da aplicação da teoria pela jurisprudência pátria em matéria civil, não se vislumbra qualquer justificativa para afastar a aplicação do coeficiente redutor nas indenizações a título de perda de uma chance, o que deveria igualmente ser aplicado às hipóteses de responsabilização civil da Administração Pública.

em hipóteses antes não admitidas, mas também afastá-la em outras hipóteses, sendo que em todo caso as situações podem ser melhor enquadradas à luz do caso concreto e ter os valores de indenização adequados à luz dos parâmetros da teoria.

Para além disso, Alice Minet destaca que a aplicação da teoria da perda de uma chance prestigia também os interesses da Administração Pública sob outro enfoque, notadamente ao salvaguardar o seu poder discricionário nas circunstâncias em que a álea que afeta a situação da vítima decorre justamente dessa discricionariedade⁷⁰³.

Nessas hipóteses, se o Poder Judiciário entendesse por conceder uma indenização assumindo a incorreção de determinada decisão tomada pela Administração, estaria em certa medida substituindo a análise por ela empreendida e, bem assim, aniquilando a margem de discricionariedade que lhe é assegurada. Vejamos as explicações de Alice Minet sobre o tema:

Le raisonnement en termes de chance consacre implicitement que l'administration était libre de prendre la décision qu'elle voulait, et plus précisément, une décision autre que celle considérée par le juge comme la plus probable. Il révèle alors que le juge ne veut pas se transformer en administrateur puisque la décision pronostiquée n'est pas présentée comme étant celle que l'administration aurait dû prendre.

Pour évaluer les chances qu'avait le requérant d'obtenir la décision espérée, le juge administratif procède inévitablement à un examen des circonstances de l'espèce identique à celui que l'administration aurait opéré en l'absence de faute. A ce niveau, le travail du juge est proche de celui de l'administrateur. Il s'en éloigne cependant quant au résultat puisque le juge se refuse de faire de sa décision celle de l'administrateur. Dans ces conditions, assimiler le juge à un administrateur revient à nier la quintessence de la perte de chance qui consiste, dans le cas où le pouvoir discrétionnaire est en cause, à distinguer explicitement la décision pronostiquée par le juge et la décision libre et inconnue que l'administration aurait prise.⁷⁰⁴

⁷⁰³MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*, cit., p. 303-304.

⁷⁰⁴*Id. Ibid.*, p. 306. Tradução livre: “O raciocínio em termos de chance consagra implicitamente que a administração era livre para tomar a decisão que ela quisesse, e mais precisamente, uma decisão diferente daquela considerada pelo juiz como a mais provável. Ele revela então que o juiz não quer se transformar no administrador, uma vez que a decisão prevista não é apresentada como aquela que a administração deveria ter tomado.

Para avaliar as chances que o requerente tinha de obter a decisão esperada, o juiz administrativo inevitavelmente procede a um exame das circunstâncias em caso idêntico àquele que a administração teria operado na ausência de culpa. Nesse nível, o trabalho do juiz é próximo ao do administrador. No entanto, ele se afasta quanto ao resultado já que o juiz se recusa a fazer da sua decisão a do administrador. Sob estas condições, equiparar o juiz a um administrador equivale a negar a essência da perda da chance que consiste, no caso em que o poder discricionário está envolvido, em distinguir explicitamente a decisão prevista pelo juiz e a decisão livre e desconhecida que a administração teria tomado.”.

Destarte, ao se conceder a indenização pela perda de uma chance, o Poder Judiciário assimila e respeita a incerteza inerente à própria discricionariedade da Administração, mas, por outro lado, não assume que a decisão seja totalmente imprevisível, justamente porque a atuação da Administração Pública deve ser pautada em critérios e princípios pré-estabelecidos.

Em casos de promoção de agentes públicos, por exemplo, a discricionariedade da Administração Pública pode prevenir uma conclusão cabal quanto à ilegalidade de determinada decisão tomada em desfavor da vítima. Contudo, a discricionariedade não pode ser ignorada ao se analisar se a conduta estatal efetivamente causou um dano antijurídico e suprimiu uma chance séria e real de promoção, sendo a teoria da perda de chance um instrumento que permite conciliar os interesses em voga.

Em relação aos riscos de disseminação da teoria, não se nega a possibilidade de alguma ampliação das hipóteses de responsabilização civil do Estado, que já é deveras extensa, onerando-se ainda mais os cofres públicos e, por conseguinte, os contribuintes, já que é sobre eles que recai o ônus pela socialização do prejuízo individual.

Com efeito, essa preocupação foi expressamente manifestada no precedente do STF que discutia o cabimento de indenização em caso de posse tardia em cargo público, determinada por decisão judicial⁷⁰⁵.

Em regime de repercussão geral, optou-se por prever como regra a inaplicabilidade da indenização nessas hipóteses, prevendo como exceção as situações de arbitrariedade flagrante, dentro de um contexto que o Ministro Roberto Barroso ressaltava justamente a já alargada responsabilidade civil estatal e a importância de se distinguir o tratamento dado a situações em que o Estado age arbitrariamente⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 724.347 - DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26.02.2015, *cit*.

⁷⁰⁶Vejam os trechos das discussões registradas na sessão de julgamento:

“(…) em algum momento nós vamos ter que revisitar o tema da responsabilidade civil do Estado, que, com todas as vênias, talvez no Brasil ela seja mais exacerbada do que em qualquer outra parte do mundo, sobretudo no mundo anglo-saxão, a responsabilidade do Estado é mínima.

(…)

E mesmo na França ela, hoje, não tem a extensão que tem aqui, mas isso não está em discussão. É porque eu acho que o Estado, a despeito do 37, § 6º, responde, em muitas situações, objetivamente; mas, em outras situações, o Estado responde subjetivamente, ele responde se tiver agido culposamente, se tiver agido arbitrariamente. Portanto, eu faria esta nuance.

(…)

Eu apenas acho que certas decisões, certas linhas jurisprudenciais que nós criamos aqui produzem feitos em cascata sobre a responsabilização civil do Estado. E, portanto, eu fiz a opção por uma postura mais comedida na atribuição de responsabilidade civil ao Estado, que eu não teria hesitação em reconhecer se considerasse ter havido arbitrariedade patente. Por esta razão é que eu fiz uma certa distinção, que me parece que não é

Na ocasião, a teoria da perda da uma chance não chegou a ser considerada, nem mesmo como alternativa para mitigar a exposição financeira do Estado em algumas situações concretas, embora fosse possível construir um debate em torno do tema.

De toda forma, ainda que a opção constitucional no tocante aos contornos da responsabilidade civil estatal tenha sido desenhada de forma ampla e a jurisprudência caminhe também no sentido de dilatá-la, fato é que uma nova formatação desse modelo depende de reformas legislativas e da revisão de um posicionamento jurisprudencial construído ao longo de anos.

O preceito constitucional existente em matéria de responsabilidade civil estatal autoriza a aplicação da teoria da perda de uma chance. Além disso, entende-se que o instituto é compatível com o ordenamento jurídico pátrio e pode trazer benefícios em caso de uma aplicação consciente por parte dos tribunais.

Portanto, a solução para a alargada responsabilidade civil estatal certamente não se encontra na negação a uma teoria já amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, bem como efetivamente aplicada pelos tribunais, inclusive em situações envolvendo a responsabilidade civil da Administração Pública.

Nessa linha, não se pode cogitar a inércia no tocante à aplicação de um instrumento legítimo do campo da responsabilidade civil como um meio adequado para mitigar a extensão da responsabilidade civil do Estado.

É preciso, contudo, e como já adiantado, que os tribunais procedam com uma avaliação cautelosa e rigorosa dos pressupostos gerais da responsabilidade civil do Estado, especialmente do dano passível de reparação e nexo de causalidade, sem prejuízo de procederem com uma análise igualmente cautelosa no que tange aos requisitos e forma de quantificação próprios da teoria da perda de uma chance.

Essa avaliação cautelosa se mostra salutar para evitar o risco de abuso de direito por parte das vítimas, afastando situações que não sejam passíveis de reparação, mesmo sob a ótica da teoria da perda da uma chance.

tão sutil, entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva do Estado, porque, quando o Estado se comporta de maneira inequivocamente arbitrária, eu acho que a postura de aferição da sua responsabilidade deve ser diferente daquela responsabilidade que automaticamente se atribui a ele pelo dispositivo da responsabilidade objetiva constitucional.”.

Outrossim, é preciso que a jurisprudência busque uniformizar o entendimento relacionado à aplicação da teoria, garantindo segurança jurídica por meio da previsibilidade na prestação jurisdicional.

A respeito do tema, são valiosos os ensinamentos de Rafael Carvalho Resende Oliveira:

A segurança jurídica, tradicionalmente vinculada à codificação e à visão positivista do direito nos países do *civil law*, depende, na atualidade, da previsibilidade e da coerência na prestação jurisdicional diante de um ordenamento jurídico fragmentado e repleto de normas abertas (princípios jurídicos e direitos fundamentais, por exemplo), cuja interpretação judicial pretende conferir o real significado e alcance das normas jurídicas.

Os ideais de segurança jurídica e igualdade não são garantidos apenas com a mera existência de leis e da autoridade da coisa julgada para as partes envolvidas em determinado processo judicial. É fundamental assegurar que casos semelhantes julgados pelo Judiciário tenham soluções jurídicas uniformes.⁷⁰⁷

Por tudo isso, entende-se que mais se ganha do que se perde ao se aplicar a teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil estatal.

A aplicação da teoria prestigia o sistema constitucional vigente e os fundamentos da responsabilidade civil, além de ser compatível com a forma de desenvolvimento desse instituto jurídico, privilegiando vítimas e danos que efetivamente merecem reparação, sem desconsiderar aspectos de interesse da própria Administração Pública, inclusive em relação à preservação de sua discricionariedade com concomitante admissão de controle judicial.

Logicamente, a aplicação da teoria deve ser consciente e pautada nos ditames traçados pela doutrina e jurisprudência, com uma análise rigorosa dos pressupostos necessários à concessão da indenização e observância da forma de quantificação aplicável, de modo a evitar o enriquecimento sem causa e o descrédito do instituto.

⁷⁰⁷In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65.

CONCLUSÃO

Este trabalho objetivava alcançar uma conclusão fundamentada a respeito da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil da Administração Pública, bem como a respeito da legitimidade e conveniência de disseminação do mecanismo dentro desse contexto.

A partir de todo o exposto nos capítulos anteriores, foi possível concluir pelo cabimento da perda de uma chance em se tratando de responsabilidade civil da Administração Pública, bem como pela compatibilidade da teoria à luz do ordenamento jurídico brasileiro e pressupostos de caracterização da responsabilização civil estatal.

O desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado, sobretudo em nosso país, foi marcado por um contínuo alargamento do espectro de responsabilização e até pela flexibilização de certos pressupostos de caracterização, sempre com vistas a assegurar a efetiva reparação à vítima.

A tendência de prestigiar a efetiva reparação do dano, dando ênfase à vítima e não ao causador do dano, não é, contudo, própria da responsabilidade civil estatal. Trata-se de tendência marcante da responsabilidade civil enquanto instituto que transcende ramos específicos do Direito e que decorre não somente dos seus fundamentos e finalidade, mas especialmente de políticas legislativas alinhadas a essa concepção.

Tendo a teoria da perda da chance sido concebida e desenvolvida para atender a uma necessidade concreta evidenciada em meio ao aumento da complexidade das relações sociais, no sentido de se considerar a álea e o acaso em meio às soluções jurídicas, é certo que, havendo situações similares no âmbito das relações que envolvem a Administração Pública, deve-se igualmente cogitar a aplicação da referida teoria.

Sob qualquer ângulo que se analise a responsabilidade civil estatal e independente do fundamento a ela atribuído, não parece ser admissível conclusão diversa. Seja sob a ótica da teoria do risco, do princípio da igualdade dos ônus e encargos públicos, sob a lógica de defesa do socialmente mais fraco ou, ainda, sob o princípio da legalidade e submissão do Estado ao Direito, pode-se verificar a ênfase na efetiva reparação do dano e comprometimento com a noção de justiça.

Nessa conjuntura, não teria cabimento a desconsideração de um instituto legítimo capaz de assegurar a reparação em situações específicas agasalhadas pelo Direito.

Aliado a isso, não se verifica qualquer entrave para se admitir, ao menos no plano teórico, a aplicação da teoria da perda de uma chance em situações que envolvem a responsabilidade civil da Administração Pública à luz dos pressupostos de caracterização desta última. O estudo empreendido demonstra justamente o contrário.

Afinal, prevalece na jurisprudência brasileira a concepção de que a perda da chance constitui uma espécie de dano, que pode assumir caráter patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do caso concreto e do interesse ao qual o processo aleatório está relacionado.

A Constituição Federal, por sua vez, estabelece as bases da responsabilidade civil do Estado e o faz de forma ampla. Inexiste, na redação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, qualquer limitação em relação à natureza ou modalidade de dano passível de reparação.

Da mesma forma, passando para as normas infraconstitucionais que também são importantes no tratamento da responsabilidade civil estatal, especialmente aquelas previstas no Código Civil, igualmente inexistente qualquer limitação em relação ao dano passível de reparação. A bem da verdade, o Código Civil prevê uma cláusula geral de reparação de danos, sem indicar os interesses cuja violação origina um dano ressarcível.

Por tudo isso, tendo se apontado que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido a reparação pela perda de chance, entende-se que tal possibilidade deve ser estendida à responsabilidade civil do Estado, que tem seguido, em matéria de dano ressarcível, as disposições constitucionais, mas também normas infraconstitucionais e diretrizes aplicáveis à esfera civil.

A avaliação em relação ao dano pela perda de uma chance deve ser feita de forma cautelosa, observando-se os parâmetros aplicáveis a todo e qualquer dano cogitado no âmbito da responsabilidade civil estatal, sem prejuízo da observância aos contornos próprios da teoria.

Há diversas hipóteses que podem ser cogitadas sob o plano teórico para aplicação da teoria da perda de uma chance, inclusive a partir de situações concretas discutidas na jurisprudência administrativa francesa ou aventadas pela doutrina especializada no assunto.

O que se verifica é que, a bem da verdade, a aplicação da teoria da perda de uma chance em situações que envolvem a responsabilidade civil da Administração já é uma realidade.

A pesquisa jurisprudencial empreendida demonstrou existir uma vasta gama de situações em que a aplicação da teoria da perda de uma chance é aventada e, em muitas das ocasiões, chancelada pelo Poder Judiciário. Por outro lado, não se localizou nenhum precedente que tenha rejeitado a possibilidade de aplicação da teoria exclusivamente por se tratar de responsabilidade civil do Estado, ainda que se reconhecesse que ela pode ter contornos próprios.

Em relação aos campos de aplicação, verificou-se que a teoria é aplicada em situações similares às aquelas extraídas da jurisprudência francesa e também em outras situações diversas, não sendo adequada qualquer tentativa de pré-fixar e, bem assim, limitar as hipóteses de aplicação, eis que a avaliação dependerá do caso concreto.

Precisamente, pelo que se pôde extrair da pesquisa jurisprudencial, a aplicação da teoria da perda de uma chance foi aventada em situações envolvendo: (a) acidentes decorrentes de más condições em rodovia; (b) extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência; (c) frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis; (d) função pública, em razão de nomeação tardia, ilegalidades em concurso, perda de direitos por demissão irregular, entre outros; (e) inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas; (f) a realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho; (g) responsabilidade médica/hospitalar; (h) serviços jurídicos da Defensoria Pública ou extravio de autos de processos; (i) cadastro indevido de sanção ou inadimplência, além de outras falhas que impactaram procedimentos licitatórios e (j) prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes, além de outras hipóteses.

A análise de jurisprudência demonstrou, ademais, uma crescente conscientização em relação às nuances da teoria e forma de aplicação. Todavia, parece haver ainda espaço para aprimorar a invocação e aplicação prática da teoria da perda de uma chance.

Há um despreparo por parte dos litigantes ao aventar a aplicação da teoria, sem o correto enquadramento da indenização pretendida ou disponibilização de elementos de prova necessários. Por outro lado, a aplicação da teoria por parte dos tribunais também tem espaço para se desenvolver, sendo certo que em diversas ocasiões não se tem uma definição clara da natureza jurídica do instituto, parâmetros de análise em relação ao caráter sério e real da chance alegadamente perdida ou, ainda, cautela na avaliação dos requisitos aplicáveis e no arbitramento das indenizações.

A despeito disso, sopesando os riscos e benefícios, entende-se conveniente a disseminação da aplicação consciente da teoria da perda de uma chance aplicada à responsabilidade civil em questões que envolvam a Administração Pública.

Não se desconsidera a legítima preocupação de ampliação de hipóteses da responsabilidade civil estatal, já demasiadamente extensa, e em relação ao efeito econômico relacionado. De fato, é importante que se reflita sobre o regime de responsabilidade civil de forma macro e sobre as consequências práticas de determinadas opções adotadas.

Todavia, a solução para a alargada responsabilidade civil estatal certamente não se encontra na negação a uma teoria amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, bem como efetivamente aplicada pelos tribunais, inclusive em situações envolvendo a responsabilidade civil da Administração Pública.

A aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil estatal encontra respaldo no sistema constitucional vigente e nos fundamentos da responsabilidade civil, além de ser compatível com a forma de desenvolvimento desse instituto jurídico, uma vez que prestigia a ênfase na vítima e a efetiva reparação do dano.

Por outro lado, a teoria da perda de uma chance não deixa de considerar aspectos de interesse da própria Administração Pública, pois a sua aplicação séria pode ensejar o afastamento de pretensões descabidas de reparação, servir para minorar o *quantum* indenizatório de forma proporcional à chance considerada e, ademais, assumir um papel relevante no controle judicial de atos discricionários, notadamente por preservar a discricionariedade da Administração Pública sem admitir que ela seja marcada por uma completa arbitrariedade.

Logicamente, a aplicação da teoria deve ser consciente e pautada nos ditames traçados pela doutrina e jurisprudência, com uma análise rigorosa dos pressupostos necessários à concessão da indenização e observância da forma de quantificação aplicável, de modo a evitar o enriquecimento sem causa e o descrédito do instituto.

Nesse particular, ganha relevância a necessidade de motivação das decisões judiciais, de modo atento ao caso concreto e com a ponderação de consequências e alternativas⁷⁰⁸, tudo de forma a propiciar o constante aprimoramento e também a devida uniformização da matéria.

⁷⁰⁸Conforme diretrizes do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 341-359.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de direito administrativo, v. 7. Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto. A reparação do dano causado pelo Estado ao administrado. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al* (Orgs.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1120-1130.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 293-336.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 15. éd. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.

CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privé: les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciare*. Paris: LGDJ, 1954.

CHINELATO, Silmara Juny. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 583-605.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contract)*. Paris: Dalloz, 1927.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 51-78.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o princípio da proporcionalidade. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 223-237.

FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, n. 4, p. 119-149, jan./mar. 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 2. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil da perda de uma chance*. São Paulo: Clássica, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria do *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Orgs.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.131-1.155.

HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

JURISPRUDÊNCIA UNIFICADA. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 226-248.

KING JR., Joseph. "Reduction of likelihood" reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. *The University of Memphis Law Review*, v. 28, n. 2, 1998.

KING JR., Joseph. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 6, p. 1353-1397, May 1981.

LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928.

LEGUINA VILLA, Jesus. *La responsabilidad civil de la administración pública: su formulacion en el derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*. Madrid: Tecnos, 1983.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Saldoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 111-152, jan./dez.2006.

MAKDISI, John. Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability. *North Carolina Law Review*, v. 67, n. 5, p. 1.063-1.101, 1989.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 361-390.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD León. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle eu contractuelle*. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINET, Alice. *La perte de chance en droit administratif*. Thèse de doctorat en Droit Public. Université Panthéon-Assaz (Paris 2), 2013.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 37-69.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 733-752, out. 2003.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 42, n. 2, p. 525-544, avr./juin. 1990. Etudes de droit contemporain.

PENNEAU, Jean. *La responsabilidade médica*. Paris: Sirey, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualização Gustavo Tepedino. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos: *faute du service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 169-194.

ROCHA, Nuno Santos. *A «perda da chance» como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2017.

SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la puissance publique*. Paris: LGDJ, 1994.

SANTOS, Rodrigo Valgas do. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 268-292.

SAVATIER, René. La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé). *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 28, n. 3, p. 493-510, juil./sept. 1976.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

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

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 201-227.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. Dir. Jacques Ghestin. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1981.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos do usuário. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 337-352.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade civil do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

Internacionais

MICHIGAN (State). Supreme Court. *Falcon v. Memorial Hosp.*, 462 N.W.2d 44 (Mich. 1990). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/>

REPUBLIQUE FRANCAISE. Cour de cassation. Chambre civile 1. Audience publique du mercredi 15 juin 2016. N° de pourvoi: 14-19927. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

REPUBLIQUE FRANCAISE. Cour de cassation. Chambre civile 2. Audience publique du jeudi 8 février 2018. N° de pourvoi: 17-11744. Inédit. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>

ENGLAND AND WALES. The Court of Appeal. *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/>.

Nacionais

Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 223 – PE*. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14.04.2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 852.237 - RS*. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 951.552 - ES*. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 02.08.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.246 - AL*. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16.12.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 754.778 - RS*. Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26.11.2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 644.395 - GO*. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.10.2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 598.356 - SP*. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 08.05.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 364.631 - RS*. Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 29.08.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 327.904 - SP*. Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 15.08.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 409.203 - RS*. Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 07.03.2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 130.764 - PR*. Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 12.05.1992. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 841.526 - RS*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 591.874 - MS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.08.2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 724.347 - DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26.02.2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 629.392 - MT*. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 593.525 - DF*. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09.08.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Segundo Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 1.853 - GO*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.08.2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>.

Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 741.577 - PR (2015/0166182-0)*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06.04.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 754.859 – GO (2015/0189097-6)*. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02.06.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.145.118/SP - (2009/0184568-1)*. Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19.10.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.364 – SP (1990/0005788-4)*. Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 10.10.1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 173.148 - RJ (2012/0089345-6)*. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03.12.2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.321.606 - MS (2011/0237328-0.)* Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23.04.2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 825.037 - DF (2008/0253961-7)*. Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 01.02.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.308.719 - MG (2011/0240532-2)*. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25.06.2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.11.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 719.738 - RS (2005/0012176-7)*. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.09.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 32.575 - SP (1993/0005217-9)*. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 01.09.1997, publicado em 23.06.1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 57.529 - DF (1994/0037040-7)*. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Rel. para o Acórdão Min. Fontes de Alencar, Quarta Turma, julgado em 07.11.1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.540.153 - RS (2015/0082053-9)*. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.04.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.662.338 - SP (2015/0307558-0)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.12.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14.11.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.591.178 - RJ (2013/0236789-0)*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.04.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.08.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.115.687 - SP (2009/0103354-9)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.11.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8)*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08.11.2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 821.004 - MG (2006/0035112-2)*. Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.08.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>.

Tribunais Estaduais

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 1.0024.13.350477-9/007*. Rel. Des. Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, julgado em 05.10.2017. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 1.0024.06.269920-2/001 MG*. Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, julgado em 10.06.2014. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Paraná TJ-PR. *Apelação Cível nº 893595-9*. Rel. Des. Renato Braga Bettega, 9ª Câmara Cível, julgado em 22.11.2012. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ. *Apelação nº 0217356-94.2015.8.19.0001*. Rel. Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior, 9ª Câmara Cível, julgado em 26.09.2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 70077054351*. Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, 15ª Câmara Cível, julgado em 11.04.2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 70076031830*. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, 16ª Câmara Cível, julgado em 22.02.2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 70003003845*. Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, 6ª Câmara Cível, julgado em 29.05.2002. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 591064837*. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 5ª Câmara Cível, julgado em 29.08.1991. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. *Apelação Cível nº 589069996*. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 5ª Câmara Cível, julgado em 12.06.1990. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC. *Apelação Cível nº 2007.056997-6*. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 17.11.2009. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Agravo Regimental nº 0044494-59.2008.8.26.0554*. Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, 28ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10.06.2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1093237-43.2015.8.26.0100*. Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19.04.2018. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1000752-26.2017.8.26.0400*. Rel. Des. Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14.03.2018. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1003730-29.2015.8.26.0114*. Rel. Des. Melo Bueno, 35ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04.12.2016. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 1006563-02.2014.8.26.0002*. Rel. Des. Kioitsi Chicuta; 32ª Câmara de Direito Privado; julgado em 16.04.2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 0039092-89.2011.8.26.0554*. Rel. Des. Claudio Hamilton; 27ª Câmara de Direito Privado; julgado em 26.08.2014. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 9275639-09.2008.8.26.0000*. Rel. Des. Silvia Rocha, 29ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27.11.2012. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. *Apelação Cível nº 9199846-35.2006.8.26.0000*. Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22.02.2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>.

Tribunais Regionais Federais

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1, *Apelação Cível nº 0001179-93.2004.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 16.06.2014. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002131-21.2013.4.01.4302*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 13.04.2018. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0006609-40.2006.4.01.4101*, Sexta Turma, Rel. Juiz Convocado Lincoln Rodrigues de Faria, julgado em 05.02.2018. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000851-41.2013.4.01.3000*, Sexta Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, julgado em 29.01.2018. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001183-33.2004.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 20.11.2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001895-86.2005.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 06.11.2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0006340-15.2012.4.01.3802*, Sexta Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses, julgado em 26.06.2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001180-78.2004.4.01.3902*, Sexta Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses, julgado em 26.06.2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0003269-25.2009.4.01.3700*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 06.03.2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0008001-49.2009.4.01.3700*, Sexta Turma, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, julgado em 28.11.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0008486-41.2012.4.01.3701*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 17.10.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000123-87.2006.4.01.3600*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 10.10.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0034249-11.2011.4.01.3400*, Sexta Turma, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 19.09.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0009638-88.2011.4.01.3304*, Quinta Turma, Rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, julgado em 17.02.2016. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0001480-59.1998.4.01.3802*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 29.07.2015. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002357-09.2001.4.01.3700*, Sexta Turma, Rel. Juíza Hind Ghassan Kayath, julgado em 21.07.2014. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000467-81.2005.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 07.08.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0014040-98.2009.4.01.3300*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 31.07.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0012213-12.2006.4.01.3800*, Quinta Turma, Rel. Juiz Convocado Carlos Eduardo Castro Martins, julgado em 08.05.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0000538-78.2008.4.01.3801*, Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, julgado em 13.03.2013. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0002236-43.2009.4.01.4300*, Terceira Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, julgado em 26.07.2011. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. *Apelação Cível nº 0019961-37.2002.4.01.3800*, Quinta Turma, Des. João Batista Moreira, julgado em 18.11.2009. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Agravo de Instrumento nº 0009594-50.2017.4.02.0000*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 15.08.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0016462-19.2007.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Sergio Schwaitzer, julgado em 30.11.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0013489-52.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 18.07.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000710-53.2011.4.02.5105*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 07.06.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000724-37.2011.4.02.5105*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 30.05.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000713-08.2011.4.02.5105*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 30.05.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0066582-51.2016.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Alcides Martins, julgado em 17.04.2018. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000037-20.2012.4.02.5107*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Alcides Martins, julgado em 12.12.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0008943-46.2014.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Alcides Martins, julgado em 22.11.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007598-16.2012.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Diefenthaeler, julgado em 31.10.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0092452-71.2016.4.02.5110*, Sexta Turma Especializada, Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 15.09.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0015003-35.2014.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Reis Friede, julgado em 06.07.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0133182-02.2013.4.02.5120*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Julio Emilio Abranches Mansur, julgado em 20.06.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002140-80.2010.4.02.5103*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, julgado em 21.03.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002261-80.2011.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 07.02.2017. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000853-69.2012.4.02.5117*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, julgado em 14.12.2016. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000271-74.2013.4.02.5104*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Nizete Lobato Carmo, julgado em 05.09.2016. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0030052-53.2013.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcello Ferreira de Souza Granado, julgado em 30.06.2016. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0007531-85.2011.4.02.5101*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lúcia Lima, julgado em 16.03.2016. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0010723-26.2011.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, julgado em 07.12.2015. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0004190-84.2007.4.02.5103*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Antonio Henrique Correa da Silva, julgado em 15.06.2015. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0004948-39.2011.4.02.5001*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Couto de Castro, julgado em 10.12.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0024557-04.2008.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Juíza Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 29.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0025873-18.2009.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 23.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0012425-16.2011.4.02.5001*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Vera Lucia Lima, julgado em 17.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0045133-76.2012.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Bollorini Pereira, julgado em 01.09.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0024638-16.2009.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Juíza Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 25.08.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0045469-80.2012.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 22.07.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0006357-90.2001.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 24.06.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0013663-66.2008.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 20.05.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0006286-39.2011.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Carmen Silvia Lima de Arruda, julgado em 17.02.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000476-45.2009.4.02.5104*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 29.10.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000938-90.2009.4.02.5107*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Marcus Abraham, julgado em 24.09.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0003449-50.2007.4.02.5101*, Quinta Turma Especializada, Rel. Des. Aluisio Goncalves de Castro Mendes, julgado em 24.09.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002491-72.2009.4.02.5108*, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Raldênio Bonifacio Costa, julgado em 21.08.2013. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0002796-92.2010.4.02.5117*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho, julgado em 26.09.2012. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0009950-78.2011.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 02.05.2012. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0005747-19.2010.4.02.5001*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 23.05.2011. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0001762-84.2002.4.02.5110*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, julgado em 18.05.2011. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0011145-78.2009.4.02.5001*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Couto de Castro, julgado em 29.11.2010. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0018050-95.2006.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Reis Friede, julgado em 17.11.2010. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0016149-63.2004.4.02.5101*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Couto de Castro, julgado em 13.04.2009. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0000548-80.2005.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Theophilo Miguel, julgado em 26.11.2008. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0012683-32.2002.4.02.5101*, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Theophilo Miguel, julgado em 29.10.2008. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2. *Apelação Cível nº 0020401-96.1998.4.02.0000*, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, julgado em 26.02.2003. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/portal/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002855-95.2012.4.03.6115*, Sexta Turma, Rel. Des. Johonsom Di Salvo, julgado em 20.09.2018. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0022216-90.2005.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Des. Marli Ferreira, julgado em 07.12.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001827-23.2011.4.03.6117*, Sexta Turma, Rel. Des. Fábio Prieto, julgado em 01.02.2018. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001618-76.2010.4.03.6121*, Sexta Turma, Rel. Des. Fábio Prieto, julgado em 01.02.2018. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000961-86.2013.4.03.6103*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 22.11.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002531-82.2000.4.03.6000*, Quinta Turma, Rel. Juíza Convocada Louise Filgueiras, julgado em 13.11.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº TRF 0001147-60.2014.4.03.6108*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 06.09.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0010555-63.2009.4.03.6104*, Quinta Turma, Rel. Juíza Convocada Louise Filgueiras, julgado em 07.08.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0029593-20.2002.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 19.04.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000343-63.2007.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Des. Marcelo Saraiva, julgado em 19.04.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0002723-47.2008.4.03.6125*, Terceira Turma, Rel. Juiz Convocado Silva Neto, julgado em 15.03.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001918-29.2014.4.03.6111*, Rel. Des. Antonio Cedenho, Terceira Turma, julgado em 15.02.2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0009995-55.2008.4.03.6105*, Terceira Turma, Rel. Des. Antonio Cedenho, julgado em 17.12.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0007348-47.2005.4.03.6120*, Quinta Turma, Rel. Des. Maurício Kato, julgado em 09.11.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0013351-77.2011.4.03.6000*, Sexta Turma, Rel. Des. Consuelo Yoshida, julgado em 13.08.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0008431-83.2009.4.03.6112*, Quarta Turma, Rel. Des. Alda Basto, julgado em 16.04.2015. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0000215-62.2001.4.03.6000*, Sexta Turma, Rel. Des. Regina Costa, julgado em 09.06.2011. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0047418-45.2000.4.03.6100*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 02.07.2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0005845-55.2004.4.03.6110*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 15.01.2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Apelação Cível nº 0001387-11.1993.4.03.6100*, Sexta Turma, Rel. Des. Lazarano Neto, julgado em 10.07.2008. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0012462-56.2007.4.03.6100*, Quarta Turma, Rel. Juíza Convocada Simone Schroder Ribeiro, julgado em 27.02.2014. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. *Embargos Infringentes nº 0005845-55.2004.4.03.6110*, Segunda Seção, Rel. Des. Carlos Muta, julgado em 03.04.2012. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003316-02.2015.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 29.01.2019. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005795-96.2014.4.04.7004*, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, julgado em 11.12.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001778-34.2016.4.04.7105*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 07.11.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5009097-34.2017.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 07.11.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5023759-37.2016.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, julgado em 17.10.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003909-65.2015.4.04.7121*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 04.09.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5006408-51.2016.4.04.7100*, Primeira Turma, Rel. Des. Marcelo de Nardi, julgado em 14.03.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5074852-73.2015.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 13.03.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005185-33.2016.4.04.7110*, Terceira Turma, Rel. Des. Rogerio Favreto, julgado em 06.03.2018. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5028837-55.2015.4.04.7000*, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack De Almeida, julgado em 28.11.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5005630-49.2014.4.04.7101*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 08.11.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001255-94.2013.4.04.7212*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 07.11.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000231-24.2014.4.04.7009*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 25.10.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5002328-64.2014.4.04.7213*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 18.10.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5002120-85.2015.4.04.7006*, Terceira Turma, Rel. Des. Gabriela Pietsch Serafin, julgado em 26.09.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5068873-38.2012.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 17.05.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5011534-93.2013.4.04.7001*, Terceira Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 25.04.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000795-50.2012.4.04.7210*, Terceira Turma, Rel. Des. Friedmann Anderson Wendpap, julgado em 07.03.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000483-50.2011.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 21.02.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5017011-82.2013.4.04.7200*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 25.01.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5008776-73.2015.4.04.7001*, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Isabel Pezzi Klein, julgado em 24.01.2017. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5006363-78.2015.4.04.7101*, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 06.12.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5001067-27.2010.4.04.7109*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 24.08.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5023108-49.2014.4.04.7205*, Quarta Turma, Rel. Des. Eduardo Gomes Philippsen, julgado em 10.08.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5071595-74.2014.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Eduardo Gomes Philippsen, julgado em 13.07.2016. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003178-40.2013.4.04.7121*, Quarta Turma, Rel. Des. Sérgio Renato Tejada Garcia, julgado em 06.10.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5060392-18.2014.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 02.10.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5009252-42.2014.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 09.09.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5049010-96.2012.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 18.08.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5032555-22.2013.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 27.05.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000317-32.2013.4.04.7105*, Terceira Turma, Rel. Des. Salise Monteiro Sanchotene, julgado em 28.01.2015. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5017430-48.2012.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 19.08.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5004117-97.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 27.05.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5017529-52.2011.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Luiz Carlos Cervi, julgado em 13.05.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5002259-31.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Luiz Carlos Cervi, julgado em 13.05.2014. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 0012936-70.2008.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 05.12.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5003100-46.2012.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 05.12.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5007014-98.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 03.12.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5026749-83.2011.4.04.7000*, Terceira Turma, Des. Rel. Fernando Quadros da Silva, julgado em 04.09.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000211-51.2010.4.04.7210*, Quarta Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, julgado em 16.04.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5013611-83.2010.4.04.7000*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 21.05.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5000518-32.2010.4.04.7104*, Quarta Turma, Rel. Des. Sebastião Ogê Muniz, julgado em 22.01.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5022686-40.2010.4.04.7100*, Quarta Turma, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, Rel. para o Acórdão Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 27.11.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5008012-17.2011.4.04.7102*, Quarta Turma, Rel. Des. Jorge Antonio Maurique, julgado em 19.06.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5008318-98.2011.4.04.7000*, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 18.04.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 2007.72.00.012995-2*, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 07.03.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 2007.72.00.015359-0*, Terceira Turma, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, Rel. para o Acórdão Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 14.12.2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 5002679-06.2010.4.04.7204*, Terceira Turma, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 29.03.2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 2008.71.00.003746-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, julgado em 01.12.2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 0007032-16.2001.4.04.7100*, Terceira Turma, Rel. Des. Roger Raupp Rios, julgado em 09.11.2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Apelação Cível nº 1999.71.00.029982-0*, Terceira Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 31.03.2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 5000211-51.2010.4.04.7210*, Quarta Turma, Rel. Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, julgado em 16.07.2013. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. *Embargos Infringentes nº 2007.72.00.015359-0*, Segunda Seção, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, julgado em 13.09.2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0005677-87.2011.4.05.8200*, Primeira Turma, Rel. Juíza Convocada Carolina Souza Malta, julgado em 31.01.2019. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0002152-81.2012.4.05.8000*, Segunda Turma, Rel. Des. Frederico Dantas, julgado em 18.09.2018. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0006555-37.2010.4.05.8300*, Primeira Turma, Rel. Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgado em 09.03.2017. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0004174-85.2012.4.05.8300*, Quarta Turma, Rel. Des. Manuel Maia, julgado em 06.10.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0805391-62.2014.4.05.8300*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 14.05.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0803426-49.2014.4.05.8300*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 07.05.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0001081-57.2011.4.05.8104*, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, julgado em 26.03.2015. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0803131-64.2013.4.05.8100*, Primeira Turma, Rel. Des. Manoel Erhardt, julgado em 26.06.2014. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0008278-57.2011.4.05.8300*, Segunda Turma, Rel. Des. Vladimir Carvalho, julgado em 27.05.2014. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0800015-11.2013.4.05.8404*, Quarta Turma, Rel. Des. Margarida Cantarelli, julgado em 08.10.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0014021-03.2010.4.05.8100*, Primeira Turma, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgado em 24.10.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0003980-67.2012.4.05.8500*, Terceira Turma, Rel. Des. Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgado em 12.09.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0003003-84.2012.4.05.8400*, Segunda Turma, Rel. Des. Vladimir Carvalho, julgado em 18.06.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0000549-89.2011.4.05.8102*, Terceira Turma, Rel. Des. Marcelo Navarro, julgado em 14.02.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.81.02.001224-1*, Terceira Turma, Rel. Des. Geraldo Apoliano, julgado em 10.01.2013. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0014414-25.2010.4.05.8100*, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Wildo, julgado em 18.12.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2009.85.00.005108-8*, Primeira Turma, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, julgado em 30.08.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2008.80.00.002681-9*, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Wildo, julgado em 26.06.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 0000171-27.2011.4.05.8202*, Primeira Turma, Rel. Des. Manoel Erhardt, julgado em 08.03.2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.81.00.002895-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Edílson Nobre, julgado em 08.11.2011. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2008.83.02.001065-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Edílson Nobre, julgado em 21.06.2011. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2008.82.00.006784-0*, Segunda Turma, Rel. Des. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, julgado em 14.06.2011. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2009.83.00.018889-2*, Quarta Turma, Rel. Des. Emiliano Zapata Leitão, julgado em 14.09.2010. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Apelação Cível nº 2007.83.00.017894-4*, Quarta Turma, Rel. Des. Bruno Leonardo Câmara Carrá, julgado em 22.06.2010. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2008.82.00.006784-0/02*, Segunda Turma, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, julgado em 06.12.2016. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>.

APÊNDICE A – FICHAS DE ANÁLISE DE JULGADOS

1. Número do julgado: 0002131-21.2013.4.01.4302

Data de julgamento: 13/04/2018

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais e perda de uma chance visto que, em virtude de falha na prestação do serviço pela ECT, os autores não puderam prosseguir em processo seletivo de bolsistas para atuação no Programa de Agentes Locais de Inovação - ALI, realizado pelo SEBRAE-TO e pelo CNPq, devido ao atraso na entrega de documentação postada nos correios.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida a indenização pela perda de uma chance a dois autores, que estavam bem classificados no concurso. O edital previa três vagas imediatas e quatro vagas para cadastro reserva. No curso do processo, foram juntados novos documentos demonstrando que o SEBRAE convocou imediatamente os quatro primeiros colocados. Um dos autores estava classificado em segundo lugar e a outra em quarto, tendo estes recebido indenização pela perda da chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que seria um dano de natureza intermediária entre dano material e moral. Em determinado momento consigna que seria extrapatrimonial, porém diferencia do dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. A indenização pela perda da chance foi concedida àqueles que estavam classificados em condições reais de convocação, tendo sido excluída para uma autora que estava em nono lugar. Ademais, o acórdão descreve as fases do concurso, a partir do que se denota que o concurso estava em fase final quando da falha na entrega dos documentos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, embora se fale sobre desnecessidade de demonstrar culpa, o acórdão aborda a falha na prestação de serviço pela ECT, já que documentos foram postados pelo Sedex 10 e não foi observado o prazo de entrega.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. Houve aplicação de coeficiente redutor de 50% em relação ao que os autores aufeririam se continuassem a participar do certame. O valor foi fixado sob a premissa de que as chances de dois autores não prosseguirem no processo seletivo eram mínimas. No entanto, não há maior detalhamento sobre o racional do percentual de 50%.

2. Número do julgado: 0006609-40.2006.4.01.4101

Data de julgamento: 05/02/2018

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização em virtude do extravio de ficha de inscrição para concurso realizado pelo INCRA para o cargo de Analista em Reforma e Desenvolvimento Agrário.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Uma das indenizações é justificada com base na aplicação da teoria da perda de uma chance e frustração de uma chance melhor de vida, em razão do concurso do qual não pôde participar. Além disso, foi concedida indenização por danos materiais para ressarcimento do valor de inscrição.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários):

Sim. Fala-se que seria um dano de natureza intermediária entre dano material e moral. Em determinado momento consigna que seria extrapatrimonial, porém diferencia do dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Aborda-se a necessidade de que a chance perdida seja séria e real e menciona-se que a autora perdeu chance séria e real de obter vaga no concurso, já que sua inscrição não foi efetivada por conduta imputável à ECT. No entanto, não há análise efetiva a respeito da chance de vencer o concurso. O acórdão não detalha como seria o concurso e qualquer aspecto que pudesse evidenciar as chances de êxito da autora.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, embora se fale sobre desnecessidade de demonstrar culpa, o acórdão aborda a falha na prestação de serviço pela ECT, devido ao extravio da ficha de inscrição da autora.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O valor de indenização parece ter sido fixado com base em critérios aplicados a danos morais. Não há qualquer referência ao valor do benefício final almejado e à aplicação de coeficiente redutor. O valor é atribuído pelo acórdão com a observação de que não destoia dos parâmetros da jurisprudência para outras hipóteses de perda de uma chance decorrentes de falha da ECT.

3. Número do julgado: 0000851-41.2013.4.01.3000

Data de julgamento: 29/01/2018

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a matrícula do autor no curso de Ciências Sociais da UFAC ou a reserva de vaga no referido curso e, subsidiariamente, indenização pela perda de uma chance. A matrícula não foi deferida pela ausência de apresentação de certificado de conclusão do ensino médio.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão chancelou a sentença, transcrevendo-a integralmente. Nesse sentido, reiterou que não restou caracterizada a hipótese da perda de uma chance, uma vez que as expectativas do autor em ser matriculado no curso vindicado não foram frustradas por ato ilícito da UFAC. Afirmou que não haveria ilegalidade a ser reparada e direito à indenização. Teria sido a parte autora quem teria dado causa à negativa de sua matrícula por não apresentar o certificado ou, pelo menos, declaração de conclusão de curso. A Resolução do Estado do Acre que teria conferido ao autor o direito ao certificado seria do dia 21/01/2013 e o prazo para matrícula teria se encerrado no dia seguinte, em 22/01/2013, tendo havido mera falta de tempo para que os trâmites normais de certificação ocorressem. Não sendo o caso de reconhecimento de força maior, a jurisprudência seria firme quanto à impossibilidade de deferimento de matrícula extemporânea.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários):

Não. Porém, na transcrição da sentença, consta citação de precedente do STJ que conceitua a perda da chance, afirmando que a teoria visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A razão determinante para se afastar a indenização pela perda da chance foi a ausência de qualquer ilegalidade imputável à UFAC e ausência denexo causal, já que se entendeu que o próprio autor deu causa à negativa da matrícula ao não apresentar documentos necessários. As expectativas do autor em se matricular no curso não foram frustradas pela UFAC, já que não cabia a matrícula sem os documentos pertinentes.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, ao abordar que não houve ilegalidade. A UFAC não deferiu a matrícula do autor em virtude da ausência de documento imprescindível para tanto. Não foi ela que deu causa à frustração. O próprio autor teria dado causa ao dano ao não apresentar certificado de conclusão do ensino médio ou declaração de conclusão do curso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

4. Número do julgado: 0001183-33.2004.4.01.3902

Data de julgamento: 20/11/2017

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a CEFET/PA e o Município de Itaituba/PA objetivando indenização por danos materiais e morais por candidata aprovada em concurso vestibular em virtude do cancelamento do curso antes do início das aulas.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF1 entendeu que a hipótese discutida se enquadraria perfeitamente à teoria da perda de uma chance, na medida em que a candidata foi devidamente aprovada em concurso vestibular e teve sua possibilidade de ingressar no ensino superior público tolhida ante o cancelamento indevido do curso em questão. Aparentemente, a perda de uma chance serviria para embasar danos morais, já que o acórdão alega que o cancelamento causa considerável abalo psíquico, na medida em que depositadas esperanças de, mediante a participação em curso de ensino superior, conquista de emprego mais bem remunerado, o que reflete nas condições de vida da família.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se abordaram as chances efetivas da autora mudar de vida e conseguir emprego mais bem remunerado em função do curso cancelado. No entanto, entendeu-se que o cancelamento gera abalo psíquico, em virtude da frustração à expectativa de melhora das condições de vida do candidato e de sua família.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Há menção superficial sobre o viés punitivo da indenização pelo cancelamento indevido e, também, transcrição da sentença que conceitua a conduta da CEFET/PA como inconcebível.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi mantida a indenização fixada em sentença, tendo havido apenas revisão dos termos de atualização. Sem maiores explicações, entendeu-se que o valor de R\$ 12.000,00 para cada ente público seria compatível com a sanção e reparação.

5. Número do julgado: 0001895-86.2005.4.01.3902

Data de julgamento: 06/11/2017

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a CEFET/PA (sucedido por IFPA) e o Município de Itaituba/PA objetivando indenização por danos materiais e morais por candidata aprovada em concurso vestibular em virtude do cancelamento do curso antes do início das aulas.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF1 entendeu que a hipótese discutida se enquadraria perfeitamente à teoria da perda de uma chance, na medida em que a candidata foi devidamente aprovada em concurso vestibular e teve sua possibilidade de ingressar no ensino superior público tolhida ante o cancelamento indevido do curso em questão. Aparentemente, a perda de uma chance serviria para embasar danos morais, já que o acórdão alega que o cancelamento causa considerável abalo psíquico, na medida em que depositadas esperanças de, mediante a participação em curso de ensino superior, conquista de emprego mais bem remunerado, o que reflete nas condições de vida da família.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se abordaram as chances efetivas da autora mudar de vida e conseguir emprego mais bem remunerado em função do curso cancelado. No entanto, entendeu-se que o cancelamento gera abalo psíquico, pois frustra a expectativa de melhora das condições de vida do candidato e de sua família.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Há menção superficial sobre o viés punitivo da indenização pelo cancelamento indevido e, também, transcrição da sentença que conceitua a conduta da CEFET/PA como inconcebível.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi mantida a indenização fixada em sentença, tendo havido apenas revisão dos termos de atualização. Sem maiores explicações, entendeu-se que o valor de R\$ 12.000,00 para cada ente público seria compatível com sanção e reparação.

6. Número do julgado: 0006340-15.2012.4.01.3802

Data de julgamento: 26/06/2017

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a UFTM objetivando indenização por danos morais e materiais à aluna aprovada em concurso vestibular pelo cancelamento de curso durante sua consecução, em razão de ausência de autorização do MEC para seu funcionamento.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF1 entendeu que a hipótese discutida se enquadraria perfeitamente à teoria da perda de uma chance, já que a candidata foi devidamente aprovada em concurso vestibular e teve sua possibilidade de concluir ensino superior público obstada ante o cancelamento do curso em questão, durante o seu transcurso. A indenização foi dada a título de danos morais, reconhecendo-se o abalo psíquico pelo cancelamento do curso. No entanto, não foi concedida indenização por danos materiais na modalidade lucros cessantes, pois não havia certeza de que ela concluiria o curso com êxito e, menos ainda, que depois de formada de fato se tornaria professora de Educação Básica nem quanto auferiria se assim o fosse.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A perda da chance foi suscitada para justificar a reparação por dano moral, sob a premissa de que o cancelamento do curso gera abalo psíquico, pois frustra a expectativa de melhora das condições de vida do aluno e sua família. Ao se tratar dos danos materiais, não foi aventada a perda da chance, tendo a discussão ficado restrita aos lucros cessantes e, nesse ponto, o TRF1 entendeu pela ausência de certeza quanto à conclusão do curso, profissão a ser desempenhada *a posteriori* e valores auferidos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Defende-se a aplicação da responsabilidade subjetiva para hipótese de omissão estatal. Afirma-se que o serviço prestado pela Administração foi faltoso, porque oferecido vestibular de curso precário perante o MEC, sem a devida informação prévia aos interessados. Além disso, a Administração foi conclamada em diversas oportunidades a conceder alternativas à autora, mas quedou-se inerte.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Sem maiores explicações, entendeu-se que o valor de R\$ 10.000,00, a título de dano moral pela perda da chance, seria compatível com a sanção e reparação. Com tal condenação, a ré seria punida pela ausência de informação prévia quanto à precariedade do curso, seu cancelamento e a não resolução da situação acadêmica da autora, ao passo que a autora seria compensada pelo fato de não ter concluído o curso almejado.

7. Número do julgado: 0001180-78.2004.4.01.3902

Data de julgamento: 26/06/2017

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a CEFET/PA e Município de Itaituba/PA objetivando indenização por danos materiais e morais por candidata aprovada em concurso vestibular em virtude do cancelamento do curso antes do início das aulas.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF1 entendeu que a hipótese discutida se enquadraria perfeitamente à teoria da perda de uma chance, na medida em que a candidata foi devidamente aprovada em concurso vestibular e teve sua possibilidade de ingressar no ensino superior público tolhida ante o cancelamento indevido do curso em questão. Aparentemente, a perda de uma chance serviria para embasar danos morais, já que o acórdão alega que o cancelamento causa considerável abalo psíquico, na medida em que depositadas esperanças de, mediante a participação em curso de ensino superior, conquista de emprego mais bem remunerado, o que reflete nas condições de vida da família. Os danos materiais seriam referentes apenas ao ressarcimento da taxa de inscrição.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se abordaram as chances efetivas da autora mudar de vida e conseguir emprego mais bem remunerado em função do curso cancelado. No entanto, entendeu-se que o cancelamento gera abalo psíquico, pois frustra a expectativa de melhora das condições de vida do candidato e de sua família.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Além da menção sobre o viés punitivo da indenização e transcrição da sentença que

conceitua a conduta da CEFET como inconcebível, menciona-se que a Administração deve honrar seus compromissos e garantir a continuidade do serviço público.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Sem maiores explicações, entendeu-se que o valor de R\$ 12.000,00, para cada ente, seria compatível com a sanção e reparação.

8. Número do julgado: 0003269-25.2009.4.01.3700

Data de julgamento: 06/03/2017

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização pelo fato de que, apesar de ter postado documentação relativa a um projeto de pesquisa para fins de seleção pelo IPHAN na data limite para a inscrição, a ECT carimbou a postagem apenas no dia seguinte, o que fez com que o autor não fosse aceito para concorrer a uma bolsa de pesquisa de R\$ 13.500,00.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Entendeu-se que, embora não se possa dizer que o autor faria jus necessariamente à bolsa de estudos, foi tolhido de disputá-la, perdendo chance real e séria de obtê-la, sendo que a documentação encaminhada sequer foi analisada pela banca examinadora em razão da intempestividade de inscrição, devido ao carimbo equivocado da ECT.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que seria dano de natureza intermediária entre dano material e moral. Em determinado momento consigna que seria extrapatrimonial, porém diferencia do dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Aborda-se a necessidade de que a chance perdida seja séria e real e menciona-se que o autor perdeu chance séria e real de obter a bolsa, já que não pôde disputá-la. No entanto, não há análise efetiva a respeito da chance de vencer a bolsa. O acórdão não detalha aspectos sobre a seleção do IPHAN.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, fala-se de falha na prestação do serviço (informação equivocada prestada pela ECT na correspondência) e conduta ilícita.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi mantido o valor de indenização fixado em sentença, de R\$ 6.787,00, sob alegação de que não destoa daqueles fixados pelo Tribunal, não se mostrando exorbitante, mas adequado à frustração causada ao autor.

9. Número do julgado: 0008001-49.2009.4.01.3700

Data de julgamento: 28/11/2016

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação contra a CEF e o Município de Caxias/MA objetivando o cancelamento do Contrato de Financiamento relacionado ao Programa de Subsídios à Habitação de Interesse Social - PSH, do Município de Caxias/MA, destinado à população de baixa renda. Pelo contrato, a autora receberia um imóvel, mas, ao término da construção, o bem não lhe foi entregue, tendo sido ocupado por terceiro não beneficiado pelo PSH. A sentença concluiu pela desvinculação do contrato e a autora apelou solicitando indenização por danos morais, suscitando a perda de uma chance de obtenção de sua moradia, o que lhe causou desgaste físico e emocional.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF1 afirma que, se o imóvel fosse entregue no prazo e nas condições contratadas, a parte autora presumivelmente

passaria a residir nele, com o conforto, a tranquilidade e a felicidade que esperava, o que corrobora a afirmação de que a autora só não adquiriu o imóvel por culpa do Município de Caxias/MA, que não observou a lista de beneficiários por ele elaborada. Vale ressaltar que a perda da chance é utilizada para justificar a indenização por danos morais por parte do Município.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. São citados julgados que fazem alusão à perda da chance como modalidade de reparação de dano, mas não há consideração específica a respeito. A indenização pela perda de uma chance foi associada a danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há menção sobre a necessidade da chance ser séria e real. Apenas se assevera que se o imóvel fosse entregue no prazo e condições, a autora presumivelmente passaria a residir nele, com o conforto, a tranquilidade e a felicidade que esperava.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, superficialmente. Apenas afirma que o imóvel não foi entregue à autora no prazo e condições por culpa do Município que não observou a lista de beneficiários. Ademais, há transcrição da sentença que aponta descumprimento contratual.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi arbitrado pagamento a título de danos morais no valor de R\$ 5.000,00, sem maiores esclarecimentos.

10. Número do julgado: 0008486-41.2012.4.01.3701

Data de julgamento: 17/10/2016

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Acidentes decorrentes de más condições em rodovia

Resumo da controvérsia: Ação contra o DNIT pleiteando indenização por danos morais, estéticos, materiais e pela perda de uma chance em função de acidente automobilístico, decorrente de capotamento após freada brusca em razão de lombada sem qualquer tipo de sinalização. Em razão do acontecimento, o autor da ação sofreu lesão irreparável em sua coluna vertebral, ficando tetraplégico. Seus pais e irmãos, por sua vez, requereram indenização por danos morais reflexos, ante o sofrimento que a nova condição imposta ao acidentado lhes causou. A indenização pela perda da chance é pleiteada dentro de contexto em que o autor acidentado havia ingressado em faculdade de odontologia, onde pretendia formar-se dentista a fim de num futuro próximo atuar juntamente com seu pai e com sua irmã em consultório.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada a indenização pela perda da chance, enquanto os demais pleitos indenizatórios foram concedidos. Em relação à perda da chance, o TRF1, seguindo a sentença, entendeu que a chance precisa ser séria e real, com alta probabilidade de concretização, o que não se vislumbraria no caso. Não existiriam provas concretas de que havia chance real e séria da vítima se tornar um dentista. Nos autos constaria apenas talão com os valores das mensalidades a serem pagos da faculdade de odontologia frequentada, inexistindo comprovantes de que houve pagamentos, nem informações de quais períodos do curso foram frequentados pelo autor. Inexistiria também demonstração de que os familiares seriam dentistas renomados e que possuíam clínica tradicional.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O TRF1 afastou a indenização pela perda da chance justamente

por entender inexistirem elementos que evidenciassem a existência de chance séria e real, no sentido de demonstrar que a vítima do acidente estava cursando os estágios finais da faculdade e tinha planos concretos de atuar junto aos familiares, bem como a existência de clínica de renome por tais familiares. Aponta que consta nos autos apenas talão com os valores das mensalidades a serem pagos da faculdade, sem comprovantes de pagamentos, nem informações de quais períodos do curso foram frequentados. Ademais, não haveria demonstração de que os familiares seriam dentistas renomados ou que possuíam clínica tradicional na localidade.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão defende a aplicação da responsabilidade objetiva mesmo em caso de omissão, consignando que a jurisprudência do TRF1 tem entendido que, para o reconhecimento de responsabilidade civil do DNIT quando da ocorrência de acidentes de trânsito em virtude de defeitos nas rodovias sob sua manutenção, aplica-se de fato a responsabilidade objetiva. De todo modo, aborda-se a existência de falha de sinalização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

11. Número do julgado: 0000123-87.2006.4.01.3600

Data de julgamento: 10/10/2016

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT pleiteando indenização em virtude do atraso na entrega de documentos para participação em certame do Banco do Brasil. A sentença condenou a ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais (danos emergentes), no valor de R\$ 80,10, referente ao material de reprodução gráfica e despesas de postagem, e pela perda da chance, no importe de R\$ 5.000,00, devido à perda da oportunidade de formalização de contrato com o Banco do Brasil.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. A indenização pela perda de uma chance foi concedida pela sentença e mantida pelo acórdão do TRF1. Em suma, afirma que houve a perda da oportunidade de firmar contrato com o Banco do Brasil. Aduz que a chance deve ser efetiva e a autora se sagrou vencedora em cinco lotes referentes ao Pregão Eletrônico 2005/2039 do mesmo Banco do Brasil S/A, o que demonstraria que possui a qualificação técnica necessária, bem como condições de apresentar a proposta mais vantajosa, ou seja, que poderia vencer os certames dos quais foi impedida de participar em decorrência do atraso na entrega dos documentos por culpa da ECT.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Menciona-se a necessidade de que o dano seja efetivo e aborda-se o fato de que a autora se sagrou vencedora em cinco lotes referentes ao Pregão Eletrônico 2005/2039 do mesmo Banco do Brasil S/A, o que vem demonstrar que ela possuía a qualificação técnica necessária, bem como condições de apresentar a proposta mais vantajosa, de modo que poderia vencer os certames frustrado pelo atraso na entrega dos documentos pela ECT. Não constam considerações específicas em relação ao certame em que a chance foi frustrada, tal como comparação de propostas.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, superficialmente. Fala-se que havia chance de êxito no certame se não fosse o atraso na entrega de documentos por culpa da ECT. Porém, aborda-se a responsabilidade objetiva e desnecessidade de prova de culpa por parte da Administração Pública. Não há análise detalhada sobre a falha do serviço público.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão simplesmente menciona que, não tendo havido impugnação da ECT sobre o valor de indenização pela perda da chance, deveria ser mantido o montante estipulado na sentença, de R\$ 5.000,00.

12. Número do julgado: 0034249-11.2011.4.01.3400

Data de julgamento: 19/09/2016

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização no valor da remuneração retroativa das autoras e reenquadramento nos quadros funcionais em razão de ter tomado posse no cargo de Papiloscopista da Polícia Federal tardiamente em virtude de sentença judicial, aduzindo a teoria da perda de uma chance. Afirmam as autoras que não tiveram as mesmas chances na carreira, forma inequívoca de discriminação à luz do título que amparou a investidura no cargo. Assim, pedem indenização e concessão de efeitos funcionais retroativos à data em que deveriam ter ingressado nos quadros da Polícia Federal.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Aduz-se que já foi decidido pelos tribunais superiores e TRF1 o não cabimento de dano moral ou material, assim como retroação de efeitos funcionais decorrentes da nomeação tardia de candidato em concurso público. A teoria da perda da chance seria aceita pelo STJ, mas não se aplicaria ao caso, porque ausente pressuposto da própria teoria da responsabilidade civil, qual seja, dano indenizável. A nomeação tardia em cargo público ocorrida por força de decisão judicial não geraria dano, limitando-se a mero dissabor razoável à sociedade. Ademais, inexistiria arbitrariedade patente, que pudesse justificar o afastamento dos precedentes jurisprudenciais que vetam a indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Simplesmente se afirma a inexistência de pressuposto da responsabilidade civil, o dano indenizável. Isso porque a nomeação tardia em cargo público ocorrida por força de decisão judicial não geraria dano passível de indenização, limitando-se a mero dissabor razoável à sociedade, ou seja, o fato de se buscar tutela judiciária não geraria, por si só, violação a direito da personalidade causador de dano moral ou material.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, superficialmente. Na verdade, os precedentes do STF admitem indenização em caso de arbitrariedade flagrante. O acórdão do TRF1 afirma que, reprovadas as autoras na prova prática de barra fixa dinâmica, mesmo que tal prova viesse a ser judicialmente anulada, como ocorreu, não se equipararia a reprovação a um ato de arbitrariedade patente, que pudesse justificar o afastamento dos precedentes jurisprudenciais que vetam a concessão da indenização pleiteada.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

13. Número do julgado: 0009638-88.2011.4.01.3304

Data de julgamento: 17/02/2016

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização pela perda da chance de participar do teste de capacidade física do concurso público para Agente de Correios, regido pelo Edital nº 340/2008, já que a autora estava grávida quando foi convocada, mas

alega que tinha direito de ser novamente convocada para a realização do teste de aptidão física.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Em primeiro lugar, consignou-se a ausência denexo causal entre a suposta perda de chance alegada pela autora e a conduta da ECT, visto que a não convocação para os testes de aptidão decorreu de fato exclusivo da própria autora (gravidez). Além disso, seria necessária interpretação sistemática do edital e, a partir disso, poderia se concluir que seria inviável nova convocação, pois o direito de fazer o teste em segunda chamada estava vinculado ao prazo de validade do certame, sob risco de prorrogar-se indefinidamente. Entretanto, a liberação médica para o teste só ocorreu após exaurido o prazo de validade. Além disso, em vista da classificação da autora e caráter eliminatório dos testes restantes, não havia possibilidade factível de melhorar sua classificação e de ser contratada.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz somente citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Além de aspectos relacionados aonexo causal e interpretação do edital, que já seriam suficientes para afastar o pedido de indenização, o TRF1 analisa a colocação da autora antes do teste que teria deixado de fazer, bem como as etapas subsequentes, concluindo pela ausência de possibilidades factíveis de melhorar sua classificação e de ser contratada.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que a ECT deixou de convocar a autora para o teste por impossibilidade material gerada por ela mesma e não por conduta ilícita desse ente.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

14. Número do julgado: 0001480-59.1998.4.01.3802

Data de julgamento: 29/07/2015

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra o Hospital Escola da Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro (entidade ligada à UFTM) pleiteando indenização em razão do falecimento da mãe da autora, após acidente de trânsito e em função de omissão no atendimento hospitalar. A partir da ementa, denota-se que a teoria da perda de uma chance foi aplicada ao Hospital Escola da UFTM diante da recusa em atender a vítima, sob alegação de que o hospital estava superlotado e a Santa Casa de Igarapava (hospital anterior que havia direcionado a paciente), é que deveria ter prestado o atendimento. Alguém orientou que a paciente fosse conduzida ao Hospital Santa Helena, chegando ao qual foi prontamente atendida, mas não resistiu aos traumatismos, vindo a falecer. Com a recusa de atendimento no Hospital Escola, a mãe da autora, na verdade, teria perdido a chance de sobreviver.

Observação: somente foi possível acesso à ementa do acórdão e não à íntegra da decisão.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Segundo se extrai da ementa, o laudo pericial teria concluído que “A vítima com fratura e instabilidade da bacia pode chegar consciente ao hospital e caso não seja atendida por um médico experiente neste tipo de trauma pode sofrer choque hipovolêmico e vir a falecer em poucas horas, mesmo transfundindo sangue em abundância”. Ademais, teria também concluído que “se a vítima chegasse ao Hospital Escola consciente e em estado clínico razoável e se fizesse a

estabilização da fratura poderia ter tido outro prognóstico, porém não se pode afirmar que a mesma não viesse a falecer”. Portanto, a conclusão foi de que, com a recusa de atendimento no Hospital Escola, isoladamente falando, a mãe da autora, na verdade, perdeu a chance de sobreviver.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não, pelo que se extrai da ementa. Convém ressaltar, no entanto, que há menção no sentido de que o atropelamento foi a verdadeira causa da morte. A sentença aduz que a obrigação médica seria de meio e não se poderia afirmar que a morte seria evitada caso prestado o adequado socorro. Estaria também evidenciada culpa de terceiro. Apesar disso, parece manter a indenização pela perda da chance de sobrevivência.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Não é possível saber sem a análise da íntegra do acórdão, porém parece ter havido alguma avaliação em sede pericial, já que são citados trechos do laudo pericial e a possibilidade de prognóstico diverso.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não é possível saber sem a análise da íntegra do acórdão, mas a recusa de atendimento pode envolver falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável. Pelo que se extrai da ementa, o TRF1 se atentou para o fato de que, na aplicação da teoria perda de uma chance, tem-se a diminuição do valor de indenização considerando a possibilidade/probabilidade final de sucesso. No entanto, manteve os valores arbitrados em sentença por entender que estariam condizentes com as circunstâncias do caso, especialmente o fato de uma criança ter ficado órfã de pai e mãe, eis que consta que o pai já era falecido. Porém, não é possível precisar sem a análise da íntegra do acórdão.

15. Número do julgado: 0002357-09.2001.4.01.3700

Data de julgamento: 21/07/2014

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação pleiteando a responsabilização da ECT por não enviar tempestivamente cartão de inscrição à entidade organizadora de certame para provimento de cargo público, o que ensejou inclusão da autora na lista de desistentes e a impossibilitou de participar da prova objetiva. A autora, candidata ao cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral, efetuou o pagamento da importância relativa à taxa de inscrição, mas teve sua participação no certame negada por desídia do preposto da agência terceirizada dos Correios, que deixou de encaminhar seu nome e cartão de inscrição à entidade organizadora do concurso.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Aduz que a hipótese discutida se enquadraria à teoria da perda de uma chance, na medida em que a candidata foi indevidamente impedida de participar de concurso público por desídia do preposto dos Correios, que deixou seu comprovante de pagamento no fundo da gaveta, e teve sua possibilidade de concorrer a uma vaga no serviço público suprimida. Aparentemente, a perda de uma chance serviria para embasar danos morais, já que o acórdão afirma que a não inscrição no concurso causa considerável abalo psíquico, na medida em que depositadas esperanças de, mediante a participação em concurso, conquistar emprego mais bem remunerado.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano

intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se abordaram as chances efetivas da autora lograr êxito no concurso público. No entanto, entendeu-se que a frustração da inscrição gera abalo psíquico, pois frustra a expectativa de melhora das condições de vida da parte autora e de sua família.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, superficialmente. Menciona-se a desídia do preposto da ECT.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Consignou-se somente que a quantia de R\$ 10.000,00 seria bastante para a sanção e reparação em caso em que a autora deixou de ter efetivada sua inscrição em concurso público por desídia do preposto da ECT. A ECT seria punida pela desídia de seu preposto e a candidata seria compensada pelo fato de não ter participado do concurso almejado.

16. Número do julgado: 0001179-93.2004.4.01.3902

Data de julgamento: 16/06/2014

Órgão julgador: TRF1 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a CEFET/PA e o Município de Itaituba/PA objetivando indenização por danos materiais e morais por candidato aprovado em concurso vestibular em virtude do cancelamento do curso antes do início das aulas.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF1 entendeu que a hipótese discutida se enquadraria perfeitamente à teoria da perda de uma chance, na medida em que o candidato foi devidamente aprovado em concurso vestibular e teve sua possibilidade de ingressar no ensino superior público obstada ante o cancelamento indevido do curso em questão. Aparentemente, a perda de uma chance serviria para embasar danos morais, já que o acórdão alega que o cancelamento causa considerável abalo psíquico, na medida em que depositadas esperanças de, mediante a participação em curso de ensino superior, conquista de emprego mais bem remunerado, o que reflete nas condições de vida da família.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se abordaram as chances efetivas da autora mudar de vida e conseguir emprego mais bem remunerado em função do curso cancelado. No entanto, entendeu-se que o cancelamento gera abalo psíquico, em virtude da frustração à expectativa de melhora das condições de vida do candidato e de sua família.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Há menção superficial sobre o viés punitivo da indenização pelo cancelamento indevido e, também, transcrição da sentença que conceitua a conduta da CEFET como inconcebível.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi mantida a indenização fixada em sentença. Sem maiores explicações, entendeu-se que o valor de R\$ 12.000,00 para cada ente público seria compatível com a sanção e reparação. O Município e o CEFET/PA seriam punidos pelo cancelamento indevido e o candidato seria compensado pelo fato de não ter participado do curso almejado.

17. Número do julgado: 0000467-81.2005.4.01.3801

Data de julgamento: 07/08/2013

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação de reparação por danos morais e materiais ajuizada em desfavor da ECT, motivada por omissão na entrega de telegrama relativo à convocação da autora para assumir o cargo de Professor Temporário do Município de Juiz de Fora/MG, o que resultou na expiração do prazo para sua posse, após ter sido aprovada no respectivo concurso público.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Afirma-se, no acórdão, que o caso configura a perda de uma chance e são então apresentados precedentes que fazem menção à aplicação da teoria em hipóteses de falha dos Correios que frustra a participação em certames. Aparentemente, a perda da chance é associada a um dano extrapatrimonial, tanto que o acórdão mantém o indeferimento do pedido de danos materiais sob o fundamento de que não houve demonstração cabal de que autora preenchia “todos os requisitos para o exercício do cargo” e, ainda que provados esses requisitos, não se poderia afirmar que inexisteriam outros obstáculos para tomar posse, sendo certo, ainda, que a percepção das vantagens salariais exigiria a contraprestação de serviços.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica como dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano extrapatrimonial, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. São citados precedentes que mencionam a necessidade de chance séria e real, mas não há análise efetiva a respeito e tampouco afirmação da própria turma julgadora a respeito. Vale citar que se discute omissão na entrega de telegrama para convocação para assumir cargo e não para realizar concurso. De toda forma, a partir da análise quanto ao pedido de indenização por danos materiais, verifica-se avaliação a respeito de possíveis entraves para tomar posse e exercer o cargo. Como, no entanto, a perda da chance foi associada a um dano extrapatrimonial, essa análise não foi realizada no que concerne à seriedade da chance perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Menciona-se falha na prestação do serviço e conduta negligente da ECT.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi somente mantida a condenação por danos morais fixada na sentença, no valor de R\$ 9.000. A perda da chance seria, em alguma medida, fundamento a corroborar essa indenização por danos morais.

18. Número do julgado: 0014040-98.2009.4.01.3300

Data de julgamento: 31/07/2013

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação ordinária movida contra o IBAMA para exigência de conduta ativa da Administração Pública cumulada com reparação de danos decorrentes da sua inércia em processo administrativo de autorização para desmatamento. A perda da chance é associada à perda de negócios em razão da não concessão da autorização de desmatamento.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Somente foi concedida indenização por danos emergentes para devolução de taxa de vistoria paga. A menção

explícita à perda da chance somente se encontra na sentença transcrita, ao mencionar que o demandante não teria apresentado qualquer documento ou prova que pudesse comprovar a existência concreta e palpável de negócios frustrados em virtude do não desmatamento pleiteado. No âmbito do acórdão propriamente dito, não foi abordada a perda da chance, mas apenas indenização por lucros cessantes. Sobre o contrato de financiamento do qual obteria os recursos necessários para implementar atividades em suas propriedades, afirma-se que nada há nos autos que prove que tenha sido frustrada por falta da autorização requerida ao IBAMA. Além disso, não haveria nos autos prova de que o autor tenha entabulado outra negociação de financiamento. Inexistiria, pois, nexos de causalidade entre a demora de prestação de serviços por parte do IBAMA e o dano consistente em frustração de financiamento junto a instituições financeiras. No mais, ainda que o autor dispusesse de recursos próprios para empreender as atividades, não haveria que se falar em danos indenizáveis. A obtenção da autorização de desmatamento seria apenas uma das fases do processo de produção. Em seguida, afirma-se que os lucros cessantes são ganhos futuros, mas certos, que o credor haveria de perceber, não fosse a conduta lesiva de outrem. Seriam, portanto, incompatíveis com a eventualidade.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Aparentemente a menção à perda da chance na sentença foi abordada no acórdão sob o viés de lucros cessantes, porém não são tecidas considerações expressas a respeito.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Conforme mencionado, o acórdão não aborda propriamente a perda da chance, pois aparentemente associa o pedido do autor a lucros cessantes. No tocante aos prejuízos pelo lucro que deixou de obter na exploração dos seus imóveis rurais, aborda especialmente a falta de provas de que a ausência de autorização frustrou financiamentos, bem como a eventualidade dos lucros cessantes, o que não é compatível com instituto. Aduz, ademais, que não havia garantia de concessão da autorização e que o projeto de exploração está sujeito a riscos diversos, sendo que o desmatamento constitui apenas uma das fases do processo de produção e não traduz êxito na atividade produtiva.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se da morosidade, mas também de culpa concorrente do autor, que não adotou providências ao longo de 13 anos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

19. Número do julgado: 0012213-12.2006.4.01.3800

Data de julgamento: 08/05/2013

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação pleiteando indenização da ECT por prejuízos decorrentes do atraso na entrega de correspondência destinada à conclusão de contrato decorrente de licitação pública. Aparentemente, a correspondência continha amostras de produtos contidos em proposta da parte autora.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Aduz o TRF1 que o caso ilustraria a teoria da perda de uma chance, havendo justificativa para a reparação dos danos suportados pela autora. Inclusive, aborda elementos que demonstram que seria bastante provável sua vitória no Pregão Presencial nº 2006/1, promovido pela Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A - SANASA. Entende que a proponente reunia as condições para alcançar êxito no processo licitatório, mas sua legítima expectativa foi frustrada pelo atraso na entrega da correspondência sob a responsabilidade da ECT. Estaria, pois, presente o nexos de causalidade entre o ato ilícito (atraso na entrega) e o dano suportado.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz somente citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que se trata de dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. Cita também precedente do TRF1 que associa a perda da chance a um dano moral. Por outro lado, menciona a existência de prejuízo material evidente.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. São abordados elementos a respeito da seriedade da chance perdida no acórdão. Aduz-se que seria bastante provável a vitória no Pregão Presencial nº 2006/1, promovido pela SANASA. Isso porque, a autora tinha sido classificada em primeiro lugar em função do menor preço e somente ela foi convocada para enviar amostras dos produtos contidos em sua proposta, para fins de teste de desempenho. Ademais, os mesmos cartuchos e toner para impressoras, fabricados pela autora, haviam sido testados e aprovados pela SANASA em pregão anterior.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de atraso na entrega e da comprovação de nexo de causalidade entre o ato ilícito e danos suportados.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável. Embora o acórdão reconheça a existência de prejuízo e o dever de reparar, relega a mensuração para futura liquidação de sentença.

20. Número do julgado: 0000538-78.2008.4.01.3801

Data de julgamento: 13/03/2013

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização pelos danos morais que a autora teria sofrido em decorrência do extravio de correspondência contendo pedido de inscrição para a fase de seleção de participantes do programa televisivo denominado “Big Brother Brasil”, 8ª edição, da Rede Globo de Televisão. Requer indenização no valor do prêmio do vencedor, ou seja, R\$ 1.000.000,00.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida, mas não no valor pleiteado. A sentença havia julgado a ação improcedente e o TRF1 deu parcial provimento para conceder indenização por danos morais, invocando a teoria da perda de uma chance. Aponta que a falha no serviço prestado pela ECT tolheu a possibilidade de inscrição no processo de seleção de candidatos do programa televisivo. No entanto, aponta-se que, ainda que efetivada a inscrição, não havia garantias de que a autora seria escolhida, ou ganharia prêmios.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No entanto, o TRF1 associa a perda da chance aos danos morais. Afirma que a situação é típica de perda de uma chance e concede indenização por danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se abordaram as chances efetivas de ser selecionada para o programa e ganhar prêmios. A indenização foi concedida pela frustração da possibilidade de inscrição no processo de seleção de candidatos, sendo expressamente ressaltado que não havia garantia de que a autora seria escolhida e que ganharia prêmios.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Apenas arbitra indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 e menciona caso similar em que esse mesmo valor foi fixado.

21. Número do julgado: 0002236-43.2009.4.01.4300

Data de julgamento: 26/07/2011

Órgão julgador: TRF1 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal e o Consórcio Estreito Energia – CESTE buscando indenização pela terra nua e benfeitorias decorrentes da desapropriação da Fazenda Sítio do Meio e indenização pela perda de uma chance, relativa à execução do Projeto River Side Hotel Ecoturismo e pela frustração de outros objetivos, decorrente da mencionada desapropriação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A indenização pela perda da chance foi negada com a adoção dos fundamentos da sentença. Em suma, entendeu-se que é necessária a demonstração de que a chance perdida seria real e séria e não uma remota probabilidade. No caso, contudo, na data da desapropriação do imóvel, o Projeto River Side Hotel Ecoturismo existiria apenas no imaginário do autor. Nenhuma infraestrutura do projeto digna de nota havia sido iniciada. Não tendo o projeto saído do papel, não poderia ser considerado uma perda de chance para fins reparatórios. Além disso, não houve desapropriação total do imóvel e seria possível a implantação na área remanescente.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte (porém transcrevendo sentença). A sentença analisa datas e providências relacionados ao Projeto River Side Hotel Ecoturismo, concluindo que, na data da desapropriação, ele existia apenas no imaginário do autor, pois nenhuma infraestrutura digna de nota havia sido iniciada. O Projeto River Side Hotel Ecoturismo não teria saído do papel, de sorte que não poderia ser considerado uma perda de oportunidade para fins reparatórios. Além disso, não houve desapropriação total do imóvel e seria possível a implantação na área remanescente, sendo que a formação do lago artificial poderia até valorizar as terras.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não, inclusive por discutir desapropriação.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

22. Número do julgado: 0019961-37.2002.4.01.3800

Data de julgamento: 18/11/2009

Órgão julgador: TRF1 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT pleiteando indenização por danos morais e materiais em virtude do atraso na entrega de documentos para inscrição em concurso público.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Manteve-se indenização a título de danos morais fixada em sentença, porém a teoria da perda de uma chance foi mencionada nesse contexto. Afirma-se no acórdão que a hipótese é de perda da chance de realizar o concurso. Afirma, ademais, que não há como negar o risco assumido pelo autor, ao remeter os documentos no penúltimo dia, de Belo Horizonte/MG para Belém/PA. A par disso, seria incontroverso que os Correios atrasaram a entrega da correspondência por algumas horas, o que, em tese, foi suficiente para inviabilizar a inscrição no concurso. Assim, o diminuto valor da indenização seria compatível com essa situação de divisão da causalidade do dano entre a vítima e a ECT.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Foram mantidas as indenizações fixadas em sentença. A sentença fixou indenização por danos materiais aparentemente relacionada ao ressarcimento da taxa de inscrição e concedeu indenização a título de danos morais. Aparentemente, a perda da chance foi suscitada de modo associado aos danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não são abordadas as chances de êxito no concurso. Aborda-se apenas o fato de que o atraso dos Correios teria, em tese, sido suficiente para inviabilizar a inscrição no concurso.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, fala-se de atraso suficiente para inviabilizar a inscrição no concurso, mas, por outro lado, do risco assumido pelo autor ao enviar os documentos no penúltimo dia.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Os valores de indenização estipulados em sentença são mantidos (R\$ 21,40 a título de danos materiais e R\$ 1.600,00 por danos morais). Afirma-se no acórdão que o diminuto valor da indenização é compatível com a situação de divisão da causalidade do dano entre a vítima e a ECT.

23. Número do julgado: 0000710-53.2011.4.02.5105

Data de julgamento: 30/05/2018

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação ajuizada contra a União Federal, Estado do Rio de Janeiro e outros objetivando a rescisão de contrato para aquisição de propriedade com vistas à produção rural, em programa governamental, após loteamento de fazenda adquirida para tal fim, que se revelou imprópria para a agricultura e criação, ante à sua localização em área de preservação ambiental. Pleiteia-se, ainda, indenização por danos morais e danos materiais decorrentes da perda de uma chance. Quanto à perda da chance, o pedido está baseado na impossibilidade de qualquer cultivo na área destinada aos autores, integrante de um imóvel com outros 71 lotes, sendo que a grande maioria do imóvel é cultivável. Os autores consideram, assim, que deve ser realizado cálculo das probabilidades de ocorrência da vantagem, caso a chance de consegui-la não tivesse sido frustrada.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Houve a concessão de indenização por danos morais, mas a indenização pela perda de uma chance foi negada (mantendo-se a sentença nesse tocante). Entendeu-se que, no caso concreto, não haveria que se falar em probabilidade e certeza séria, relativas a qualquer tipo de produção ou cultivo, inexistindo chances de realização ou vantagens perdidas, que pudessem resultar em prejuízos. Seria irrelevante que os demais lotes, vendidos a outros agricultores, tenham logrado produzir, pois, em relação ao sítio que coube aos autores, não havia possibilidade concreta de produção por situar-se em área de proteção permanente. Tal fato afastaria, por si só, o dano decorrente da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença, parcialmente transcrita no acórdão, contém citações de precedentes a respeito, inclusive precedente do STJ que fala que se trata de nova mensuração do dano. Menciona-se que tribunais estrangeiros têm admitido o alargamento do nexos causal com ênfase no resultado lesivo. O acórdão ainda faz referência ao dano decorrente da perda de uma chance, mas não há manifestação expressa sobre a natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Essa foi a razão de afastamento da indenização, já que se

entendeu que não havia a possibilidade concreta de produção na área em discussão, justamente por situar-se em área de proteção permanente. Segundo o acórdão, isso afastaria o dano decorrente da perda de uma chance. Com base nesse racional, há uma avaliação quanto ao caráter sério e real da chance perdida, isto é, da produção ou cultivo no lote. Contudo, o acórdão poderia ter aprofundado a fundamentação sobre o pedido dos autores de se apurar a probabilidade de produção com base nos lotes existentes.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Consta manifestação na transcrição da sentença, notadamente na parte de danos morais, que foi mantida. Fala-se sobre a demora em se obter qualquer resultado acerca do efetivo assentamento na Fazenda da Glória. Haveria assim uma lesão à dignidade da pessoa humana em razão da negligência dos entes envolvidos. Tal aspecto, contudo, não influenciou a indenização pela perda de uma chance.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

24. Número do julgado: 0092452-71.2016.4.02.5110

Data de julgamento: 13/09/2017

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT pleiteando indenização por danos morais e materiais em razão do atraso da ré na entrega de documentos do autor para efetivação de sua inscrição no Concurso Público para Professor do Campus Universitário de Governador Valadares da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. No entanto, a despeito do autor aparentemente suscitar a perda da chance para justificar uma indenização por danos morais, o TRF2 não adentra efetivamente a teoria. Fala-se que, em que pese a discussão se a hipótese amolda-se, ou não, à perda de uma chance, no caso do Sedex, o dano moral decorreria da simples falha, comprovada a quebra de expectativa legítima, devendo ser mantida a condenação da ECT a reparar o dano daí advindo. Portanto, foi mantida a indenização por danos morais e danos materiais, esta última em valor possivelmente relativo à taxa de inscrição. Aduz-se que, no caso, a falha no serviço postal teria ultrapassado os limites do mero dissabor, porquanto retirou do autor a oportunidade de participar de concurso. Tal frustração, por si só, seria apta a causar abalo psíquico.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Embora o autor tenha aparentemente fundamentado o pedido de danos morais na teoria da perda de uma chance, parece que o TRF2 dispensou sua aplicação, focando na caracterização de dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Embora a teoria tenha sido aventada e discutida, dispensou-se a sua aplicação para justificar a indenização por danos morais, tendo o TRF2 concluído que a falha na prestação do serviço causaria dano *in re ipsa*. O autor falava de chances sérias, por se tratar de concurso de alto nível, e as exigências para inscrição o colocarem em posição confortável no certame, já que possui o título de Mestre e cursava Doutorado na própria universidade patrocinadora do concurso. No entanto, esses aspectos não chegaram a ser abordados, diante da conclusão alcançada pelo acórdão. Não se abordam as chances efetivas do autor passar no concurso.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora o acórdão aborde a desnecessidade de se perquirir sobre culpa, menciona a falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão aborda critérios de fixação de danos morais, fazendo referência ao método bifásico para o arbitramento equitativo dessa indenização. Com base nisso, aduz que a função punitiva da indenização do dano moral se estampa na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, ao passo que as funções preventiva e punitiva se manifestam na situação econômica do ofensor. Ao final, analisando a falha da prestação do serviço (demora de 13 dias para entrega do Sedex) e a frustração da possibilidade de participar do concurso e talvez ser aprovado, entendeu que o valor de R\$ 5.000,00 estaria de acordo com o montante fixado em casos similares.

25. Número do julgado: 0030052-53.2013.4.02.5101

Data de julgamento: 28/06/2016

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a CAPES e o CNPQ objetivando a realização da inscrição e matrícula do autor em instituição de ensino superior norte-americana, nos termos do edital do programa de bolsas "Graduação-Sanduiche" ou, subsidiariamente, a condenação das rés no pagamento de verba destinada ao custeio de curso equivalente ao pretendido, no país de reoptação, bem como bolsa para aprendizagem da língua estrangeira por seis meses, além de indenização por danos morais. O pedido de inscrição do autor no programa de bolsas foi indeferido sob o argumento de que o curso de Design, do qual era aluno, não foi autorizado pelo Comitê Executivo do Programa CsF, mas, tão somente, o curso de Desenho Industrial. No entanto, aduz o autor que se trata do mesmo curso, tendo havido apenas alteração de nome por determinação do Ministério da Educação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Embora haja menção à perda da chance na ementa, o acórdão em si não aprofunda a análise. Contudo, acolhe as razões de decidir da sentença, que faz alusão à teoria na fixação dos danos morais. A sentença pondera que, no caso, seria mais apropriado falar em perda de uma chance como critério de mensuração do dano causado, conforme posicionamento do STJ. Já o acórdão trata de dano moral presumido. Afirma-se que, ainda que não se possa dizer que a bolsa de estudos seria, certamente, do autor, não há como eximir os réus de sua responsabilidade. Destaca-se também que a graduação-sanduiche constitui uma oportunidade única com reflexos diretos na vida profissional. Assim, apesar da discricionariedade quanto aos critérios de seleção, o método aplicado afetaria a isonomia, pois pessoas com grades curriculares similares foram afastadas do certame apenas pela nomenclatura do curso.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão propriamente dito não menciona, mas a sentença transcrita, cujos fundamentos foram adotados como razões de decidir, afirma que, em regra, a natureza jurídica do dano provocado por perda de uma chance afigura-se "extrapatrimonial", tal como no caso examinado, sendo, de toda maneira, indenizável.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Fala-se apenas que, embora não se possa dizer que a bolsa de estudos seria, certamente, do autor, não há como eximir os réus de sua responsabilidade, em sendo provado, no caso, a conduta lesiva da Administração, o resultado danoso e o nexo causal entre um e outro, de modo que deveria ser reconhecida a obrigação estatal de indenizar os danos daí decorrentes. Destaca-se que a graduação-sanduiche no exterior constitui oportunidade única que possibilitaria ao autor ampliar seus conhecimentos, trazendo uma maior qualificação acadêmica, experiência internacional, valorização em seu currículo com reflexos diretos na sua vida profissional. Portanto, haveria dano moral presumido.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora se mencione a desnecessidade da prova da culpa em se tratando de responsabilidade estatal, pode-se entender que se aventa aspecto atinente à antijuridicidade. Isso porque, consta que o método adotado pelo CNPq afrontaria o princípio da isonomia e a distinção ofenderia os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade. Assim, a ausência de controle de atos discricionários da Administração ficaria mitigada.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Embora a sentença fale da perda da chance para mensuração do dano, são abordados os critérios de fixação de danos morais. Fala-se que a fixação do *quantum* deve levar em conta o duplo caráter da indenização, compensatório e punitivo. Levando-se em conta os parâmetros jurisprudenciais comumente adotados para a quantificação do dano moral e as circunstâncias do caso concreto, a sentença arbitrou a indenização em R\$ 30.000,00 e o acórdão manteve tal valor.

26. Número do julgado: 0006357-90.2001.4.02.5101

Data de julgamento: 24/06/2014

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais e materiais em razão de duas alegadas falhas no atendimento prestado pela equipe médica do Hospital Geral de Nova Iguaçu, quais sejam: (a) após ter sofrido queda da laje em uma obra em que trabalhava como pedreiro, o Sr. Sandro Rodrigues dos Santos, um dos autores, não foi submetido, como deveria, a uma cirurgia de emergência, o que poderia ter impedido a sua paraplegia e (b) a equipe médica não forneceu os devidos cuidados durante o tempo, de aproximadamente um mês, em que o Sr. Sandro ficou internado, o que resultou no desenvolvimento de úlceras de decúbito, culminando, após aproximadamente quatro anos, na amputação de seu membro inferior direito e realização de colostomia e cistostomia, procedimentos realizados no Hospital Estadual Carlos Chagas.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Houve a concessão de indenização por danos morais, com base na teoria da perda de uma chance, em relação ao aspecto de não submissão a uma cirurgia de emergência após a queda, pois, segundo a perícia realizada, tal omissão serviu para a perda da chance de evitar a paraplegia. A ausência de cirurgia não foi um fator determinante da paraplegia, mas a negligência médica representou a perda da chance de uma melhor recuperação. No tocante ao atendimento no tempo em que internado, entendeu-se que inexistiriam elementos suficientes para imputar o resultado ao Hospital Nova Iguaçu, inclusive pelo tempo transcorrido até amputação de seu membro inferior direito e a realização de colostomia e cistostomia.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Há citação doutrinária que aponta o problema do nexo de causalidade e menciona que a reparação seria pela chance e não pelo resultado final. Ademais, constam também julgados que tratam a perda da chance como dano específico. Contudo, o voto em si não apresenta considerações específicas e expressas sobre a natureza jurídica. Fala-se que a causa principal da paraplegia seria o acidente e não a ausência de cirurgia, mas que a ausência de cirurgia teria gerado a perda da chance de recuperação e, em razão disso, seria devida a indenização.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Não consta menção expressa à necessidade de que a chance seja séria e real e tampouco uma análise precisa das probabilidades de recuperação do paciente em caso de submissão à cirurgia de emergência, porém são citados excertos do laudo pericial que evidenciam que havia chance efetiva de recuperação mediante a cirurgia de emergência.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora o acórdão fale de responsabilidade objetiva e dispensabilidade do elemento culpa, menciona que houve negligência quanto ao tratamento adequado pelo Hospital, o que denota falha no serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão aborda a necessidade da indenização ser mitigada no caso de teoria da perda da chance, na medida em que a chance de sucesso terá sempre valor menor do que o próprio sucesso, o que deve refletir no montante da reparação. No entanto, no caso, entendeu que o valor de danos morais fixado pela sentença de primeiro grau, no montante de R\$ 46.500,00, seria razoável mesmo sob essa premissa.

27. Número do julgado: 0009950-78.2011.4.02.5101

Data de julgamento: 02/05/2012

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação buscando, em relação à União Federal, a manutenção do autor em curso, bem como, em relação à União Federal e ECT, indenização por danos morais e materiais, em razão de extravio de correspondência Sedex por meio da qual o demandante remetera inscrição para ‘concurso de seleção ao Curso de Adaptação para Aquaviários – I, Módulo Específico para Marítimos, Área de Concentração em Eletricidade’.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF2, reformando a sentença, entendeu que a perda de uma chance estaria patente no caso, devendo a ECT ser condenada a pagar o dano decorrente da falha no serviço postal, que ultrapassou os limites do mero dissabor ou aborrecimento do dia a dia, porquanto retirou do autor a oportunidade de efetuar o pretendido Curso de Formação de Aquaviários, na medida em que frustrou sua inscrição para o exame de seleção. A frustração seria apta a causar abalo na esfera existencial daquele que tinha a esperança de ao menos participar do processo seletivo com vistas a se qualificar e obter espaço no mercado de trabalho inerente às tripulações de todos os tipos de navios e embarcações que operam na Marinha Mercante Brasileira.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. No entanto, a descrição evidencia a associação da perda da chance a um dano moral, ao menos no caso em questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Embora os precedentes citados no acórdão façam menção a esse requisito, não há análise sobre as chances do autor na seleção propriamente dita. A frustração da inscrição para participação no processo de seleção já seria reparável, pois causaria um dano moral, já que o autor tinha esperança de ao menos participar do processo seletivo com vistas a se qualificar e obter espaço no mercado de trabalho.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foram seguidos os critérios para fixação de danos morais, levando-se em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que o valor indenizatório não constitua enriquecimento sem causa da vítima e sirva também para coibir as atitudes negligentes e lesivas. Foi fixado o valor de R\$ 5.000,00 a título de indenização.

28. Número do julgado: 0000037-20.2012.4.02.5107

Data de julgamento: 12/12/2017

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, Estado do Rio de Janeiro e o Município de Itaboraí/RJ objetivando indenização por danos morais decorrentes da morte da filha da autora, em razão da deficiência no atendimento médico hospitalar. Alegou a autora que, apesar de sua filha ter recebido tratamento médico no Hospital Municipal Desembargador Leal Júnior e, posteriormente, no Hospital Federal de Ipanema, tal fato não se mostra contrário ao dano pleiteado, já que os tratamentos realizados se mostraram completamente negligentes. Teria havido demora excessiva nas providências urgentes que se faziam necessárias para salvar a vida da paciente.

Indenização (concedida/negada e comentários): Não aplicável. O TRF2 entendeu que, apesar da documentação acostada aos autos demonstrar que houve demora em fechar um diagnóstico e em providenciar a transferência para hospital de referência, não ficou esclarecido se tais fatos diminuíram as chances de sobrevivência, caso o tratamento correto tivesse sido realizado em tempo hábil. Ou seja, se havia chance concreta da paciente não vir a óbito caso o diagnóstico e o tratamento médico tivessem sido realizados e adotados com eficiência e rapidez. Portanto, a sentença foi anulada para determinar a realização de perícia para verificar a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aponta a perda da chance como dano específico, consignando que "a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico.". Além disso, o precedente fala da chance como bem autônomo.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Foi justamente a impossibilidade de aferir a caracterização de chance séria e real de sobrevivência em virtude de atuação deficiente do hospital que gerou a anulação da sentença e determinação de prova técnica.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que há provas de que houve demora em fechar um diagnóstico e em providenciar a transferência para hospital de referência. No entanto, faltariam elementos para se concluir a respeito do dever de indenizar.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável, considerando a anulação da sentença e determinação de perícia.

29. Número do julgado: 0020401-96.1998.4.02.0000

Data de julgamento: 26/02/2003

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a União Federal objetivando a promoção dos autores ao posto de capitão da Força Aérea Brasileira, sendo devidos também os respectivos atrasados e gratificações decorrentes do tempo em que permaneceram sem a respectiva promoção. Seriam os autores suboficiais da referida força, pertencentes ao quadro da reserva complementar, atingida por idade. A condição de suboficial derivaria de decisão judicial transitada em julgado, por meio da qual os autores foram promovidos do quadro de primeiros-sargentos ao de suboficiais, ambos praças.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF2 firmou entendimento de que não seria possível promover, em favor dos autores, equiparação com oficiais já empossados, pois isso dependeria de evento futuro e incerto, qual seja, a aprovação em curso de formação jamais frequentado, e seria incerto por sua natureza a questão da requalificação, sendo impossível chegar à conclusão somente em função do transcurso de lapso de tempo. Afirmou-se, ainda, que não há responsabilidade da Administração por danos remotos e indiretamente causados por seus atos, conforme precedente do STF. Não existiram limites para mensurar os danos da preterição, desde sua vida familiar até aspectos de existência. Assim, seria necessário o balizamento do nexo de causalidade existente entre a atuação estatal e o dever de reparar seus atos.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No caso, associa o pedido de perda da chance a danos indiretos e remotos e aponta que o nexo de causalidade entre a atuação estatal e o dever de reparar seus atos deve ser balizado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há uma abordagem mais específica em relação à aplicação da teoria da perda de uma chance e, bem assim, sobre o requisito da existência de chance séria e real. Afirmou-se que a promoção, no caso, dependeria de evento futuro e incerto e deveria ser ponderado o princípio da seletividade. Não há, portanto, análise sobre as chances de obtenção da promoção com base em aspectos individuais, histórico de comportamento ou questões do gênero. Em relação propriamente à indenização, simplesmente se afirma que não há responsabilidade da Administração por danos indiretos e remotos e que seria necessário balizar o nexo de causalidade existente entre a atuação estatal e o dever de reparar seus atos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

30. Número do julgado: 0007598-16.2012.4.02.5101

Data de julgamento: 31/10/2017

Órgão julgador: TRF2 - Oitava Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a União Federal objetivando o pagamento de indenização por danos morais e pela perda de uma chance sob a alegação de que, enquanto prestava o serviço militar obrigatório, o autor contraiu Meningite Meningocócica, que o deixou surdo, tendo sido desligado do Exército, sem ter recebido o tratamento no Hospital Central do Exército - HCE. Sustenta que teria direito a continuar nos quadros do Exército até o final de 2013 e, portanto, poderia ter prestado o serviço militar por sete anos ininterruptos, devendo, por isso, ser indenizado pela perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Afirmou-se que o autor, ao tempo da demissão, era militar temporário das Forças Armadas, e ocorreu o seu licenciamento, de acordo com a discricionariedade da Administração. O tratamento médico não obstaría o licenciamento e, ademais, embora desligado, o autor teria recebido tratamento médico adequado, não havendo que se falar em ilegalidade e, tampouco, em indenização por dano moral e pela perda de uma chance. O TRF2 acolhe a fundamentação da sentença que, especificamente em relação à continuidade no serviço militar, aduz que os militares temporários são aqueles que atuam no serviço ativo enquanto for da conveniência e oportunidade do administrador. Não haveria, portanto, direito à prorrogação e estabilidade. Ademais, a estabilidade no serviço não passaria de mera expectativa de direito, incapaz de gerar direito subjetivo ao reengajamento.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há uma abordagem mais específica em relação à aplicação da teoria da perda de uma chance e, bem assim, sobre o requisito da existência de chance séria e real. Na verdade se entendeu que, como o autor era militar temporário, não teria direito à prorrogação e estabilidade. Ademais, a estabilidade no serviço não passaria de mera expectativa de direito, incapaz de gerar direito subjetivo ao reengajamento. Não há uma análise de aspectos específicos do autor em relação à chance tida como perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Afirmou-se que não houve qualquer irregularidade por parte da Administração no licenciamento e posterior exclusão do autor, sendo então indevida indenização por dano moral ou material.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

31. Número do julgado: 0001762-84.2002.4.02.5110

Data de julgamento: 18/05/2011

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando o recebimento de indenização por danos materiais, correspondente às despesas efetuadas pela autora para sua inscrição no vestibular, relativo ao ano de 2002, e compensação pelos danos morais sofridos em razão do atraso da ré no envio da sua ficha de inscrição para a segunda fase do vestibular da UERJ.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. A teoria da perda da chance foi aventada de forma associada aos danos morais. Nesse particular, o acórdão transcreveu a sentença e afirmou que o Juízo *a quo* apreciou devidamente a questão. Na sentença, constou que o fato da ECT não ter remetido a correspondência não ocasionou a perda da vaga na Universidade, mas apenas a perda da oportunidade de continuar participando da segunda fase do vestibular. Não havia garantia de aprovação. Ressalta-se então que o que se vislumbra é a perda de uma oportunidade. No caso, a falha no serviço postal teria ultrapassado os limites do mero dissabor, porquanto retirou da autora a oportunidade de aprovação na segunda fase do vestibular da UERJ. Tal frustração já seria apta a causar o abalo psíquico. Além da indenização por danos morais, foi concedida indenização por danos materiais para ressarcimento do valor de inscrição.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Consta manifestação na transcrição da sentença que foi validada pelo acórdão. Na referida transcrição, afirma-se que a doutrina já vislumbra a possibilidade da caracterização do dano ocasionado pela perda de uma oportunidade ou chance, enquadrando-a como um terceiro gênero entre o dano emergente e o lucro cessante. No caso em questão, a perda da chance foi associada a um dano extrapatrimonial.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há uma abordagem mais específica em relação ao requisito da existência de chance séria e real. Nesse sentido, não se aborda a chance da autora passar no vestibular, aspectos relacionados às notas tiradas ou outras aprovações. A retirada da oportunidade de participação na segunda fase do vestibular da UERJ é tida como suficiente para causar abalo psíquico e justificar a indenização por danos morais relacionada à perda da chance. Vale mencionar que o acórdão cita precedente que menciona o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real, mas o voto propriamente dito não aborda o assunto, tampouco a sentença.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A indenização é analisada sob a ótica dos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência para fixação do valor indenizatório pelo dano moral, levando em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que o montante a título de indenização não constitua enriquecimento sem causa da vítima e sirva também para coibir novas atitudes negligentes e lesivas. Nesse contexto, o TRF2 entendeu que o valor de R\$ 7.000 fixado pela sentença estaria adequado.

32. Número do julgado: 0000548-80.2005.4.02.5101

Data de julgamento: 26/11/2008

Órgão julgador: TRF2 - Sétima Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização de R\$ 500.000,00, em razão de supostos danos decorrentes da perda da possibilidade do autor se sagrar vencedor em competição denominada “Big Brother Brasil 5”, na qual era prometido um prêmio no valor de R\$ 1.000.000,00. A ECT, mediante ação dolosa ou culposa, não teria procedido à devida entrega de sua correspondência, cujo conteúdo consistia justamente no formulário de inscrição para seleção dos candidatos à disputa do citado prêmio.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. No caso, foi mantida a sentença de primeiro grau que entendeu que a situação não se mostrou com relevante grau de certeza, nem significativa probabilidade da chance de o autor ser escolhido, dentro um universo de milhares de candidatos, para participar do programa, e, também, de sair vencedor do jogo. Portanto, não caberia a aplicação da teoria da perda de uma chance. Além da falta de probabilidade significativamente relevante, consta que o mero dissabor gerado pelos atos da vida cotidiana não enseja qualquer dano moral juridicamente relevante para fins de proteção legal.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Embora não haja uma afirmação categórica, pode-se concluir que o acórdão associa o dano pela perda de uma chance a um dano específico. Afirma-se que a dificuldade estaria na ausência de nexo de causalidade ligando o ato com o dano, de modo que não é possível afirmar que na perda de chance o dano é consequência “direta e imediata” do injusto. Nesse contexto, traz citação doutrinária sobre a indenização pela chance perdida e não pela vantagem final, bem como faz menção a um acórdão do TRT sobre perda de uma chance. Ao final, registra que o mero dissabor na vida cotidiana não enseja dano moral, mas não há outra associação entre tal dano e a perda da chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão aborda o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real e ressalta que aí residiria o âmago da teoria. No caso, entendeu-se que a juíza de primeiro grau resolveu bem a questão ao concluir que a situação posta nos autos não se mostrou com relevante grau de certeza, nem significativa probabilidade da chance de o autor ser escolhido, dentro um universo de milhares de candidatos, para participar do programa e, também, de sair vencedor do jogo. Não há um detalhamento sobre número de inscritos ou algo do gênero, mas há avaliação sobre a falta de seriedade da chance perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de conduta ilícita consubstanciada no descumprimento da obrigação (contratual), consistente no extravio da correspondência. Fala-se que a ideia de ilicitude fundamenta o dever jurídico de reparação de danos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

33. Número do julgado: 0000938-90.2009.4.02.5107

Data de julgamento: 24/09/2013

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação buscando a condenação da ECT e da Petrobras por perdas e danos, em valor a ser arbitrado judicialmente, englobando danos emergentes e lucros cessantes; danos morais e psicológicos, em razão da perda de uma chance causada pelo não recebimento de telegrama, em tempo hábil, com convocação para etapa seguinte de concurso de técnico de instrumentação. O autor requer, ainda, em sede liminar, a determinação de que a Petrobras realize nova convocação para a etapa seguinte do certame, de modo a permitir a sua contratação no cargo.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. A teoria da perda da chance foi aplicada de forma associada aos danos morais, conforme voto do relator que veio a prevalecer. A esse respeito, consignou-se que o pedido condenatório deveria se fundar na perda da oportunidade de obter a almejada aprovação no concurso público. Entendeu-se que a perda de uma chance estaria patente no caso, devendo a ECT ser condenada a reparar o dano daí advindo. A indenização não seria pelo valor patrimonial total da chance por si só considerada, mas sim pela possibilidade de obtenção do resultado esperado. Ademais, mencionou-se que a indenização a ser reparada seria pelos danos morais sofridos pelo autor, ante a falta de qualquer outro elemento a estabelecer parâmetros para os danos materiais por ele sofridos e por considerar que os alegados "danos psicológicos" referem-se, em verdade, ao próprio dano moral.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. A ementa contém caracterização extraída de precedente do STJ, segundo o qual a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro. A referência, contudo, é inserida como se refletisse a própria opinião dos julgadores, de modo que foi considerada para fins de definição da natureza jurídica. No decorrer do voto, não há abordagem expressa sobre a natureza jurídica. Observações parecem associar a perda da chance ao dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não foram abordadas as chances específicas do autor se sagrar vencedor no concurso. A indenização foi concedida pela perda da oportunidade de obter a almejada aprovação no concurso público, o que geraria danos morais. Não houve uma análise de especificidades do concurso em questão.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora se mencione a incidência da responsabilidade objetiva, fala-se de falha na prestação do serviço e caráter punitivo da indenização por danos morais. O voto vencido, contudo, afasta a falha no serviço, em função das particularidades do local de residência do autor e cumprimento das normas do Ministério das Comunicações pela ECT. Afirma que, por morar numa localidade fora do perímetro urbano, cabia ao autor consultar o recebimento de correspondências na agência dos correios (culpa exclusiva da vítima).

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foram seguidos os critérios para fixação de danos morais, levando-se em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que o valor da indenização não constitua

enriquecimento sem causa da vítima. Atentou-se ao duplo conteúdo da indenização (sanção e compensação). Nesse contexto, manteve-se o valor de R\$ 5.000,00 fixado em sentença.

34. Número do julgado: 0000713-08.2011.4.02.5105

Data de julgamento: 30/05/2018

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, Estado do Rio de Janeiro e outros objetivando a rescisão de contrato para aquisição de propriedade com vistas à produção rural, em programa governamental, após loteamento de fazenda adquirida para tal fim, que se revelou imprópria para a agricultura e criação, ante à sua localização em área de preservação ambiental. Pleiteia-se, ainda, indenização por danos morais e danos materiais decorrentes da perda de uma chance. Quanto à perda da chance, o pedido está baseado na impossibilidade de qualquer cultivo na área destinada à parte autora, integrante de imóvel com outros 71 lotes, sendo que a grande maioria do imóvel é cultivável. A parte autora considera, assim, que deve ser realizado cálculo das probabilidades de ocorrência da vantagem, caso a chance de consegui-la não tivesse sido frustrada.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Houve a concessão de indenização por danos morais, mas a indenização pela perda de uma chance foi negada (mantendo-se a sentença nesse tocante). Entendeu-se que, no caso concreto, não haveria que se falar em probabilidade e certeza séria, relativas a qualquer tipo de produção ou cultivo, inexistindo chances de realização ou vantagens perdidas, que pudessem resultar em prejuízos. Seria irrelevante que os demais lotes, vendidos a outros agricultores, tenham logrado produzir, pois, em relação ao sítio que coube à parte autora, não havia possibilidade concreta de produção por situar-se em área de proteção permanente. Tal fato afastaria, por si só, o dano decorrente da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença, parcialmente transcrita no acórdão, contém citações de precedentes a respeito, inclusive precedente do STJ que fala que se trata de nova mensuração do dano. Menciona-se, ainda na sentença, que tribunais estrangeiros têm admitido o alargamento do nexo causal com ênfase no resultado lesivo. O acórdão propriamente dito faz referência ao dano decorrente da perda de uma chance, porém não há manifestação efetiva e expressa sobre a natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Essa foi a razão de afastamento da indenização, já que se entendeu que não havia a possibilidade concreta de produção na área em discussão, justamente por situar-se em área de proteção permanente. Segundo o acórdão, isso afastaria o dano decorrente da perda de uma chance, sendo irrelevante o fato de outros agricultores terem produzido. Com base nesse racional, há uma avaliação quanto ao caráter sério e real da chance perdida, isto é, da produção ou cultivo no lote. Contudo, o acórdão poderia ter aprofundado a fundamentação sobre o pedido da parte autora de se apurar a probabilidade de produção com base nos lotes existentes na fazenda, a maioria deles não inserida em área de preservação permanente.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Consta manifestação na transcrição da sentença, notadamente na parte de danos morais, que foi mantida. Fala-se sobre a demora em se obter qualquer resultado acerca do efetivo assentamento na Fazenda da Glória, objeto do negócio jurídico firmado entre as partes. Haveria assim uma lesão à própria dignidade da pessoa humana em razão da negligência dos

entes envolvidos na relação jurídica de direito material deduzida. Tal aspecto, contudo, não influenciou o resultado da indenização pela perda de uma chance.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

35. Número do julgado: 0006286-39.2011.4.02.5101

Data de julgamento: 17/02/2014

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos materiais e morais, em razão do prejuízo sofrido pelo atraso da ré na entrega do telegrama convocatório, relativo a concurso público estadual realizado pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro visando contratação por prazo determinado.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. No entanto, o acórdão não aborda de forma muito expressa a teoria da perda de uma chance. Ele a menciona na ementa e em citações de julgados relacionados ao tema. De todo modo, pode-se depreender que a perda da chance foi associada a danos extrapatrimoniais. A respeito, consignou-se que, no caso, a falha na prestação do serviço postal ultrapassou os limites do mero dissabor, porquanto retirou da autora a oportunidade de contratação para cargo da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. No que tange aos danos materiais, afirma que se exige a demonstração efetiva dos prejuízos suportados. No caso, não se poderia afirmar peremptoriamente que a autora seria efetivamente nomeada para assumir o cargo público. Apenas a oportunidade de transformar essa expectativa em realidade restou frustrada pela falha da prestação do serviço, gerando prejuízo extrapatrimonial.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No entanto, pode-se concluir que a perda da chance é associada a um dano extrapatrimonial, sendo consignado que a frustração da oportunidade de contratação para o cargo oferecido pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, em função de falha da ECT, causaria dano extrapatrimonial. De outro lado, quanto aos danos materiais, entendeu-se não estarem demonstrados, pois não se poderia afirmar peremptoriamente que a autora seria efetivamente nomeada para assumir o cargo público.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não consta observação expressa sobre a necessidade de caracterização de chance séria e real, sendo que tal observação consta apenas em excerto de precedente citado. Ademais, não foram abordadas as chances específicas da autora se sagrar vencedora no concurso. Nesse sentido, não foram analisadas particularidades do concurso e da autora. A indenização foi concedida pela frustração da oportunidade de contratação para o cargo oferecido pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora se aborde a incidência da responsabilidade objetiva, fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foram seguidos os critérios para fixação de danos morais, levando-se em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que o valor de indenização não constitua enriquecimento sem causa da vítima. Atentou-se ao duplo conteúdo da indenização, sanção e compensação. Nesse contexto, manteve-se o valor de R\$ 15.000,00 fixado em sentença.

36. Número do julgado: 0013663-66.2008.4.02.5101

Data de julgamento: 20/05/2014

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a União Federal objetivando indenização por danos morais em decorrência de erro médico. Aduz a autora que seu pai era portador de câncer de próstata, doença controlada e que o levou à emergência do hospital em razão de quadro de fraqueza, quando foi informado de que teria que ficar internado para a realização de exames. Alega que, embora constasse do prontuário de seu pai tinha alergia ao medicamento dipirona, este lhe foi ministrado na forma intravenosa, o que piorou o seu estado de saúde, resultando na sua morte logo em seguida. Após sentença de improcedência ante o reconhecimento de ausência denexo de causalidade, a autora interpôs recurso alegando que o perito afirmou que a administração de dipirona a paciente alérgico ao medicamento pode agravar o quadro, o que por si só bastaria para impor a obrigação de indenizar. Entende aplicável a perda de uma chance, a alargar o nexode causalidade pelo erro cometido, sendo suficientes as condutas negligentes ou falta de diagnóstico preciso para garantir a reparação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF2, mantendo a sentença, registrou que a relação de falha apontada pela autora, entre a administração de dipirona e a morte de seu pai, seria questão eminentemente técnica, que dependeria da realização de perícia. A perícia, levando em consideração os documentos dos autos, teria concluído pela inexistência de nexode causalidade entre a falha apontada e a morte do ex-militar. Quanto à perda da chance, o TRF2 consignou que se exige que a perda da chance seja razoável, séria e real, não podendo se basear em situação hipotética. Porém, no caso, a prova produzida não apontaria para resultado diverso para o pai da autora, ante a grave situação clínica que apresentava, com quadro de septicemia instalado, antes da administração do agente alérgico.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Dá a entender que acolhe concepção de dano específico ao afirmar que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, eis que impede o lesado de buscar posição mais vantajosa, que provavelmente alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Pontua-se que a perda de uma chance tem que ser razoável, séria e real, não se admitindo indenização por situação hipotética. No caso dos autos, contudo, a prova produzida não apontaria para resultado diverso para o pai da autora, ante a grave situação clínica que apresentava, com quadro de septicemia instalado, antes da administração do agente alérgico. Também se menciona no acórdão que o laudo pericial teria concluído pela ausência de nexode causalidade entre a administração da dipirona e a morte do autor.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Aborda-se a existência de falha na prestação do serviço, mas o foco fica sendo o nexode causalidade.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

37. Número do julgado: 0007531-85.2011.4.02.5101

Data de julgamento: 16/03/2016

Órgão julgador: TRF2 - Oitava Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por dano moral em razão de atraso na entrega de correspondência. O autor – vencedor de licitação na

modalidade pregão promovida pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco para fornecimento de refrigeradores de ar e óleo – enviou a documentação necessária à adjudicação do contrato, por Sedex. Todavia, a correspondência chegou ao destinatário após o prazo, ocasionando a desclassificação do autor do procedimento licitatório.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Vale ressaltar, no entanto, que foi concedida indenização a título de danos morais. Há menção à teoria da perda de uma chance apenas na ementa, aparentemente associada aos danos morais, bem como em outro precedente citado no voto e que versa sobre hipótese de atraso na entrega de documentos para habilitação em certame. Não há qualquer detalhamento sobre a aplicação da teoria da perda da chance, apenas considerações sobre danos morais.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Como dito, há menção superficial à perda da chance, apenas na ementa, e aparentemente associada aos danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há análise sobre o caráter sério e real da chance perdida e aspectos relacionados ao certame, como a posição do autor e chance de execução do contrato. Aliás, o autor já tinha se sagrado vencedor, sendo que a documentação era para adjudicação do contrato. A discussão fica limitada à concessão de indenização para danos morais, sendo apenas consignado que a conduta da ECT levou a constrangimentos injustamente infligidos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não. Não se fala propriamente em falha do serviço da ECT, mas sim de nexo de causalidade entre um ato da ECT e o dano experimentado pelo autor. O acórdão reforça a responsabilidade objetiva e desnecessidade da vítima provar dolo ou culpa.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A indenização é analisada sob a ótica dos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência para fixação do valor indenizatório pelo dano moral, que deve considerar as circunstâncias da causa, bem como a condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, de modo que o montante a ser pago não constitua enriquecimento sem causa. Afirma que a indenização devida à parte autora não pode adquirir uma conotação de prêmio, devendo se restringir à reparação dos constrangimentos injustamente infligidos. Conclui que o montante arbitrado na sentença, de R\$ 5.000,00, seria adequado, atendendo a precedentes e às peculiaridades do caso.

38. Número do julgado: 0004190-84.2007.4.02.5103

Data de julgamento: 15/06/2015

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a UFRJ e a Faculdade de Filosofia de Campos objetivando indenização por danos morais, materiais e perda de uma chance em função do cancelamento de convênio entre as instituições réis, o que impossibilitou a defesa da dissertação da autora em curso de mestrado de filosofia que estava em vias de concluir. A sentença julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, mas improcedentes o pedido de danos materiais consubstanciado no reembolso dos valores de mensalidade e de indenização pela perda de uma chance (consustanciada no valor equivalente ao percentual de aumento da hora/aula devido à qualificação de mestre, contado de julho de 2006 até a conclusão de outro curso de mestrado).

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A indenização pela perda de chance foi negada em primeira instância e a autora não recorreu em relação a esse pedido, razão pela qual o TRF2 não se manifestou sobre o assunto. Contudo, diante da transcrição da sentença, pode-se depreender toda a argumentação em torno do pleito. Para rejeição do

pleito, a sentença afirmou que a autora não se desincumbiu de apresentar elementos que demonstrassem que, a partir da conclusão do mestrado, em 2006, faria jus à remuneração de hora/aula equivalente a R\$ 30,53 mais acréscimo de 10%. As cópias de sua carteira de trabalho nada demonstrariam e o termo aditivo ao seu contrato de trabalho da mesma forma. Portanto, não se poderia qualificar como plausível a expectativa frustrada pela declaração de inexistência do curso de mestrado da autora

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Não houve manifestação no acórdão, já que não foi interposto recurso a respeito da perda da chance. Porém, na transcrição da sentença, vê-se conceituação da perda da chance como nova categoria dano.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. A análise diz respeito à sentença, transcrita no acórdão, já que não houve recurso sobre a matéria. Na sentença houve menção expressa sobre a necessidade de que a chance seja séria e plausível e, ademais, foram analisados elementos concretos dos autos para avaliar se de fato havia chance séria de aumento salarial que restou frustrada. Nesse ponto, foram abordados os documentos acostados aos autos e a inaptidão destes para demonstrar uma expectativa plausível de aumento da remuneração.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ato ilícito e falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

39. Número do julgado: 0000476-45.2009.4.02.5104

Data de julgamento: 29/10/2013

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais e materiais em face da ECT em virtude do atraso na entrega de documentação para participar de procedimento licitatório junto ao SENAI. A parte autora requer a restituição, em dobro, do valor pago pelo serviço contratado junto à empresa pública e indenização em razão de ter perdido a chance de participar do procedimento licitatório.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF2, reformando a sentença, entendeu que a situação se amoldaria à teoria da perda de uma chance, haja vista que a falha na prestação do serviço pela ECT impediu a parte autora de participar de certame licitatório. Ressalta que a empresa pública também está obrigada à reparação do dano quando, por sua ação ou omissão, provoca a perda de uma chance ao administrado. A ECT impediu que a parte autora auferisse os lucros que resultariam da adjudicação do objeto licitado, caso consagrada vencedora. No caso, ressalta também a existência de chance séria e real.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que a perda da chance se trata de novo critério de mensuração do dano.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão aborda a necessidade de que a chance perdida se revista de caráter sério e real. Ademais, afirma-se no acórdão que a autora foi convidada pela própria licitante para participar do certame, em razão de já ter se consagrado vencedora em certames anteriores. Assim, tinha possibilidade de êxito séria e real. Contudo, o acórdão reconhece que o certame estava em estágio inicial e não faz ponderações específicas sobre número de concorrentes e outras especificidades do certame.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço e de conduta ilícita.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Parece não haver qualquer associação entre o valor de indenização fixado e qualquer parâmetro do certame. Tanto que se usa como parâmetro precedente sobre danos morais. Defende-se que, tendo em vista que a licitação se encontrava em sua fase inicial, seria razoável uma indenização de R\$ 5.000,00, que conciliaria a pretensão compensatória, pedagógica e punitiva da indenização com a vedação ao enriquecimento sem causa, além de estar de acordo com precedentes do TRF2.

40. Número do julgado: 0002261-80.2011.4.02.5101

Data de julgamento: 07/02/2017

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização em razão de falha na prestação do serviço médico, qual seja a demora no atendimento do demandante que culminou com a realização da cirurgia de orquiectomia (remoção de um testículo), após torção.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão do TRF2 validou integralmente a sentença, adotando-a como razão de decidir. A sentença aponta que, segundo a perícia, o procedimento a ser adotado no caso de torção do testículo varia conforme o tempo transcorrido desde o início do quadro. O tratamento cirúrgico deve ser realizado com urgência quando existe chance de salvação do órgão. No caso, haveria dúvida sobre o momento em que o autor chegou ao hospital, mas, mesmo no cenário de atendimento depois de transcorridas 14 horas da torção, o que estaria provado, persistia a probabilidade considerável de até 50% de êxito mediante procedimento cirúrgico, caso houvesse o encaminhamento para o hospital capaz de prestar o atendimento. Como o hospital deixou de encaminhar o autor para tratamento, deu causa à perda da chance de se submeter ao tratamento, o que gera dever de indenizar.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Conquanto não haja uma abordagem expressa, a partir da transcrição da sentença, pode-se depreender um entendimento voltado à concepção de caracterizar a perda da chance como dano específico. Afinal, afirma-se que a indenização pela perda de uma chance não equivale à reparação quanto ao próprio dano que veio a se consumir. A compensação tem por base a própria chance perdida, não o prejuízo em si. Ademais, são citados precedentes que falam da chance como bem autônomo e citação doutrinária em linha similar.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. A partir do laudo pericial, citado na sentença de primeiro grau, a chance de salvação do órgão varia conforme o passar do tempo, mas, mesmo no horário de consulta no hospital de Bonsucesso, persistia chance considerável de salvar o órgão (50%), caso houvesse o encaminhamento para o hospital capaz de prestar o atendimento.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que a questão discutida diz respeito à responsabilidade objetiva do Estado por falha na prestação do serviço, qual seja a demora no atendimento do demandante que culminou com a realização da cirurgia de orquiectomia.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença acatada pelo acórdão faz distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Logo, o requerente não faria jus à indenização pela lesão física e pelo dano estético que sofreu, caso em que a compensação deveria ser fixada em patamares mais elevados. Ponderou-se que a chance perdida se situava num patamar de no máximo 50% de êxito da cirurgia. Por outro lado, como a chance envolvia a integridade física de um jovem, que acabou sendo mutilado em

sua genitália (circunstância que, provavelmente, lhe causa vergonha), tem-se que a oportunidade inviabilizada ligava-se a um valor de superlativa importância, razão pela qual entendeu adequada a indenização de R\$ 20.000,00, após comparativo com outros casos julgados pelo STJ.

41. Número do julgado: 0133182-02.2013.4.02.5120

Data de julgamento: 20/06/2017

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a União Federal objetivando indenização por danos materiais e morais em virtude da falha da Administração Naval quanto ao diagnóstico de doença (glaucoma), que só foi corretamente aferida no ano de 2007, sendo que os primeiros sintomas já teriam se manifestado em julho de 2005, bem como quanto ao tratamento médico a que foi submetido o autor (uso de colírios) e o consequente agravamento da doença até sua fase final, culminando com a perda de visão.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Com base na conclusão da prova pericial, o acórdão do TRF2, confirmando a sentença, afirma que, caso o autor tivesse recebido o tratamento médico adequado, ou seja, caso fosse submetido, ainda no período em que se encontrava no Serviço Ativo da Marinha, a um procedimento cirúrgico para evitar a progressão do glaucoma, tal providência, por si só, não garantiria que ele não viesse a perder a visão, como aconteceu, mas certamente teria ele uma chance, razão pela qual deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance, a impor a condenação pelo pagamento de indenização por danos morais.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão em si e as transcrições da sentença não trazem expressa abordagem a respeito. No entanto, no acórdão, constam citação doutrinária e precedentes que apontam para a concepção de que a perda da chance constitui dano específico. Na citação doutrinária, afirma-se que a aplicação da perda da chance na seara médica gira em torno do nexa causal, porém o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance que ele privou o paciente. Os julgados, por sua vez, afirmam que a chance pode ser tida como bem autônomo.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão não aprofunda tanto quanto possível a análise do requisito de que a chance seja séria e real. No entanto, adotou em parte as razões de decidir da sentença, a qual afirmou que, embora não se ignore que a cirurgia poderia até mesmo agravar o quadro com piora da visão, se o autor tivesse sido submetido à cirurgia nos primeiros anos em que descobriu a enfermidade, havia uma chance real de se estabilizar a evolução do glaucoma e se impedir a cegueira. Ainda que todo procedimento detenha algum risco, a opção de tratamento é prática consolidada no manejo da moléstia e não foi sequer sugerida pelos médicos da Administração. Não se fala, portanto, da porcentagem de chance de evitar a cegueira, mas se aborda o fato de se tratar de chance real e uma prática consolidada no manejo da moléstia.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço. Embora se afirme a desnecessidade de culpa na responsabilidade do Estado, pode-se depreender considerações sobre a falha no serviço em trechos do acórdão e da sentença, ao se consignar que outros exames deveriam ter sido adotados e deveria ter sido ao menos sugerida a possibilidade de realização de procedimento cirúrgico, com descrição dos riscos inerentes.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão, além de abordar os parâmetros

de fixação de indenizações por dano moral, menciona a necessidade de mitigação da indenização em casos de perda de uma chance. Entende, ao final, que se revela razoável a fixação do valor indenizatório por danos morais em R\$ 30.000,00, tal como fixado na sentença, já que o montante compatibiliza o postulado jurídico da vedação do enriquecimento sem causa e o caráter punitivo-pedagógico do ressarcimento.

42. Número do julgado: 0000853-69.2012.4.02.5117

Data de julgamento: 14/12/2016

Órgão julgador: TRF2 - Sétima Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação indenizatória contra a União Federal, Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Fluminense em virtude da alegada ineficiência e negligência no atendimento de saúde, bem como suposto erro de diagnóstico acerca da gravidade de infecção que acometia o marido e pai dos autores. Sustentam os autores que houve descaso do INTO com o tratamento do paciente, que teria aguardado mais de seis anos para realização de cirurgia para substituição de prótese no quadril, período em que houve agravamento de infecções e no qual o hospital teria se recusado a realizar cirurgia. Afirmam que o falecimento ocorrido em 02/03/2011, em decorrência de choque séptico, provocado por infecção da prótese do quadril, foi causado pela negativa de atendimento.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Afirmou-se que, do conjunto probatório, seria possível concluir que se a União Federal tivesse agido com a diligência necessária e recomendada para o caso, poder-se-ia ter salvado a vida do paciente, uma vez que as infecções bacterianas são tratáveis. Houve falha da Administração no atendimento médico, revelando-se deficiente e inadequado. Por outro lado, o perito não conseguiu delimitar o grau de comprometimento ou relevância da conduta dos agentes públicos para a morte do paciente, a ensejar a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Afirmou-se que a ausência do tratamento adequado, enquanto o paciente aguardava a cirurgia para substituição da prótese, subtraiu chance real de sobrevivência. Se a vítima tivesse recebido o tratamento adequado e tivesse sido ministrado antibiótico, provavelmente, o paciente não teria falecido de choque séptico, em razão de prótese de quadril infectada e artrite reumatoide.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não são tecidas considerações expressas a respeito. Contudo, afirma-se que, diferentemente da clássica teoria da perda de uma chance, em que há certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, recaindo a incerteza na existência e extensão dos danos, na perda de uma chance de cura, a extensão do dano já é definida, restando saber se esse dano teve como concausa ou causa adequada o comportamento comissivo ou omissivo do réu. No caso, poder-se-ia concluir que o sistema público deu causa ao dano quando não realizou o tratamento correto em tempo hábil. Em razão da morte, a indenização foi a título de danos morais aos parentes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Não constam considerações específicas sobre o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real. No entanto, são citados trechos da perícia e se conclui que, se a vítima tivesse recebido o tratamento adequado, ou seja, se a prótese enferrujada tivesse sido removida desde o ano de 2005, e tivesse sido ministrado antibiótico, provavelmente, o paciente não teria falecido de choque séptico. Assim, há algum respaldo para se afirmar que havia uma chance concreta. Diante da ausência do tratamento adequado, entendeu-se que houve subtração de chance real de sobrevivência. Contudo, não houve uma análise de probabilidades para se ponderar se a chance era realmente séria a ponto de justificar a indenização com base na teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de negligência e de atendimento médico deficiente e inadequado. Isso ganha particular importância no caso, já que o acórdão sustenta que a responsabilidade do Estado seria subjetiva para o usuário do serviço público.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão reduziu a indenização fixada em sentença argumentando que não se poderia perder de vista que a responsabilização pela perda de uma chance funda-se sob certo nível de incerteza que, por certo, deve ser valorada no momento de fixação da compensação. Portanto, a indenização por danos morais foi reduzida de R\$ 54.500,00 para R\$ 40.000,00 para cada autor, com o fito de efetivamente conciliar a pretensão compensatória com o princípio do não enriquecimento sem causa. Foi consignado que o valor estaria em conformidade com a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais em casos análogos.

43. Número do julgado: 0016149-63.2004.4.02.5101

Data de julgamento: 13/04/2009

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização em decorrência do atraso na entrega de documentos, enviados via Sedex, referentes à habilitação da pessoa jurídica em procedimento licitatório para contratação de serviços de limpeza e conservação da agência bancária.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Pelo que se depreende do acórdão, a sentença rejeitou o pedido de indenização por danos materiais, pois não haveria como se afirmar que, mesmo se tivessem sido entregues os documentos, a autora seria ou não vencedora na licitação. Houve, entretanto, a concessão de indenização por danos morais à pessoa jurídica, em razão da falha do serviço. Após a interposição de recurso somente pela ECT, o TRF2 manteve a indenização por danos morais consignando que a falha do serviço, que ensejou a eliminação da autora do procedimento seletivo, amoldar-se-ia à denominada perda de uma chance, na qual deve ser fixado um valor a título de reparação pela oportunidade inutilizada, sem olvidar do necessário caráter punitivo. No caso, afirma que havia chances concretas da autora se sagrar vencedora. Manteve, sob essa premissa, a indenização por danos morais fixada em sentença.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No caso, o TRF2 utiliza a perda da chance como justificativa para manter a indenização por danos morais concedida pela sentença de primeiro grau. Por outro lado, nota-se que, ao tratar da adequação do valor indenizatório arbitrado, aborda aspectos relacionados à natureza, ao valor e à duração do contrato objeto do certame.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Consta do acórdão que restou comprovado que a proposta da autora era efetivamente inferior àquela sagrada vencedora na licitação. Assim, as chances da autora se sagrar vencedora da tomada de preços eram efetivamente concretas, fazendo jus, portanto, à reparação pelos danos sofridos. Não há considerações adicionais sobre o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real e outros aspectos do procedimento licitatório em questão, como fases faltantes, requisitos de habilitação, entre outros.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi mantida a indenização fixada a título de danos morais pela sentença. No entanto, houve uma análise da adequação do valor de

indenização à luz da natureza, valor e duração do contrato cuja oportunidade de celebração foi perdida, tendo se concluído que o montante de R\$ 3.800,00, fixado pela sentença a título de compensação, seria razoável. Não importaria enriquecimento indevido por parte da autora, que deixou de participar de um contrato que envolveria o lucro calculado de R\$ 16.913,40, e, por outro lado, tal valor seria suficiente para punir o agente causador do dano, atendendo ao caráter preventivo da reparação, de forma que não lhe seja vantajoso insistir na prestação defeituosa do serviço.

44. Número do julgado: 0012683-32.2002.4.02.5101

Data de julgamento: 29/10/2008

Órgão julgador: TRF2 - Sétima Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais e materiais, pois teria sido aberta Sindicância na Administração Militar para apurar suposta irregularidade praticada pelo autor no que diz respeito aos valores recebidos a título de indenização por transferência de localidade. Em razão disso, o autor sofreu descontos em sua remuneração, bem como foi indiciado em Inquérito Policial Militar, o qual acabou sendo arquivado, após requerimento do Promotor de Justiça Militar, que se posicionou pela inexistência de elementos para a configuração de ilícito penal. Em razão do arquivamento do Inquérito, cessaram-se os descontos e os valores descontados administrativamente do autor foram restituídos pela Administração. Afirma, ademais, que deveria ser indenizado pelos valores que deixou de ganhar, pela não celebração do contrato para prestação de tarefa, por prazo determinado, no Centro de Instrução e Adestramento Almirante Wandenkolk, o que teria decorrido de perseguição em razão dos fatos narrados, levando-o a ser preterido.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Foi concedida indenização por danos morais, porém restou consignado que a contratação para prestação de serviços pela Administração envolve um juízo de oportunidade e de conveniência, não se podendo afirmar categoricamente, no caso em tela, que a não prorrogação de contrato com o autor tenha decorrido de perseguição da autoridade militar, o que afasta a responsabilidade civil por perda de uma chance ou lucros cessantes.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Verifica-se que a menção à perda da chance é superficial e feita em conjunto com lucros cessantes, sem distinções entre os institutos. Porém, não há manifestação efetiva sobre a natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Afirma-se somente que a contratação para prestação de serviços pela Administração envolve um juízo de oportunidade e de conveniência, não se podendo afirmar categoricamente que a não prorrogação de contrato com o autor tenha decorrido de perseguição da autoridade militar. Desse modo, não houve análise sobre eventuais chances de obtenção da prorrogação na ausência da Sindicância e do Inquérito.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que é dever da Administração, diante de indícios de irregularidades administrativas, proceder à instauração de processo administrativo para a apuração da sua efetiva ocorrência, o que, por si só, não enseja qualquer responsabilidade civil da autoridade, salvo quando se revele manifestamente despropositada, sem qualquer motivação legal, ou quando o agente público aja de má-fé, ou seja, ciente de que os fatos ilegais imputados ao servidor são inverídicos. No caso, entendeu-se que havia indícios da prática de conduta tipificada como ilícito administrativo e crime na legislação penal militar, não havendo abuso de poder na instalação da Sindicância e do Inquérito.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

45. Número do julgado: 0011145-78.2009.4.02.5001

Data de julgamento: 29/11/2010

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Outras hipóteses

Resumo da controvérsia: Ação contra o DNPM, Petrobras e União Federal objetivando: (a) a outorga do alvará de autorização de pesquisa, para proceder ao estudo da viabilidade de lavra em área localizada no Município de Vitória /ES; (b) a autorização da União Federal, através de Portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia, para exploração da lavra; (c) a abstenção da Petrobras de praticar qualquer ato que impeça ou prejudique o exercício dos direitos relativos à pesquisa e à lavra que pretende ver reconhecidos e (d) a condenação solidária do DNPM, da Petrobras e da União Federal ao pagamento de indenização a título de danos materiais, consubstanciada em valor estimado do lucro com a exploração minerária. A teoria da perda de uma chance é aparentemente associada ao último pleito.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF2 manteve a sentença de primeiro grau e entendeu que seria descabido o pleito relativo à indenização por danos materiais, com base na teoria da perda de uma chance, porquanto inexistentes a autorização de pesquisa e de lavra, assim como qualquer ilegalidade a macular o ato de indeferimento. Não se aplicaria a referida teoria, pois não houve uma chance real e concreta que ocasionasse à autora efetivas condições de concorrer à situação esperada (explorar a área).

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se, contudo, que a perda da chance é associada à indenização por danos materiais, em virtude da ausência de exploração minerária.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Consigna-se que não havia chance real e concreta à autora de concorrer à situação esperada (exploração da área). São apresentados diversos argumentos para justificar a legalidade da negativa à possibilidade de pesquisa, por exemplo, em virtude da intenção de exploração mineral em área densamente urbanizada e o fato de que o local foi previamente disponibilizado para a Petrobras, para construção de sua sede. Embora a análise aborde a inexistência de chance real e concreta, o cerne da argumentação está na legalidade do ato de indeferimento da autorização de pesquisa.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Aborda-se a ausência de ilegalidade no ato que indeferiu o requerimento de autorização de pesquisa.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

46. Número do julgado: 0000271-74.2013.4.02.5104

Data de julgamento: 05/09/2016

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos morais, materiais e pela perda de uma chance em função do extravio de correspondência contendo uma suposta nova espécie de camarão. A autora, bióloga, pede, além da indenização por danos morais, o ressarcimento das despesas com “transporte terrestre e marítimo, alimentação, material para coleta, aparato para acampamento, ou ainda gastos com viagem” para recolher o crustáceo, desconhecido pela comunidade científica, e indenização pela perda de uma chance, pois a descoberta poderia lhe proporcionar novas oportunidades,

inclusive a seleção em processo de acesso a mestrados, sendo certo, ainda, que teria perdido a chance de crescimento no trabalho e de reconhecimento no mundo científico.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A indenização pela perda de uma chance foi negada pela ausência de demonstração de chance séria e real. Os documentos juntados não demonstrariam que, efetivamente, o exemplar do crustáceo extraviado poderia ser uma nova espécie. Ademais, o acórdão transcreve a sentença em relação a esse ponto, a qual afirma que, quanto à perda de oportunidade de realizar mestrado ou de oportunidades profissionais, não foi detalhada de forma clara, não havendo elementos aptos a demonstrar a perda de chance real e provável. Foi concedida indenização por danos morais e por danos materiais referentes ao valor pago pela postagem, acrescido do seguro automático por perda ou extravio.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Ao final do acórdão, afirma-se que a autora nada “razoavelmente deixou de lucrar”, como já exaustivamente decidido, inclusive à luz da teoria da perda de uma chance. O conceito aproxima a perda da chance dos lucros cessantes, porém não há abordagem expressa a respeito da natureza jurídica. Verifica-se, ademais, a existência de nota de rodapé em que consta transcrição da sentença consignando que, embora a teoria da perda de uma chance ordinariamente se relacione com os danos materiais, no caso deveria ser analisada no que toca aos danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão reforça que a jurisprudência admite a obrigação de indenizar com base na teoria da perda de uma chance desde que séria e real a possibilidade de êxito, mas, na hipótese, os documentos juntados não demonstrariam que, efetivamente, o exemplar do crustáceo extraviado poderia ser uma nova espécie. A pretensão autoral estaria fundada em exercício vago e hipotético, sem o conjunto de fotografias do crustáceo e confrontação das suas características com as espécies catalogadas. Ademais, o acórdão transcreve a sentença que também consigna que, quanto à perda de oportunidade de realizar mestrado ou de oportunidades profissionais, não foi detalhada de forma clara, não havendo elementos aptos a demonstrar a perda de chance real e provável.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

47. Número do julgado: 0015003-35.2014.4.02.5101

Data de julgamento: 06/07/2017

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra o INEP objetivando a inscrição do autor na edição do ENEM 2014 para pessoas privadas de liberdade e jovens sob medida socioeducativa que inclua privação de liberdade, bem como a condenação da ré à indenização por danos morais e em razão da ocorrência da perda de uma chance. Afirma o autor que ao chegar ao local onde realizaria a prova do ENEM foi informado que teria de apresentar um Boletim de Ocorrência que justificasse o fato da sua cédula de identidade estar vencida. Diante da informação recebida, teria se dirigido à Delegacia para registrar a ocorrência, tendo retornado ao lugar da prova após o fechamento dos portões. Houve deferimento administrativo do pedido de realização da prova em nova oportunidade, razão pela qual, quanto a esse ponto, ocorreu a perda superveniente do interesse processual, porém restou a discussão a respeito da indenização.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Em relação à indenização pela perda de uma chance, consignou-se que ela se aplica aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. A simples inscrição do autor no ENEM e seu bom desempenho no vestibular da UERJ não indicariam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de autorizar a aplicação, no caso, da teoria da perda uma chance, não havendo falar, portanto, na existência de dano provável a ser indenizado.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No entanto, fala-se de indenização pela perda de uma chance em caso de dano provável. Nessa medida, poderia se concluir que a natureza jurídica estaria associada a uma modalidade de dano, embora não haja nada expresso nesse sentido.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Aborda-se a necessidade de que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade. Porém, no caso concreto, a indenização pela perda de uma chance foi afastada justamente porque, segundo o entendimento do TRF2, a inscrição do autor no ENEM e seu bom desempenho no vestibular da UERJ não indicariam existir situação de real possibilidade de êxito capaz de autorizar a aplicação da teoria. No entanto, não há explicação sobre quais elementos eventualmente seriam suficientes para comprovar a existência de uma chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na atuação da Administração, especialmente ao se justificar a indenização por danos morais. Houve orientação equivocada sobre a necessidade de apresentar um Boletim de Ocorrência como condição para realização da prova, o que obstou a regular participação do autor no exame, causando-lhe prejuízo, sofrimento e abalo psicológico.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável, uma vez que só houve a concessão de indenização por danos morais e não com base na teoria da perda de uma chance.

48. Número do julgado: 0005747-19.2010.4.02.5001

Data de julgamento: 23/05/2011

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação ajuizada contra a UFES objetivando a anulação de concurso para o cargo de professor adjunto de processo civil junto à Universidade em razão da modificação da data de realização das provas por parte da Administração, bem como o ressarcimento de danos advindos da perda da chance de submeter-se ao referido certame.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Foi reconhecida a ilegitimidade ativa do autor e essa questão permeou a análise do caso. Em suma, o TRF2 entendeu que o autor deixou de se inscrever no concurso, baseado na suposição de que seria respeitada a data aprazada para realização das provas. Porém, à Administração Pública incumbe verificar a conveniência da realização de seus atos dentro dos prazos por ela mesma estipulados. A Universidade modificou a data da realização das provas conforme sua conveniência, e deu ciência da mudança aos inscritos no certame, não havendo irregularidade em seu proceder. Consignou-se que os atos administrativos discricionários estão fora do poder de modificação do Judiciário, exceto quanto a eventuais ilegalidades. No caso, não haveria ilegalidade. Assim, por não ter o autor se inscrito para o certame, não teria legitimidade ativa. Ademais, não seria possível atribuir o nascimento da legitimidade ativa à perda da chance, pois a teoria deve ser aplicada apenas nos casos em que a chance de sucesso for séria e real e, no caso, não haveria como supor que o autor seria aprovado no concurso.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Aborda-se a necessidade de que a teoria da perda de uma chance seja aplicada apenas naqueles casos em que a chance de sucesso for considerada séria e real. No caso, a chance alegada não seria séria, pois, ainda que se reconhecesse o vasto currículo do autor, não haveria como supor que seria ele o aprovado no concurso, tendo em vista se tratar de apenas uma vaga e haver cinco concorrentes inscritos. Assim, foi mantido o óbice da ilegitimidade ativa. Não houve análises detalhadas sobre especificidades do concurso e comparação entre concorrentes e o autor, embora o número de candidatos fosse relativamente baixo.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Aparentemente esse foi o cerne da decisão. Consignou-se que a mudança de data da prova seria ato discricionário da Administração e este só poderia sofrer controle do Judiciário em caso de ilegalidade. Não havendo ilegalidade no caso, não se admitiria o revolvimento da questão.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

49. Número do julgado: 0012425-16.2011.4.02.5001

Data de julgamento: 17/09/2014

Órgão julgador: TRF2 - Oitava Turma Especializada

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação objetivando tutela jurisdicional definitiva para assegurar à autora a admissão no sistema de inclusão social da UFES, para o vestibular 2012, a fim de que concorra a uma das vagas reservadas aos cotistas do mencionado programa. Em seu recurso de apelação contra a sentença de improcedência da demanda, a autora aduz que tendo "perdido a chance de participar dentro do sistema de cotas, deve ser indenizada pela perda da chance, já que esta não foi judicialmente reconhecida enquanto lhe seria útil".

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF2, confirmando a sentença, consignou que inexistiria qualquer irregularidade por parte da UFES no indeferimento do pedido de participação da autora no processo seletivo objetivando ingressar na Universidade através das cotas sociais, uma vez que a autora não teria cursado todo o Ensino Fundamental na rede pública, devendo ser mantida a sentença. Quanto ao pedido de indenização pela perda de uma chance, deveria ser indeferido pois a autora não declinou os fundamentos de fato e de direito que embasariam sua pretensão. Estando ausente essa fundamentação na petição inicial, seria vedado ao julgador conhecer de pedido novo.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não se adentrou essa análise, tendo em vista que a autora não declinou os fundamentos de fato e de direito que embasariam essa pretensão e inovou em relação ao pedido de indenização pela perda de uma chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O pedido foi rejeitado porque a autora não declinou os fundamentos de fato e de direito que embasariam essa pretensão e inovou em relação ao pedido de indenização pela perda de uma chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Entendeu-se pela inexistência de irregularidade por parte da UFES ao indeferir o pedido da autora de participação no processo seletivo objetivando ingressar na Universidade através

das cotas sociais, pois ela não teria cursado todo o Ensino Fundamental na rede pública, como exige a norma aplicável.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

50. Número do julgado: 0008943-46.2014.4.02.5101

Data de julgamento: 22/11/2017

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da União Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro/RJ ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da morte de esposo e pai dos autores, além do pagamento de pensão mensal e ressarcimento das despesas com luto e funeral. A questão discutida diz respeito à responsabilidade objetiva pela falha ou deficiência na prestação do serviço, notadamente pela demora no diagnóstico e transferência do paciente que acabou por vir a óbito.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão do TRF2 confirmou a sentença entendendo que o laudo pericial produzido demonstrou que a demora em fechar um diagnóstico e em providenciar a transferência para o hospital de referência diminuiu as chances de sobrevivência. A má prestação do serviço seria evidente, restando configurada a responsabilidade civil do Município pela perda da chance de sobrevivência do paciente, uma vez demonstrado o nexo causal entre o resultado danoso (o óbito) e a conduta dos agentes envolvidos no atendimento (demora de diagnóstico de hemorragia subaracnóidea difusa por ruptura de aneurisma cerebral e transferência do paciente para tratamento).

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No entanto, consta citação de precedente do STJ que trata a perda da chance como modalidade autônoma de indenização. Algumas observações podem indicar posicionamento no sentido de caracterizar a perda da chance sob o prisma do dano e, no caso concreto, a perda da chance é associada ao dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão não traz muitas considerações sobre o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real no plano abstrato. No entanto, conclui que houve diminuição das chances de sobrevivência a partir das conclusões do laudo pericial. O laudo pericial, por sua vez, aborda as probabilidades de morte associadas ao primeiro sangramento e, também, sequelas permanentes. Assim, apontou-se que havia chance concreta do paciente não vir a óbito no caso de o atendimento ter sido realizado com eficiência e rapidez. Não há descrição precisa sobre a chance de cura em vista da situação do paciente em questão, mas há respaldo técnico para falar que havia alguma chance de sobrevivência.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha e deficiência na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão aborda os parâmetros de fixação de danos morais e confirma o valor de indenização arbitrado em sentença (R\$ 80.000,00), afirmando que estaria de acordo com precedentes do Tribunal. Não são abordadas especificidades da quantificação de indenização pela perda de uma chance, embora conste precedente do STJ que menciona a necessidade de mitigação do valor nesses casos.

51. Número do julgado: 0025873-18.2009.4.02.5101

Data de julgamento: 23/09/2014

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação ordinária, com o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando acesso às notas do exame realizado pelo autor, além da convocação para atender às exigências da ANAC para recebimento de CHT (Carteira de Habilitação Técnica). O autor requereu, ainda, a condenação da ANAC à entrega de certificados de cursos, bem como ao pagamento de indenização. Após sentença de improcedência, o autor interpôs recurso de apelação afirmando que cumpriu as exigências para recebimento da CHT e teria havido erro na prestação dos serviços, razão pela qual a ré deveria ser condenada ao ressarcimento de perda de verbas salariais e indenização a título de dano moral, pela perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF2, confirmando a sentença, entendeu que o autor prestou exame para mecânico de manutenção aeronáutica, tendo sido aprovado, mas não deu prosseguimento ao procedimento administrativo tendente à expedição do certificado que o habilitaria para o exercício da profissão. Assim, não restou demonstrada qualquer ilegalidade pela Administração Pública. Inexistindo elementos no feito que permitam concluir que o autor foi prejudicado pela Administração, não seria o caso de falar em dano material ou moral por perda de uma chance. Até porque o próprio autor teria dado causa à não emissão do certificado e a informação da aprovação não garantiria a emissão de licença, pois haveria, ainda, uma análise do processo para apurar a possibilidade ou não de emissão da licença.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Consta referência a um precedente do STJ que menciona a perda da chance como nova modalidade de mensuração do dano. Em alguma medida parece haver associação com o elemento dano, mas não há nada expresso no acórdão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Consignou-se no acórdão que deve haver probabilidade concreta em relação à chance perdida. No caso, entendeu-se que inexistiriam elementos para concluir que o autor foi prejudicado pela Administração, até porque foi o próprio autor quem deu causa à não emissão do certificado e a informação de aprovação não garantiria a emissão de licença. Ao se analisar o acórdão como um todo, pode-se inferir também uma análise sobre outros aspectos do processo perante a ANAC. Contudo, seria possível uma abordagem mais detida sobre as chances concretas de emissão do certificado a partir dos elementos dos autos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que não restou demonstrada qualquer ilegalidade perpetrada pela Administração Pública na condução do requerimento do autor, pois ele não formulou o requerimento comprovando o cumprimento de todas as exigências previstas na legislação de regência, não podendo se imputar à ANAC qualquer tipo de omissão a respeito. Isso foi central para o deslinde do caso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

52. Número do julgado: 0004948-39.2011.4.02.5001

Data de julgamento: 10/12/2014

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação de indenização por danos morais e materiais em que a empresa autora alega que contratou o serviço Sedex 10 da ECT, com intuito de enviar documentação para participar de licitação promovida pelo Centro Tecnológico da Marinha, em São Paulo, porém o atraso na entrega a impediu de participar do certame. Afirma a autora

que, se tivesse participado do certame, teria todas as chances de vencer e que deixou de auferir valor considerável, pois a sua proposta era de R\$ 39.139,52. Em função disso, deduz pedido objetivando a condenação da ECT ao pagamento de indenização a título de danos materiais, no valor de R\$ 40.000,00, e indenização por danos morais, na monta de R\$ 20.000,00.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Embora haja menção expressa na ementa, o TRF2 não adentra efetivamente a teoria da perda da chance. Fala-se que, em que pese a discussão se a hipótese amolda-se ou não à denominada perda de uma chance, certo é que, no caso do Sedex, a jurisprudência estaria consolidada e o dano moral decorreria da simples falha, comprovada a quebra de expectativa legítima, devendo ser mantida a condenação da ECT a reparar o dano daí advindo. Assim, foi mantida a indenização por danos morais. Aliás, menciona-se expressamente no acórdão que foi apresentada proposta mais vantajosa na licitação e, portanto, possivelmente a empresa não sairia vencedora no certame. Quanto aos danos materiais, foi arbitrado no valor de R\$ 43,30, o que deve se referir às despesas de postagem e seguro ou inscrição.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Inclusive, o acórdão é obscuro quanto à efetiva aplicação da teoria da perda de uma chance. Aparentemente dispensa a sua aplicação, focando na caracterização de dano moral. Ao final foi concedida indenização por danos morais e por danos materiais em valor não relacionado ao que se esperava auferir com o contrato.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Não se aborda especificamente a necessidade de caracterização de uma chance séria e real, inclusive porque a aplicação da teoria parece ser dispensada. Contudo, o acórdão aponta o fato de que houve proposta mais vantajosa do que a da autora, de modo que tudo indica que ela não venceria o certame. Menciona-se, ademais, que a ECT não explorou esse argumento quanto às baixas chances de êxito no certame. Apesar disso, entende-se que o descumprimento contratual perpetrado pela ECT causou dissabor e angústia maiores do que o mero aborrecimento cotidiano, justificando a indenização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha no serviço e descumprimento contratual.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Aparentemente não se usou a teoria da perda de uma chance no arbitramento da indenização. Quanto à indenização, entendeu-se que deveria ser mantido o valor fixado pelo juízo de primeiro grau, de R\$ 5.000,00. Isso porque a turma julgadora, em casos similares, teria fixado a verba em torno desse montante e o valor seria inapto a gerar o enriquecimento ilícito, mas bastante razoável, considerando o caso concreto e o grau de punição suficiente para forçar a melhoria do setor.

53. Número do julgado: 0013489-52.2011.4.02.5101

Data de julgamento: 18/07/2018

Órgão julgador: TRF2 - Oitava Turma Especializada

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal e o INEP objetivando, em síntese, a habilitação do autor e inscrição no processo de seleção dos programas governamentais PROUNI e SISU ou, subsidiariamente, a condenação dos réus ao pagamento das despesas do curso superior em outra instituição fora de tais programas ou, ainda, a condenação em danos materiais equivalentes a R\$ 60.000,00, pela teoria da perda de uma chance. Sustenta o autor que, em razão de falha no sistema do sítio eletrônico do INEP, não conseguiu ter acesso às suas notas e classificação no ENEM, ficando impossibilitado de se inscrever nos programas governamentais PROUNI e SISU.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF2, em linha com a sentença, entendeu que o autor não trouxe documentos hábeis a comprovar o fato constitutivo de seu direito no tocante à falha no acesso ao sítio eletrônico do INEP e tentativas de obtenção de acesso às suas senhas e, conseqüentemente, às suas notas e classificação no ENEM. Aduz que inexisteriam elementos de prova aptos a demonstrar a ocorrência de dano efetivo ou existência de nexo de causalidade entre a falha no acesso ao sítio eletrônico do INEP para a obtenção de senha e notas do autor e a alegada impossibilidade de inscrição nos programas governamentais PROUNI e SISU. Não bastasse isso, a partir dos elementos dos autos, não haveria como aferir se as notas obtidas no ENEM de 2010 seriam suficientes para sua aprovação nos aludidos programas governamentais. Portanto, não seria cabível nenhuma indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Consignou o acórdão que a aplicação da teoria da perda de uma chance exige que a probabilidade da chance de se alcançar o benefício se mostre significativa. No caso, entendeu que inexisteriam elementos a dar respaldo à indenização pela perda de uma chance, pois não constariam elementos nos autos a demonstrar a ocorrência de dano efetivo ou nexo de causalidade entre a falha no acesso ao sítio eletrônico do INEP e a alegada impossibilidade de inscrição nos programas PROUNI e SISU. Ademais, não haveria como aferir se as notas obtidas no ENEM seriam suficientes para aprovação nos programas governamentais. Em complementação, poderia ter se abordado quais elementos deveriam ter sido colacionados para comprovar a existência de chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Na verdade, afirma-se que o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar a falha no acesso ao sítio eletrônico do INEP. Afirma-se também que quanto ao pleito de reparação, a título de danos materiais, restaria prejudicada a sua análise, na medida em que não restou provada a prática de ato ilegal pela Administração.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

54. Número do julgado: 0024638-16.2009.4.02.5101

Data de julgamento: 25/08/2014

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra a UFRJ objetivando a reparação a título de danos morais e materiais em razão de falha na alimentação do banco de dados da Central de Transplantes, no qual estava inscrita a filha de dois autores e genitora do terceiro, com os índices MELD usados como critério para a eleição de quem seria destinatário de órgãos para fins de transplante hepático -, o que acabou por privá-la da única chance de sobrevivência que seu estado de saúde então admitia.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF2 consigna que a sentença entendeu pela aplicação da teoria da perda de uma chance, sob o argumento de que a ré descumpriu sua obrigação de informar os índices MELD colhidos da paciente à Central de Transplantes, o que a impediu de se posicionar em melhor situação na lista de transplantes e, em última análise, viabilizar o transplante de fígado almejado. Assim, a falha administrativa teria sido decisiva para a perda da oportunidade de realização eficaz do transplante do qual dependia a vida da paciente. Ao final, o TRF2 seguiu o entendimento da sentença no sentido de que houve falha no procedimento a que foi submetida a paciente, fato

que, aliado ao dano e ao nexos causal, materializaria a responsabilidade da ré pelo ocorrido, gerando o dever de indenizar.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Consta expressamente no acórdão que a teoria da perda de uma chance seria uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Aduz que a modalidade de reparação do dano tem como fundamento a responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Portanto, associa com elemento o dano.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão menciona a necessidade da perda da chance se mostrar razoável, séria e real, porém não há uma análise precisa a respeito. Ao que parece, os autores trouxeram em seu recurso a informação de que a realização do transplante de fígado certamente traria uma sobrevida e novas perspectivas à paciente e sua família, existindo inúmeros casos de sobrevida de até cinco anos. Contudo, esse elemento só é citado no relatório. Não há análise no voto sobre eventual prova pericial ou documental que aborde as chances de sobrevida em caso de transplante e tampouco que aborde a situação específica da paciente. O acórdão foca na premissa de que se espera a melhor técnica na prestação dos serviços médicos e houve falha na prestação do serviço médico não compatível com a melhor técnica.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão reforça por vezes a falha na prestação do serviço, ocorrência de erro médico crasso e necessidade de emprego da melhor técnica e diligência em serviços médicos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão manteve os valores de indenização fixados em sentença para os pais da vítima (R\$ 15.000,00 para cada) e aumentou o valor arbitrado para o filho da vítima (R\$ 72.400,00), sem qualquer consideração sobre as especificidades de quantificação da indenização nos casos de perda de uma chance. No caso, são adotados critérios relacionados à fixação dos danos morais, como a moderação, a proporcionalidade, o grau de culpa, o nível socioeconômico da vítima e do ofensor, de modo que o valor a ser pago não constitua enriquecimento sem causa, e sirva também para coibir atitudes negligentes e lesivas.

55. Número do julgado: 0066582-51.2016.4.02.5101

Data de julgamento: 17/04/2018

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da União Federal à reparação de danos materiais e morais, além de pensão, em razão da desídia do INC que resultou no falecimento do marido da autora. A autora narra que seu marido se encontrava dentro do ônibus da linha 422, quando subitamente caiu no chão da condução. O motorista do coletivo parou o ônibus em frente ao INC onde foi solicitado atendimento de urgência. Aduz, contudo, que os funcionários do Instituto afirmaram que nada poderia ser feito e que deveriam ligar para a emergência do SAMU -192, pois ele não seria atendido, sendo que em razão de tal omissão o desfecho teria sido o óbito de seu marido.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Segundo o acórdão, seria fato incontroverso que a negativa de socorro foi fator determinante para o resultado danoso (óbito), considerando que a falta de pronto atendimento diminuiu as chances de sobrevivência do marido da autora. Neste contexto, estaria correta a sentença ao impor a

reparação, visto que restou devidamente configurada a responsabilidade da União Federal, uma vez demonstrada a conduta omissiva (recusa de atendimento médico - fator determinante de perda da chance de sobrevivência), o resultado danoso e o respectivo nexo causal entre ambos.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz precedente do STJ que menciona que a chance em si é um bem juridicamente protegido. No entanto, o acórdão não adentra esse tema de forma expressa e detalhada. Nota-se que o acórdão classifica o óbito como resultado danoso, mas também menciona em outro trecho que a conduta omissiva teria sido determinante para a perda da chance de sobrevivência.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não se pode extrair nenhuma análise a respeito da seriedade da chance perdida, tampouco conclusões de laudo pericial ou algo do gênero. Não há qualquer consideração teórica sobre o requisito consubstanciado na necessidade de existência de chance séria e real e tampouco análise de aspectos do caso concreto. O acórdão afirma que seria fato incontroverso que a negativa de socorro foi fator determinante para o resultado danoso (óbito), considerando que a falta de pronto atendimento diminuiu as chances de sobrevivência do marido da autora.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se da recusa de atendimento médico.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O TRF2 entendeu por majorar a indenização fixada em sentença para R\$ 100.000,00, porém não abordou aspectos da quantificação da indenização pela perda de uma chance. São mencionados apenas critérios de fixação de danos morais, consignando-se que o valor da indenização não deve ser inexpressivo, de modo a ser considerado inócuo, nem proporcionar o enriquecimento sem causa dos ofendidos. Segundo o acórdão, deve-se levar em consideração a extensão do dano sofrido, a reprovabilidade da conduta do agente público e a natureza punitivo-pedagógica do ressarcimento. Considerando as circunstâncias do evento danoso e a extensão do dano (morte), entendeu por majorar a indenização e afirmou que o fazia conforme os parâmetros adotados pelo Tribunal em casos assemelhados.

56. Número do julgado: 0009594-50.2017.4.02.0000

Data de julgamento: 15/08/2018

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Agravo de instrumento tirado de mandado de segurança. O mandado de segurança pretendia a declaração de nulidade do Edital nº 04/2014 UFES e, conseqüentemente, do ato administrativo que indeferiu a pré-seleção da impetrante para participação do "Programa Ciências sem Fronteiras". A sentença julgou improcedente o pedido, tendo sido modificada pelo TRF2. Transitado em julgado o acórdão, os autos retornaram ao juízo de origem, onde a impetrante requereu a conversão da tutela mandamental em perdas e danos, diante da impossibilidade de seu cumprimento. O agravo de instrumento se voltou contra a decisão que deferiu a conversão da ordem mandamental em perdas e danos e condenou a UFES a pagar a quantia de R\$ 5.000,00, a título de danos morais. A autora afirma que fundamentou seu pleito na teoria da perda de uma chance. Defende que a decisão proferida no TRF2 reconheceu que a teoria se aplicaria e a indenização pela perda de uma chance não se confundiria com a indenização por dano moral.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Considerando que a autora diferencia a indenização por danos morais e a indenização perda de uma chance, importa

considerar negada a indenização pela perda de uma chance. O TRF2 afirma que, se aplicada a teoria da perda de uma chance, não haveria como quantificá-la objetivamente. Isso porque não haveria como mensurar o resultado prático, na futura vida profissional, do programa que a autora não conseguiu cursar. O dano material sofrido, na verdade, seria potencial e incerto. Ademais, pondera-se que existe corrente que defende que a perda de uma chance é espécie de dano moral. Sendo assim, conclui-se pela necessidade de se valorar o dano a partir da teoria do dano moral e não da perda de uma chance, ainda que a última pudesse ser admitida no caso concreto.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários):

Sim. O acórdão aborda que a forma de aplicação da teoria da perda de uma chance proposta pela autora seria inviável pela impossibilidade de quantificar indenização. Porém, consigna que há corrente que defende que a perda de uma chance é espécie de dano moral. Sendo assim, afirma que seria o caso de valorar o dano a partir da teoria do dano moral e não da perda de uma chance, ainda que esta pudesse ser admitida no caso concreto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários):

Inexistente. Admite-se a possibilidade, em tese, de aplicação da perda de uma chance, porém o que se suscita como entrave é a forma de quantificação. Nesse passo, entendeu-se pela valoração do dano a partir da teoria do dano moral e não se efetuou qualquer análise a respeito do requisito relacionado à existência de chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Foi reconhecida falha de gerenciamento da Administração na decisão que concedeu a segurança e que foi depois convertida em perdas e danos. A questão não volta a ser abordada considerando o escopo restrito do recurso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários):

Não. A aplicação da teoria da perda de uma chance foi afastada justamente pela dificuldade em relação à quantificação e alegada impossibilidade de mensurar o resultado prático do programa que a autora não conseguiu cursar. Assim, o TRF2 optou por quantificar a indenização com base na teoria dos danos morais e usou o método bifásico para o arbitramento equitativo da indenização, ressaltando a função punitiva e preventiva. Ademais, buscou parâmetros de casos semelhantes e, a partir disso, decidiu majorar a indenização por danos morais para R\$ 10.000,00.

57. Número do julgado: 0016462-19.2007.4.02.5101

Data de julgamento: 30/11/2018

Órgão julgador: TRF2 - Sétima Turma Especializada

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização a título de danos morais, estéticos e provocados pela perda de uma chance, em decorrência de falha no atendimento médico. Afirma a autora que foi levada por sua mãe ao Posto de Assistência Médica do Méier em 02/07/1993 por estar com dificuldade para respirar e que o médico de plantão teria dito para aguardar sua vez na fila, tendo a autora, instantes depois, ficado com lábios e pontas dos dedos roxos, olhos revirando e corpo gelado, sendo a menor socorrida e posteriormente transferida ao Hospital Municipal Salgado Filho, onde permaneceu internada até o dia 12/07/1993. Relata que, quando tinha sete meses de vida, foi constatada a paralisia cerebral, que alega ser resultante da demora no atendimento prestado pelo Posto de Assistência Médica. A controvérsia, portanto, consistiria em saber se eventual falha no atendimento prestado à autora no Posto do Méier em 02/07/1993 teria sido a causa da paralisia cerebral apresentada.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF2 reformou a sentença sob o entendimento de que não houve falha no atendimento prestado à autora, não

tendo ocorrido negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido, ressaltou divergências entre a narrativa da petição inicial e depoimentos em audiência, bem como entre dois laudos periciais, um deles complementar e realizado após a audiência. Aduz que deve prevalecer a descrição da petição inicial e o primeiro laudo pericial, os quais apontam para a ausência de negligência, imprudência ou imperícia no atendimento da autora. Afirma, ademais, que a autora já se encontrava com quadro grave ao chegar ao Posto de Assistência Médica, apresentando pneumonia e desidratação, com vômito e diarreia, e a menor deu entrada no Hospital Municipal Salgado Filho apresentando além destes sintomas, anemia e desnutrição proteico-calórica, pelo que o agravamento de seu quadro e a ocorrência da paralisia cerebral consistiu em uma infeliz fatalidade, em decorrência do seu estado de saúde.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Considerando que o acórdão afastou a indenização pela ausência negligência, imprudência ou imperícia no atendimento da autora, não se adentrou minimamente a análise de aspectos próprios relacionados à teoria da perda de uma chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Da mesma forma, considerando que o acórdão afastou a indenização pela ausência negligência, imprudência ou imperícia no atendimento da autora, não se adentrou a análise de aspectos próprios relacionados à teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A conclusão do primeiro laudo pericial quanto à ausência de negligência, imprudência ou imperícia no atendimento da autora foi determinante para o deslinde do caso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

58. Número do julgado: 0000724-37.2011.4.02.5105

Data de julgamento: 30/05/2018

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, Estado do Rio de Janeiro e outros objetivando a rescisão de contrato para aquisição de propriedade com vistas à produção rural, em programa governamental, após loteamento de fazenda adquirida para tal fim, que se revelou imprópria para a agricultura e criação, ante à sua localização em área de preservação ambiental. Pleiteia-se, ainda, indenização por danos morais e danos materiais decorrentes da perda de uma chance. Quanto à perda da chance, o pedido está baseado na impossibilidade de qualquer cultivo na área destinada aos autores, integrante de imóvel com outros 71 lotes, sendo que a grande maioria do imóvel é cultivável. Os autores consideram, assim, que deve ser realizado cálculo das probabilidades de ocorrência da vantagem, caso a chance de consegui-la não tivesse sido frustrada.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Houve a concessão de indenização por danos morais, mas a indenização pela perda de uma chance foi negada (mantendo-se a sentença nesse tocante). Entendeu-se que, no caso concreto, não haveria que se falar em probabilidade e certeza séria, relativas a qualquer tipo de produção ou cultivo, inexistindo chances de realização ou vantagens perdidas, que pudessem resultar prejuízos. Seria irrelevante que os demais lotes, vendidos a outros agricultores, tenham logrado produzir, pois, em relação ao sítio que coube aos autores, não havia possibilidade concreta de produção por situar-se em área de proteção permanente. Tal fato afastaria, por si só, o dano decorrente da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença, parcialmente transcrita no acórdão, contém citações de precedentes a

respeito, inclusive precedente do STJ que fala que se trata de nova mensuração do dano. Menciona-se, ainda na sentença, que tribunais estrangeiros têm admitido o alargamento do nexo causal com ênfase no resultado lesivo. O acórdão propriamente dito faz referência ao dano decorrente da perda de uma chance, porém não há manifestação efetiva e expressa sobre a natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Essa foi a razão do afastamento da indenização, já que se entendeu que não havia a possibilidade concreta de produção na área em discussão, justamente por situar-se em área de proteção permanente. Segundo o acórdão, isso afastaria o dano decorrente da perda de uma chance, sendo irrelevante o fato de outros agricultores terem produzido. Com base nesse racional, há uma avaliação quanto ao caráter sério e real da chance perdida, isto é, da produção ou cultivo no lote. Contudo, o acórdão poderia ter aprofundado a fundamentação sobre o pedido dos autores de se apurar a probabilidade de produção com base nos lotes existentes na fazenda, a maioria deles não inserida em área de preservação permanente.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Consta manifestação na transcrição da sentença, notadamente na parte de danos morais, que foi mantida. Fala-se sobre a demora em se obter qualquer resultado acerca do efetivo assentamento na Fazenda da Glória, objeto do negócio jurídico firmado entre as partes. Haveria assim uma lesão à própria dignidade da pessoa humana em razão da negligência dos entes envolvidos na relação jurídica de direito material deduzida. Tal aspecto, contudo, não influenciou o resultado em relação à indenização pela perda de uma chance.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

59. Número do julgado: 0018050-95.2006.4.02.5101

Data de julgamento: 17/11/2010

Órgão julgador: TRF2 - Sétima Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por falha no serviço prestado pela ECT consubstanciada no extravio de Sedex enviado para a Rede Globo, o que teria inviabilizado a participação da autora no programa "Big Brother Brasil 2006" e a possível condição de ganhadora do prêmio de R\$ 1.000.000,00, além da contratação para comerciais e aparições em revistas.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão reformou a sentença que havia concedido indenização por danos morais. Em suma, adotando as razões de decidir de outro acórdão (2005.51.01.000548-8) sobre questão similar, consigna que a teoria da perda de uma chance, desenvolvida pela doutrina na seara da responsabilidade civil, exige que, para fins de reparação, a chance ou oportunidade de se alcançar um determinado benefício se revele séria e real. Requer-se também que, a partir de um juízo de probabilidade, a chance de se obter resultados favoráveis se mostre concreta, e não meramente hipotética. Ou seja, a probabilidade da chance de se alcançar o benefício deve se mostrar significativa. No caso, porém, o alcance da situação favorável esperada não se mostraria com probabilidade significativamente relevante, de modo que não se poderia falar, concretamente, em prejuízos indenizáveis. Nesse contexto, não havendo dano juridicamente relevante, inexistiria, também, responsabilidade civil.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão adotou razões de outro acórdão (2005.51.01.000548-8), no qual, embora não haja afirmação categórica, pode-se concluir pela associação da perda da chance a um dano específico. Afirma-se que a dificuldade estaria na ausência de nexo causal ligando o ato com

o dano, de modo que não seria possível afirmar que na perda de chance o dano é consequência "direta e imediata" do injusto. Traz citação doutrinária sobre a indenização pela chance perdida e não pela vantagem final, bem como faz menção a um acórdão do TRT sobre o tema. Ao final, registra que o mero dissabor não enseja dano moral, mas não há outra associação de tal dano à perda da chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Na ementa consta que, no caso, o alcance da situação favorável esperada pela autora não se mostraria com probabilidade relevante, de modo que não se poderia falar em prejuízos indenizáveis. Nesse contexto, não havendo dano juridicamente relevante, inexistiria responsabilidade civil. Na fundamentação, o acórdão adota as razões de outro precedente (2005.51.01.000548-8), que tratava também de indenização por extravio de inscrição no mesmo programa de televisão. O acórdão citado aborda a necessidade de chance séria e real e ressalta que aí residiria o âmago da teoria. No caso, entendeu-se que a sentença havia resolvido bem a questão ao concluir que a situação posta não se mostrou com significativa probabilidade de o autor ser escolhido para o programa e sair vencedor. Não há um detalhamento sobre número de inscritos ou algo do gênero, mas há avaliação sobre a falta de seriedade da chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. No bojo do acórdão cujos fundamentos foram acatados como razões de decidir (2005.51.01.000548-8), fala-se de conduta ilícita consubstanciada no descumprimento da obrigação (contratual), consistente no extravio da correspondência. Fala-se também que a ideia de ilicitude fundamenta o dever jurídico de reparação de danos. A indenização, contudo, foi afastada em razão de outras questões.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

60. Número do julgado: 0003449-50.2007.4.02.5101

Data de julgamento: 24/09/2013

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização em razão do atraso na entrega, via Sedex 10, de documentação para participar de procedimento licitatório junto à Petrobras, o que impossibilitou a participação da empresa autora no certame. Requer-se o ressarcimento dos danos materiais sofridos, haja vista ter perdido a chance de participar do procedimento licitatório, bem como indenização a título de danos morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida, porém de forma associada aos danos morais. O acórdão consigna que, como a parte autora optou por não declarar o valor do objeto enviado, no que diz respeito aos danos materiais, somente seria devida a devolução do valor gasto no ato da postagem. A teoria da perda de uma chance não foi invocada de forma relacionada aos danos materiais. Quanto aos danos morais, entendeu-se, em princípio, que não se caracterizaria no caso em face de uma pessoa jurídica, pois não se constatou ofensa à honra objetiva ou reputação. No entanto, ainda que não se vislumbrasse a ocorrência de danos morais, a situação se amoldaria à teoria da perda de uma chance, haja vista que a falha da ECT impediu a parte autora de participar de certame, frustrando expectativa legítima de auferir lucros, caso se sagra-se vencedora. Segundo o acórdão, não haveria impedimento para manter a condenação do juízo de primeiro grau por danos morais, porém tendo por fundamento a teoria da perda de uma chance, haja vista que os dois institutos seriam comumente aproximados.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que a teoria da perda de uma chance seria uma das modalidades possíveis

de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Ademais, consigna-se que seria um novo critério de mensuração do dano, já que se faz distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Por outro lado, consigna-se também que a teoria da perda de uma chance e o instituto do dano moral seriam comumente aproximados, reconhecendo certa fungibilidade entre os institutos.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Fala-se teoricamente sobre a necessidade de se tratar de um ganho provável, o que pode se relacionar ao requisito consubstanciado na existência de chance séria e real. Contudo, o acórdão reputou suficiente a demonstração de que a empresa se viu impossibilitada de participar do certame, ante o atraso no envio da correspondência. Como mencionado, a perda da chance é associada com o dano moral no caso concreto e, nessa medida, tal constatação já seria suficiente para caracterizar a frustração de uma expectativa legítima de auferir lucros. Não há análise efetiva sobre as chances da empresa se sagrar vencedora na licitação.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora o acórdão fale da responsabilidade objetiva e dispensa do elemento culpa, afirma que se verifica evidente conduta ilícita da ECT, que falhou na prestação do serviço ao entregar a carga transportada com 30 horas de atraso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Houve a diminuição do valor de indenização fixado na sentença a título de danos morais, porém sem considerações específicas sobre a perda da chance. Apenas se consignou que, como a licitação se encontrava em fase inicial, seria necessária a redução da indenização fixada pelo magistrado de primeiro grau em R\$ 10.000,00 para o patamar de R\$ 5.000,00, sendo que tal valor conciliaria a pretensão compensatória, pedagógica e punitiva da indenização com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, além de estar de acordo com precedentes do TRF2.

61. Número do julgado: 0045469-80.2012.4.02.5101

Data de julgamento: 22/07/2014

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a UFRJ objetivando indenização por danos materiais correspondentes a todos os valores de remuneração que a autora receberia desde a homologação do concurso impugnado até a data da sua aposentadoria compulsória no cargo, bem como indenização por danos morais. Alegou a autora que participou de concurso público para o cargo de professor adjunto da ré, tendo sido classificada em segundo lugar. Aduziu que as regras do certame foram estabelecidas no Edital nº 32/2008, que previa que os candidatos seriam avaliados em provas em diversas etapas: apreciação de títulos e trabalhos referidos no *curriculum vitae*, arguição de memorial, prova escrita com leitura pública e prova didática. Asseverou que a Banca não atribuiu notas à prova de “arguição do memorial”, descumprindo o edital do concurso. Defendeu que a ausência desta nota a prejudicou na avaliação final. Argumentou que a prova de “arguição de memorial” traduz uma avaliação próxima às notas atribuídas às provas de títulos, o que lhe colocaria em primeiro lugar no certame.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão apontou que a “arguição de memorial” somente serviria para atuar como desempate quando houvesse impossibilidade de solução por outros critérios. Porém, na referida etapa, todos os candidatos apresentaram o mesmo desempenho. No quadro de notas, a primeira colocada teve nota maior que a autora em quatro das cinco notas na prova escrita, com um empate entre ambas; e tirou nota maior que a autora em todas as avaliações de didáticas. Na classificação geral, a

autora ficou em primeiro lugar apenas para um dos avaliadores, e ficou em terceiro lugar para outro avaliador. Quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, afirmou-se que reclama a demonstração de que a atitude do agente tenha retirado uma chance real. Portanto, deveria ser demonstrada a probabilidade concreta da aprovação em primeiro lugar, obstada por ato ilícito da Administração. Porém, inexistindo elementos no feito que permitam concluir que a autora foi preterida, não haveria que se falar em dano material pela perda de uma chance. A indenização por dano moral também foi afastada.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão cita precedente do STJ que trata a perda da chance como uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Porém não há considerações específicas e expressas no acórdão a respeito da natureza jurídica. Convém ressaltar que a perda da chance é tratada em tópico sobre dano material.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Afirma-se no acórdão que deve ser demonstrada a probabilidade concreta da chance perdida (no caso, a chance séria de aprovação em primeiro lugar, que supostamente teria sido obstada pela Administração). Contudo, em razão do quanto sustentado no acórdão, inexistiriam elementos no feito que permitissem concluir ou presumir que a autora foi preterida, ou que sua nota, na “prova de arguição de memorial” foi menor ou maior, apesar de todos os outros candidatados apresentarem o mesmo desempenho, segundo informou a Presidente da Banca, de modo que não haveria que se falar em dano material por perda de uma chance. Cumpre notar que o acórdão traz uma análise detalhada do edital, das etapas do concurso e notas atribuídas aos candidatos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Isso porque se conclui pela inexistência de elementos de prova no sentido de que a autora foi preterida.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

62. Número do julgado: 0024557-04.2008.4.02.5101

Data de julgamento: 29/09/2014

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a União Federal objetivando indenização a título de danos morais, estéticos e materiais, em razão de erro médico ocorrido quando da realização de procedimento cirúrgico no HCE. O autor sustenta que a imperícia resultou em lesão e defeito físico incurável, considerado incompatível com a prestação do serviço militar, resultando, pois, no seu desligamento do Exército. Frisa seu direito ao recebimento de uma pensão vitalícia, bem como ao recebimento dos lucros cessantes relativos às promoções que deixou de obter. Em sentença, o juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a União Federal a pagar ao autor o valor de R\$ 20.000,00 a título de indenização por danos estéticos e R\$ 70.000,00 a título de indenização por danos morais. Em recurso de apelação, o autor afirma que deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance, pois ingressou no Exército no posto de Soldado, tendo deixado de ser promovido à graduação de Soldado e Taifeiro de 1ª classe e, após, à graduação de Cabo.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. No acórdão, o TRF2 entendeu pela inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance “pela frustrada expectativa de obter promoções até a graduação de Cabo”. Nesse particular, consignou que o autor não possuía direito adquirido às prorrogações de tempo de serviço, ato discricionário da Administração Militar, ou à promoção à graduação de Cabo, sendo certo que, ainda que tivesse permanecido em serviço e lhe tivessem sido deferidos sucessivos reengajamentos, a mencionada ascensão,

longe de ser automática mediante decurso de tempo de serviço, estaria condicionada ao preenchimento de diversos outros requisitos. Ademais, reduziu a indenização por danos morais arbitrada em sentença e manteve a indenização por danos estéticos.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Inclusive, em trecho da sentença que foi transcrito no acórdão, percebe-se que o pedido analisado em segundo grau sob o manto da perda de uma chance é registrado na sentença como sendo um pleito de indenização a título de lucros cessantes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão não menciona expressamente o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real. Embora não o aborde de forma expressa, pode-se depreender uma análise que perpassa tal aspecto quando se menciona que não havia direito adquirido às prorrogações de tempo de serviço, ato discricionário da Administração Militar, ou à promoção à graduação de Cabo, bem como que a ascensão estaria condicionada ao preenchimento de diversos outros requisitos. Ou seja, ao abordar a discricionariedade da Administração e o percurso de promoção, o acórdão reforça a incerteza em torno da questão e a falta de uma chance séria e real de obter as promoções. Não houve, contudo, nenhuma análise mais detida sobre o perfil do autor, aspectos mais específicos do seu cargo e questões do gênero.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de configuração de culpa pela ré que, ao invés de ter proporcionado o tratamento adequado à saúde do autor, agiu com negligência e imperícia. No entanto, isso não foi relevante para o pleito de indenização com base na teoria da perda de uma chance.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável, considerando que a indenização pela perda de uma chance foi rejeitada, tendo sido concedidas indenizações por danos morais e danos estéticos.

63. Número do julgado: 0002140-80.2010.4.02.5103

Data de julgamento: 21/03/2017

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra a União Federal e a FUB em que o autor aduz que foi excluído do concurso para o cargo de Oficial de Inteligência da ABIN em virtude de irregularidades praticadas na aplicação da avaliação psicológica. Pretende o recebimento de indenização por danos materiais correspondentes às diferenças entre os valores dos subsídios dos cargos de Oficial de Inteligência e Policial Rodoviário Federal, a contar de 02/06/2010 "até a data em que completar a idade que reflita a expectativa média do homem brasileiro". Alternativamente, requer o pagamento do percentual de 95,74% sobre os referidos valores.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão consigna que a teoria da perda de uma chance deve ser aplicada em casos pontuais e concretos, quando inegável a demonstração dos requisitos da responsabilidade civil e desde que demonstrada a perda da oportunidade de se alcançar uma situação futura mais favorável, o que não seria o caso dos autos, em que o autor busca o pagamento de diferenças pecuniárias sem ter comprovado a alegada ilegalidade na sua eliminação. Não demonstrada ilegalidade nos critérios utilizados para escolha e classificação dos cargos, não deveria se cogitar de dano indenizável, tampouco nexos causal. Além disso, o acórdão também adotou os fundamentos da sentença como razões de decidir. A sentença consignou que a eliminação irregular em concurso não ampara a conduta autoral de ficar inerte diante da sua exclusão e, após o fim do certame, buscar indenização sem contraprestação de trabalho, o que representaria enriquecimento sem

causa. A sentença afirma ainda que não seria outra a conclusão ainda que se analisasse o caso pelo prisma da teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Os principais argumentos utilizados para afastar a indenização pela perda de uma chance estão relacionados à inexistência de ilegalidade ou irregularidade na eliminação do autor da avaliação psicológica e o fato de que a perda da chance resultou da inércia do próprio autor, que deveria ter procurado o Judiciário com a rapidez necessária para o fim de participar do concurso. Portanto, a questão está mais afeta à causalidade e à ausência de dano indenizável do que propriamente à existência de chance séria ou real. Na ementa, consta também observação sobre a excepcionalidade da aplicação da teoria da perda de uma chance, que demanda o cumprimento de rígidos pressupostos e a demonstração da perda da oportunidade de se alcançar uma situação futura mais favorável.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Esse é um dos principais aspectos ponderados para afastar o dever de indenizar. Fala-se de ausência de ilegalidade ou irregularidade nos critérios utilizados para escolha e classificação dos cargos a serem ocupados na ABIN e ausência de irregularidade na eliminação do autor da avaliação psicológica.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

64. Número do julgado: 0002796-92.2010.4.02.5117

Data de julgamento: 26/09/2012

Órgão julgador: TRF2 - Sétima Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a FUB objetivando indenização em virtude de falha no processamento de inscrição do autor em concurso público para preenchimento de vagas e formação de cadastro em cargos de nível médio da Petrobras. O autor objetivava concorrer ao cargo de Técnico de Operação Júnior e teria efetuado o pagamento da taxa de inscrição, mediante débito em conta corrente, porém, em razão de falha no processamento de sua inscrição, foi indevidamente excluído do certame, sob a alegação de falta de pagamento. A sentença entendeu que onexo causal se encontraria configurado, porquanto patente que a exclusão do autor do concurso se deu em virtude de falha na verificação do pagamento da inscrição, por parte da FUB, pelo que deveria ser responsabilizada, aplicando-se, à hipótese, a teoria da perda de uma chance. Salientou que, no caso, ter-se-ia por presumido o dano moral. Em face da sentença, houve a interposição de recurso de apelação pela FUB.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão reformou a sentença entendendo que não estaria configurado nexocausal entre a conduta da FUB e o dano sofrido pelo autor, já que, segundo informações, a não efetivação do resgate automático do valor pago a título de inscrição se deu “por inconsistência no sistema de compensação do banco”. Ademais, consignou que a teoria da perda de uma chance pressupõe a demonstração de que a vítima possuía chance real e séria de obter uma situação futura mais favorável, da qual foi privada, se não fosse o ato ilícito praticado, o que, no caso, não ocorreu. Afinal, a efetivação da matrícula do autor no concurso, por si só, não possibilitaria sua aprovação e classificação e, no caso concreto, não haveria meios de avaliar se o autor teria ou não reais condições de obter sucesso em sua empreitada.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Vale ressaltar, contudo, que foi afastada a indenização concedida em sentença a título de danos morais, com base na teoria da perda de uma chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão menciona que a teoria da perda de uma chance pressupõe a demonstração de que a vítima de uma conduta lesiva perpetrada por outrem possuía chance real e séria de obter uma situação futura mais favorável, da qual foi privada, se não fosse o ato ilícito praticado. No caso concreto, a indenização foi afastada pela ausência denexo de causalidade e também pela constatação de que a efetivação da matrícula do autor no concurso, por si só, não possibilitaria sua aprovação e classificação, sendo uma situação hipotética a de que fosse classificado no certame, em especial porque inexisteriam meios de avaliar se ele tinha condições reais ou não de obter sucesso.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

65. Número do julgado: 0002491-72.2009.4.02.5108

Data de julgamento: 21/08/2013

Órgão julgador: TRF2 - Oitava Turma Especializada

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a União Federal objetivando indenização por danos materiais, danos morais, assim como de lucros cessantes, pela perda de uma chance de emprego. Aduz a autora que concorreu a um cargo público para preenchimento de vaga de técnico administrativo perante o Ministério da Fazenda no ano de 2009, porém não conseguiu chegar a tempo para participar da seleção, eis que o endereço do local onde se realizaria a prova tinha sido fornecido de maneira incompleta, uma vez que a ESAF não mencionou o fato da Escola Municipal Vice Almirante Álvaro Alberto da Motta e Silva ficar dentro do Condomínio residencial Barra Sul, cercado e com cancela para controlar a entrada e saída de veículos, fato este que dificultou, sobremaneira, a localização do local das provas, fazendo com que a autora chegasse quando os portões já se encontravam fechados.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF2 entendeu que houve culpa exclusiva da vítima, rompendo-se o nexocausal. Segundo consta do acórdão, é importante, para aquele que se candidata a um cargo público, que se atenha ao Edital que norteia o exame que pretende realizar, pois se assim a autora houvesse agido, provavelmente teria localizado o endereço da prova de forma antecipada. Ademais, o acórdão menciona que a autora teria consultado sítio eletrônico equivocado e que o endereço estava correto. Consignou-se que seria descabida a indenização por danos materiais e lucros cessantes, não cabendo o ressarcimento das despesas inerentes à participação em concursos públicos. Também houve rejeição do pedido de indenização por danos morais, sob o fundamento de que a dificuldade em encontrar o local designado decorreu de ato exclusivo da parte. Não há detalhamento sobre o pedido de indenização pela perda de uma chance, porém o fato exclusivo da vítima, em tese, excluiria a indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Ao descrever o pedido da autora, fala-se de pleito de lucros cessantes pela perda de uma chance. No entanto, a natureza jurídica da teoria não é efetivamente abordada no acórdão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não aborda com detalhes o pedido de indenização pela perda de uma chance e afasta a indenização especialmente sob o entendimento de que não estaria configurado nexocausal entre qualquer conduta da ré e os danos suportados, bem

como pelo fato de que constitui dever dos candidatos arcar com despesas pessoais inerentes à participação nos concursos e conferir informações do edital.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ausência de ato ilícito. Inclusive, nessa parte, registra-se que a autora consultou o site errado para confirmar o endereço do local de prova.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

66. Número do julgado: 0045133-76.2012.4.02.5101

Data de julgamento: 01/09/2014

Órgão julgador: TRF2 - Sexta Turma Especializada

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais em razão da alegada perda do prazo, por parte da Defensoria, para interpor recurso em ação criminal na qual o autor foi condenado pela prática de estelionato. Alega que, condenado por crime de estelionato tipificado no artigo 171, §3º c/c artigo 71 do Código Penal, em ação criminal, deixou de ter a chance concreta de ser absolvido em segunda instância, em razão da perda de prazo para recorrer pela Defensoria Pública da União.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão, mantendo a sentença, entendeu que o autor, intimado pessoalmente da sentença condenatória para que se manifestasse sobre o interesse em recorrer, devendo a manifestação ser certificada pelo Oficial de Justiça, informou que "iria resolver com seu advogado dentro do prazo legal" e não mais procurou a Defensoria Pública da União. Seria então inequívoca a culpa exclusiva da vítima pela perda do prazo para recorrer, o que romperia o nexo causal entre a suposta omissão da Defensoria e os danos alegados. Embora o autor tenha afirmado que compareceu à Defensoria para comunicar sua intenção em recorrer, não se desincumbiu de comprovar sua alegação. Ademais, quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, consignou-se que é cabível desde que séria e real a possibilidade de êxito e, na hipótese, pelo teor da sentença nos autos da ação criminal, a chance de absolvição do autor seria remota.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Segundo o acórdão, a jurisprudência do STJ vem admitindo a responsabilidade pela teoria da perda de uma chance desde que séria e real a possibilidade de êxito e, na hipótese, como observou a sentença, pelo teor da sentença nos autos da ação criminal, a chance de absolvição do autor seria remota. No entanto, não justifica o porquê das chances serem remotas. A menção é feita genericamente sem explicação sobre os fundamentos da sentença criminal e especificidades do caso concreto.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que a responsabilidade no caso seria subjetiva, pois a atuação da Defensoria Pública da União não se deve à assunção de um risco, e sim a uma intervenção solicitada, prestada em caráter gratuito a quem dela necessitar. No caso, o autor não teria demonstrado nexo de causalidade entre omissão ilícita da Defensoria e os danos alegados.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

67. Número do julgado: 0010723-26.2011.4.02.5101

Data de julgamento: 07/12/2015

Órgão julgador: TRF2 - Quinta Turma Especializada

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro/RJ objetivando a condenação destes ao pagamento de lucros cessantes e indenização a título de danos morais em razão do falecimento da mãe dos autores. Os autores afirmam que sua mãe ingressou em juízo com ação para obter o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de tuberculose. Sustentaram que houve atraso no cumprimento da sentença judicial e que os medicamentos entregues estavam próximos da data de validade e atribuem à omissão estatal a responsabilidade pela morte da genitora. Nesse sentido, requerem o pagamento de lucros cessantes, em razão dos prejuízos materiais sofridos durante o tempo em que necessitaram cuidar de sua mãe doente, e indenização a título de danos morais, em função do falecimento.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF2 entendeu, no acórdão, que ficou demonstrada a existência de dever por parte dos entes públicos de entregar os medicamentos para a mãe dos autores, mas, por outro lado, não se poderia afirmar que era indispensável para evitar o óbito. A sentença entendeu por aplicar a teoria da perda de uma chance para justificar a indenização, já que a ausência dos medicamentos teria usurpado a possibilidade da genitora dos autores tentar tratar a doença que lhe acometia. Porém, no acórdão, a turma julgadora aponta que a aplicação da teoria da perda de uma chance pressupõe que a oportunidade perdida seja séria e real. No caso, inexistiriam provas de que havia chance real de manutenção da saúde da mãe dos autores com o medicamento. Isso porque sua saúde já estava fragilizada quando a entrega foi interrompida e, devido a sua idade avançada e seu histórico de doenças, não se poderia afirmar que existia uma oportunidade séria de preservação da vida com o uso do remédio.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz citação de precedente do STJ que aborda a natureza jurídica da perda da chance e afirma que teria por objetivo a responsabilização do agente por um dano intermediário entre lucros cessantes e danos emergentes. Ademais, consigna que a teoria é utilizada para assegurar a reparação civil quando alguém comete um ato ilícito e faz com que outra pessoa perca uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. No entanto, não há manifestação efetiva sobre a natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Essa foi a razão do afastamento da indenização. Embora o acórdão tenha reconhecido que a Administração deixou de entregar os medicamentos por um período, entendeu inexistirem provas de que havia chance real e efetiva de manutenção da saúde da mãe dos autores com a entrega do medicamento que deveria ser fornecido pelo Estado. Isso porque, a saúde da mãe dos autores já estava fragilizada quando a entrega foi interrompida e, devido a sua idade avançada (82 anos) e seu histórico de doenças (pois sofria de sequelas de tuberculose contraída havia mais de 38 anos), não se poderia dizer que existia uma oportunidade séria de preservação da vida com o uso do remédio. Vale registrar que o acórdão menciona alguns elementos de prova no bojo do acórdão, como relatórios médicos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Concluiu-se que havia dever de fornecimento dos medicamentos, em vista das decisões judiciais a respeito, e, embora a mãe dos autores tenha sido medicada durante a internação, fato é que não houve a entrega do medicamento em período anterior a essa internação. Contudo, a inexistência de chance séria e real de manutenção da saúde da mãe dos autores foi a razão determinante para o afastamento da indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

68. Número do julgado: 0002855-95.2012.4.03.6115

Data de julgamento: 20/09/2018

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos materiais, bem como por danos morais. Alega a autora que se sagrou vitoriosa no pregão com menor preço global para fornecimento de trabalhadores terceirizados na Delegacia da Receita Federal de Santos e Agências jurisdicionadas, pelo prazo inicial de 20 meses, prorrogáveis até 60 meses. Os documentos necessários à habilitação tinham o prazo de entrega até o dia 08/04/2011 e foram enviados via Sedex, mas houve atraso na entrega, o que ocasionou a desclassificação da autora e perda de ganhos no valor de R\$ 69.359,40, além de prejuízos morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3 entendeu estar comprovado que a ECT encaminhou o envelope postado pela autora com atraso, fato que acarretou a sua desclassificação do certame pela entrega intempestiva dos documentos necessários à sua habilitação. Aduziu que a sentença mereceria ser mantida na parte em que, reconhecendo o nexo de causalidade entre a má prestação do serviço e o resultado danoso, condenou a ECT ao pagamento de indenização por danos materiais (embora tenha reduzido o valor). O fundamento da indenização seria a teoria da perda de uma chance, tanto que utilizou critérios de quantificação aplicáveis. O acórdão também manteve o indeferimento de danos morais à empresa, por ausência de ofensa à honra objetiva.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. A ementa menciona que a teoria da perda de uma chance seria uma quarta via de indenização com fundamento "moral" - que não decorre de "dano moral", íntimo, da personalidade - e que seria arbitrada à luz da concreta possibilidade de obtenção de vantagem ou inoccorrência de gravame. O acórdão cita também trecho da obra de Daniel Carnaúba que trata a teoria da perda de uma chance como técnica decisória em que se elege a chance como objeto a ser reparado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão menciona a necessidade de que haja uma concreta chance de obtenção da vantagem. Ademais, adota os fundamentos da sentença em relação ao ponto, na qual há menção ao fato de que (a) a autora ofertou o menor preço no certame; (b) a autora foi desclassificada porque não apresentou tempestivamente os documentos necessários à habilitação e (c) os documentos encaminhados eram - segundo o pregoeiro - hábeis a qualificá-la como habilitada. Ao final, consigna que o autor perdeu a chance de participar de uma licitação (e não da perda da condição de vencedora, meramente hipotética).

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de entrega com atraso e má prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão reduziu a indenização que havia sido concedida em sentença (no valor dos ganhos que a empresa pretendia auferir), justamente com base no critério da perda da chance. Nesse ponto, afirmou que o edital previu o prazo de 20 meses para a vigência do contrato, sendo possível a prorrogação até, no máximo, 60 meses, o que, indubitavelmente, ficaria a critério da Administração, tratando-se, portanto, de fato incerto. Assim, não haveria certeza de que o contrato seria prorrogado até 60 meses, como considerou o magistrado de primeiro grau ao fixar o *quantum* indenizatório. Além disso, nem o transcurso de 20 meses como período basilar da contratação seria certo, pois poderiam ocorrer irregularidades que renderiam a rescisão contratual. Com base nesse racional, reduziu a indenização para R\$ 15.000,00 (sem justificar o porquê desse valor específico).

69. Número do julgado: 0022216-90.2005.4.03.6100

Data de julgamento: 07/12/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da ECT ao pagamento de indenização por danos patrimoniais e morais valorados em R\$ 940.647,06 em razão da deficiência na prestação do serviço. O autor alega que não recebeu o seu passaporte no prazo de 30 dias, apesar da publicidade da ECT de que seria esse o prazo para entrega do documento. Em virtude da entrega tardia do seu passaporte, o autor não pôde participar da feira INTERPACK 2005 em Düsseldorf, na qual seria formalizada sua contratação para o desenvolvimento de atividade de vendas na América do Sul junto às empresas AGATHON GMBH & Co. KG e BSA SCHNEIDER.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3 reformou a sentença de improcedência e consignou que, ainda que a demora fosse atribuível exclusivamente à Polícia Federal, que não entregou o documento a tempo, a falha seria do serviço oferecido pela ECT, cuja publicidade vincula a entrega do passaporte ao interessado em até 30 dias. A ECT decidiu celebrar contrato com a União Federal para solicitações de passaportes, recebendo por isso. Ademais, teria assumido o risco de ofertar serviço diverso daquele relacionado com suas atividades precípuas. No caso, estariam presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva da ECT. Ademais, a entrega tardia do passaporte teria inviabilizado a participação do autor na feira INTERPACK 2005 em Düsseldorf, o que ensejou a não contratação para o desenvolvimento de atividade de vendas na América do Sul junto às empresas AGATHON GMBH & Co. KG e BSA SCHNEIDER. A situação gerou prejuízos de ordem material, além de abalo moral. Assim, foi concedida indenização a título de danos materiais, não em toda a extensão solicitada, e também a título de danos morais.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se que há associação com o dano material na hipótese.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão afirma que a entrega tardia do passaporte inviabilizou a participação do autor na feira INTERPACK 2005 em Düsseldorf, na qual seria formalizada sua contratação para o desenvolvimento de atividade de vendas na América do Sul junto às empresas AGATHON GMBH & Co. KG e BSA SCHNEIDER. Como prova de que viajaria para o referido destino, o autor apresentou confirmação de reserva no Hotel e passagem aérea. O acórdão não aborda a necessidade de existência de chance séria e real para aplicação da teoria da perda de uma chance e não aborda quais elementos foram considerados para que se concluísse que havia chance séria e real de celebração desses contratos. Há menção a algumas páginas dos autos, mas sem especificação do conteúdo.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A partir do acórdão não é possível afirmar que houve aplicação dos parâmetros de quantificação relacionados à indenização pela perda de uma chance. A respeito da indenização por danos materiais, afirma-se que, em relação à empresa AGATHON GMBH & Co. KG, pela perda de uma chance, seria devido o pagamento da subvenção mensal de EUR 2.500,00 pelo período de um ano (EUR 30.000,00), bem como da parcela única de EUR 5.000,00 destinada à instalação do escritório, que se incorporaria ao patrimônio do autor, excluindo-se a contribuição mensal de custos no valor de EUR 1.000,00 (EUR 12.000,00), na medida em que esse valor seria absorvido na prestação do serviço. Já em relação à empresa BSA SCHNEIDER seria devido

apenas o pagamento mensal de EUR 5.500,00 pelo período de um ano (EUR 66.000,00), a título de danos materiais (perda de uma chance), pois computar no montante indenizatório a participação mensal nas despesas no valor de EUR 2.500,00 (EUR 30.000,00) e os quatro bilhetes aéreos até o valor de EUR 1.000,00 (EUR 4.000,00) implicaria enriquecimento sem causa do autor, na medida em que tais valores seriam igualmente absorvidos na prestação do serviço. Considerando o total de EUR 101.000,00 e a taxa de conversão adotada, seriam devidos R\$ 318.291,40 a título de danos materiais pela perda de uma chance. Aparentemente, não houve desconto de qualquer percentual em função da probabilidade e não certeza de celebração dos contratos.

70. Número do julgado: 0001827-23.2011.4.03.6117

Data de julgamento: 01/02/2018

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação indenizatória contra a ECT na qual a autora alega que iria participar de uma feira de exposição de artesanato, em Santa Cruz de Tenerife, na Espanha, e enviou produtos, em 07/10/2010, para tal país, postados como "Mercadoria Econômica", da cidade de Jaú/SP. No entanto, alega que os produtos não chegaram antes do início da feira, ocorrida em 27/10/2010. Por conseguinte, não foi possível vender os produtos durante a exposição. Suportou os gastos com passagem aérea, hospedagem e transporte na Espanha. Assim, requer indenização por danos morais e materiais, incluindo o dano pela perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3, no acórdão, afirma que documentos dos autos noticiam que os produtos chegaram à Espanha em 18/10/2010, antes, portanto, do prazo contratado. A autora esclarece que, em 26/10/2010, foi à Agencia Rodrigues Express SL para retirar as mercadorias, mas sem êxito. Haveria informação de que as encomendas foram retidas pela alfândega espanhola. Assim, inexistiria comprovação de que houve culpa da ré no desembarço dos produtos. Não seria possível atribuir má prestação de serviços no país de destino e, bem assim, não haveria comprovação de que houve falha na prestação do serviço. Portanto, os pedidos de indenização por dano moral e pela perda de uma chance não seriam cabíveis.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão nem adentra a análise da perda da chance, considerando a conclusão de que não houve falha na prestação do serviço, já que os produtos foram entregues no prazo e houve problema na alfândega espanhola.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não houve análise a respeito da seriedade da chance perdida, pois se entendeu pelo descabimento de qualquer indenização, diante da ausência de comprovação de falha no serviço.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A conclusão quanto à ausência de demonstração de falha no serviço (e impossibilidade de alegar falha de serviço no país de destino) foi determinante para o afastamento da responsabilidade.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

71. Número do julgado: 0001618-76.2010.4.03.6121

Data de julgamento: 01/02/2018

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização na qual a autora alega que é revendedora de produtos importados e encaminhou produtos revendidos, do município de São Bento do Sapucaí/SP para o Rio de Janeiro/RJ. Porém, em razão de atraso na entrega, perdeu a oportunidade de participar de sorteios de prêmios destinados aos revendedores que atingissem as metas de venda. Requer o pagamento de indenização a título de danos materiais, pela perda de uma chance, e danos morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3, no acórdão, afirma que a autora não diligenciou no sentido de declarar o conteúdo da correspondência e, nessa medida, o pedido de indenização, nos termos solicitados, seria inconsistente. A autora alega que não foi possível contabilizar as vendas realizadas no mês de dezembro para participar do sorteio, mas não declara o conteúdo da correspondência. Diante da ausência de prova a respeito do conteúdo da correspondência, não seria possível aferir os supostos danos.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão nem adentra a análise da perda da chance, considerando a conclusão de que a falta de declaração sobre o conteúdo da correspondência impossibilitaria a aferição dos supostos danos.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não aborda o requisito consubstanciado na necessidade de configuração de chance séria e real. Ademais, não adentra propriamente aspectos de aplicação da perda da chance, consignando somente que a falta de declaração sobre o conteúdo da correspondência impossibilitaria a aferição dos supostos danos. Não há abordagem sobre eventuais outros documentos dos autos que poderiam servir para demonstrar as vendas realizadas pela autora ou considerações específicas sobre documentos que precisariam ser apresentados a esse respeito.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não. Embora não haja nenhum elemento a contestar a falha do serviço, o foco do acórdão é a impossibilidade de aferição de danos, diante do fato de que a autora não declarou o conteúdo de sua correspondência.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

72. Número do julgado: 0000961-86.2013.4.03.6103

Data de julgamento: 22/11/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra o INEP objetivando indenização por danos morais e materiais em razão da exclusão do autor de prova do ENEM, ante o alegado uso de aparelho proibido durante a realização do exame. Em suma, discute-se ter sido indevida a alegação de violação ao edital por parte dos responsáveis pela aplicação da prova, pois o autor postou foto do seu Cartão de Confirmação da Inscrição em rede social às 12h49 e os envelopes com prova foram abertos às 12h55, ao passo que às 13h00 os portões de acesso aos locais de prova foram fechados. Assim, o autor poderia estar em área externa ou em área interna, mas não estava realizando a prova. O edital, por seu turno, vedava "qualquer receptor ou transmissor de dados e mensagens" apenas durante a realização do exame.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3 acolheu parcialmente o recurso de apelação somente para ajustar critérios de atualização, mas manteve a concessão de indenização por danos morais e indenização pela perda de uma chance. Entendeu que houve precipitação por parte dos responsáveis pela aplicação da prova. No louvável afã de coibir a prática de fraudes, o INEP realizou monitoramento das redes sociais da internet e concluiu, equivocadamente, que o autor teria violado disposição do

edital nesse sentido. Afirma que a jurisprudência admite a responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, diante da constatação de real possibilidade de êxito - não se trata, portanto, de lucros cessantes, mas de real possibilidade de ganho, que se mostra inexecutável por ato ilícito de outrem. No caso, manteve a indenização a esse título por entender que não se trata de ressarcir o autor por lucros cessantes, hipótese que implicaria inviabilização de conduta fadada ao êxito. Seria notório que a periodicidade do ENEM é anual, de modo que o autor poderia realizar o exame no ano seguinte, verificando-se atraso de um ano em sua trajetória acadêmica e profissional.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão menciona debates que situam o dano dessa ordem em categoria intermediária: não se trata propriamente de dano moral, haja vista estar relacionado à frustração de justificada expectativa de obtenção de resultado material, ao passo que o último não propriamente se materializaria caso inexistisse óbice à possibilidade real de cumprimento do objetivo alcançado. Desse modo, afirma-se que a aquilatação do montante a ser arbitrado a título de indenização é mais dificultosa. Há também diferenciação expressa da perda da chance em relação aos lucros cessantes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão menciona genericamente que a aplicação da teoria da perda de uma chance depende de real possibilidade de ganho. No entanto, não apresenta considerações detidas sobre a análise desse requisito à luz do caso concreto. Entendeu por manter a indenização pelo fato de que, diante da periodicidade anual do ENEM, o autor, sendo impedido de realizar o exame em 2012, poderia normalmente realizá-lo no ano seguinte, verificando-se atraso de um ano em sua trajetória acadêmica e profissional em razão do ato praticado por agente do INEP. Não há uma análise sobre seu histórico acadêmico e chances relacionadas à prova. A aplicação está relacionada ao atraso na trajetória acadêmica e profissional. É possível que constem outras considerações na sentença.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora se aborde a incidência de responsabilidade objetiva, pode-se depreender alguma análise de antijuridicidade quando o acórdão afirma que houve precipitação por parte dos responsáveis pela aplicação da prova, os quais, equivocadamente, concluíram que o autor teria violado disposição do edital.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Embora o acórdão mencione que, na perda da chance, a aquilatação do montante a ser arbitrado a título de indenização é mais dificultosa, não se denota nenhuma análise a respeito. O valor de indenização arbitrado em sentença foi mantido, havendo apenas discussão sobre critérios de atualização. O acórdão não expõe o racional da sentença para arbitramento do valor de R\$ 6.000,00 a título de indenização pela perda de uma chance, portanto não é possível inferir se houve observância aos preceitos de quantificação aplicáveis.

73. Número do julgado: 0002531-82.2000.4.03.6000

Data de julgamento: 13/11/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal que busca anular sindicância militar instaurada contra o autor, excluindo do ordenamento jurídico as punições e seus consectários, de forma a permitir as promoções, proventos e diferenças que deixou de receber, além da condenação da União Federal em danos morais. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para anular o procedimento de Sindicância RES nº

005/SIJ/99 desde o início e condenar o ente público a pagar a importância de R\$ 8.000,00, a título de indenização por danos morais, e a restituir ao autor 23 dias de férias não gozadas. A União Federal interpôs recurso e o autor também o fez, pleiteando, em síntese, o reconhecimento do direito à promoção desde a anulação da sindicância, com as consequentes vantagens financeiras, além da elevação da indenização por danos morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3 manteve a sentença de primeiro grau, concordando com a nulidade da sindicância, devido à inobservância do devido processo legal, e com a concessão de indenização por danos morais. Em relação à teoria da perda da chance, foi invocada na questão referente às promoções, proventos e diferenças que o autor deixou de receber. A respeito, consignou-se no acórdão que, embora o ato anulado não produza efeitos, não seria correto dizer que, se não tivesse havido a punição, o autor teria chegado ao posto máximo de Capitão. Nem todos os militares avaliados como excelentes são promovidos e, se o forem, podem ser em momento distinto, não necessariamente quando implementam certas condições. Portanto, havia apenas uma expectativa nutrida pelo militar de chegar ao posto de Capitão.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se, contudo, que há uma diferenciação entre o dano moral e a perda da chance no caso concreto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Esse é justamente o aspecto utilizado para afastar a indenização pela perda de uma chance. Ressaltou-se, no acórdão, que teoria da perda de uma chance depende de possibilidade de êxito, situação que não se verificaria no caso. Pontuou que nem todos os militares avaliados como excelentes são promovidos e, se o forem, podem ser em momento distinto, não necessariamente quando implementam certas condições. Portanto, diante dessas incertezas, o pedido foi tido como improcedente. Não há considerações mais específicas sobre o histórico do autor dentro desse contexto.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Pode-se falar em reconhecimento de antijuridicidade na condução da sindicância, já que foi reconhecido que não foi assegurado ao militar os direitos básicos garantidos pela Constituição Federal a todos litigantes das esferas judicial e administrativa, isto é, a observância ao contraditório e à ampla defesa.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

74. Número do julgado: 0001147-60.2014.4.03.6108

Data de julgamento: 06/09/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos sofridos, especificamente pela perda de uma chance, em razão da entrega extemporânea de documentação relativa à participação em licitação para prestação de serviços de consultoria jurídica e advocacia pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana - COMLURB.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3, no acórdão, manteve a sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização, especificamente pela perda de uma chance, em razão da entrega extemporânea de documentação relativa à participação em licitação. O relator, em seu voto, consignou que houve falha na prestação do serviço, de modo a inviabilizar a participação da parte autora em processo licitatório em relação ao qual havia chance concreta de vitória. Assim, subsistiria o dever de indenizar por parte da ECT, já declarado em sentença. O relator inicialmente propôs a majoração da indenização, porém outro voto prevaleceu nesse ponto,

entendendo que a indenização fixada, associada a danos morais, seria razoável. Isso porque, inexistiriam elementos aptos a demonstrar que a proposta da autora superaria aquelas classificadas vencedoras.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O voto do relator menciona que a responsabilidade por perda de uma chance é objeto de debates que situam o dano dessa ordem em categoria intermediária - não se trata propriamente de dano moral, haja vista estar relacionado à frustração de justificada expectativa de obtenção de resultado material, ao passo que o último não propriamente se materializaria caso inexistisse óbice à possibilidade real de cumprimento do objetivo alcançado. Vale notar, todavia, que o voto prevalecente no tocante ao valor da indenização fala em indenização a título de danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O voto do relator menciona ser imprescindível a constatação de real possibilidade de êxito para aplicação da teoria. Afirma que, no caso, a chance de vitória na licitação não se resumia a uma simples expectativa aleatória. No entanto, não faz uma análise de elementos concretos dos autos. Já o voto que prevaleceu quanto ao valor de indenização, embora tenha concordado com os fundamentos do relator, consignou que inexistiriam elementos capazes de permitir a majoração da indenização, pois não seria possível concluir que a proposta da autora superaria aquelas classificadas vencedoras.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se em falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Inicialmente o relator propôs a majoração da indenização fixada em sentença (R\$ 10.000,00), por entender justificada diante da possibilidade de contrato de serviço junto à empresa pública municipal de considerável porte. No entanto, o voto prevalecente entendeu pela manutenção do valor de indenização estabelecido na sentença, visto que inexistiriam elementos de prova capazes de permitir a majoração da pretensão indenizatória da parte autora, na medida em que não seria possível concluir que a sua proposta superaria em valores aquelas classificadas vencedoras. Não há informações adicionais sobre os critérios utilizados pela sentença para fixação do valor.

75. Número do julgado: 0010555-63.2009.4.03.6104

Data de julgamento: 07/08/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra o INSS objetivando a anulação do ato administrativo que determinou a redução da jornada de trabalho do autor, bem como readequação dos proventos da aposentadoria e condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Consta que o autor é médico e optou pela carreira previdenciária. Em 15/02/2006, foi-lhe reconhecido, por portaria, o direito de exercer a jornada de 40 horas semanais ou oito horas diárias e, em 01/08/2006, outra portaria resolveu excluir o direito assegurado anteriormente, por descumprimento de horário. O autor sustenta a ilegalidade do ato administrativo referente à redução da sua jornada de trabalho. A sentença julgou os pedidos improcedentes, tendo o autor interposto recurso de apelação alegando vícios processuais e a inconstitucionalidade e ilegalidade do ato administrativo que reduziu sua jornada de trabalho, requerendo o provimento do recurso para a anulação do ato e para a readequação da aposentadoria, bem como a condenação do INSS a pagar indenização por danos materiais e morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3 entendeu por dar parcial provimento ao recurso do autor. Entendeu que houve a prática de um ato ilícito por

parte da Administração ao editar a portaria suprimindo o direito do autor à jornada de 40 horas sem direito regular de defesa, e que esse ato lhe causou um dano, pois perdeu a oportunidade de exercer trabalho do seu interesse e auferir os vencimentos respectivos, surgindo daí o dever de indenizar. Consignou-se, no acórdão, que o autor alegou que a supressão dos vencimentos acarretou perda em seus proventos da inatividade e requereu indenização compatível com suas perdas. No entanto, o prejuízo não teria a extensão pretendida pelo autor, pois ele tinha o direito de trabalhar as 20 horas a mais, não fosse o ato administrativo ilegal, mas fato é que não trabalhou essas 20 horas a mais, nem seria possível afirmar com toda a certeza que o faria, caso não lhe tivesse sido indevidamente suprimido o direito de fazê-lo. Assim, seria o caso de aplicação da teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Afirmou-se que, diante da hipótese, não seria o caso de danos emergentes nem de lucros cessantes. Tratar-se-ia na verdade de espécie diversa, que a doutrina chama de perda de uma chance. A indenização seria devida pela perda da chance em si, e não pela quantificação do prejuízo que disso adviria. Consignou-se, ainda, que há corrente que considera que a chance perdida seria indenizável como um direito autônomo (que parece ser aquela acolhida pelo acórdão). Apontou-se que julgados ora tratam a matéria no âmbito do dano moral, ora entendem que se trata de um terceiro gênero de dano.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão aborda a necessidade de que a chance seja séria e real. Afirma que não há certeza de que o autor trabalharia as 40 horas semanais por todo o período e receberia os vencimentos correspondentes até a sua aposentadoria. Afirma que existe uma significativa probabilidade de que isso pudesse ocorrer, razão pela qual se considera que o ato ilícito ceifou chance concreta. A probabilidade parece atrelada ao próprio interesse manifestado pelo autor em relação à jornada estendida, mas o acórdão não é extremamente claro a respeito. Outros aspectos foram ponderados na quantificação da indenização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Foi reconhecido ato ilícito da Administração ao editar a portaria suprimindo o direito do autor à jornada de 40 horas sem direito regular de defesa.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão ressalta que a chance perdida, indenizável como um direito autônomo, relaciona-se com a vantagem que seria auferida, apesar de não equivaler a ela. No caso, usa o fato de que o autor teve uma redução de R\$ 1.524,69 nos seus rendimentos líquidos entre julho e agosto de 2006, quando teve a carga horária reduzida por ato da Administração. Entendeu, ademais, que a chance perdida não perpetua o dano no tempo. No caso, a redução da jornada não retirou do autor a possibilidade de se recolocar no mercado ou complementar a sua jornada de trabalho. No período de dois anos e oito meses, seria razoável que procurasse nova colocação, e obtivesse remuneração complementar. Assim, considerou como parâmetro para a estimativa o período de um ano de supressão desses valores, tempo razoável para que obtivesse recolocação no mercado, o que resulta em valor próximo da soma de R\$ 20.000,00. Trata-se do arredondamento para mais do valor acima multiplicado por 13, considerando o 13º salário, o que somaria R\$ 19.820,97.

76. Número do julgado: 0029593-20.2002.4.03.6100

Data de julgamento: 19/04/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos materiais e morais. O autor, soldado da Polícia Militar, alega ter enviado 65.000 cartas destinadas a

policiais militares com o intuito de propagandear sua candidatura ao cargo de deputado estadual nas eleições de 1998, mas estas não teriam sido entregues a seus destinatários, o que teria acarretado contra si a instauração de "processo administrativo e eleitoral, além de punições no âmbito administrativo do Comando da Polícia Militar".

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Após discussão sobre competência, prevaleceu voto que entendeu que o autor comprovou tão somente a aquisição de selos e, ainda que fosse óbvia a intenção de utilizá-los, isso não seria suficiente para falar de falha no serviço da ECT. Seria necessária a comprovação referente ao envio das correspondências. Tal questão seria afeta à devida avaliação quanto à ocorrência denexo causal entre o dano e a ação. Ademais, consignou-se que, ainda que a jurisprudência admita a responsabilização civil com fundamento na teoria da perda de uma chance, seria imprescindível a constatação de real possibilidade de êxito. No caso em tela, porém, não haveria como se falar em dano moral, uma vez que a derrota do autor no pleito eleitoral não poderia ser atribuída a uma falha de serviço que sequer foi comprovada, até porque o simples envio de cartas não se consubstanciaria necessariamente em votos. Ademais, o próprio fato da parte autora sofrer sanções administrativas em razão do envio de propaganda eleitoral, comprovaria justamente o êxito no envio. O voto vencido entendia pela incompetência da Turma, por se tratar de hipótese de responsabilidade contratual, regida pelo CDC, e em que a ECT responderia por danos morais presumidos pela falha do serviço quando não comprovada a entrega.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se, contudo, certa associação com danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Afirmou-se no voto vencedor que a aplicação da teoria da perda de uma chance dependeria da constatação de real possibilidade de êxito. No caso em tela, contudo, essa situação não estaria configurada, pois a derrota do autor no pleito eleitoral não poderia ser atribuída a uma falha de serviço que sequer foi comprovada, até porque o simples envio de cartas não se consubstanciaria necessariamente em votos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão menciona a incidência da responsabilidade objetiva, mas houve discussão sobre falha do serviço e se entendeu pela ausência de provas relacionadas ao próprio envio das cartas, sendo isso determinante para o resultado do julgamento.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

77. Número do julgado: 0000343-63.2007.4.03.6100

Data de julgamento: 19/04/2017

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos materiais e morais em que a parte autora alega atraso na entrega de documentação relativa a um processo licitatório na cidade de Belém/PA, o que acarretou o não recebimento da documentação pelo órgão licitante, o Hospital Ophir Loyola, uma vez que a abertura dos envelopes ocorreu às 9h do dia 23/03/2006, ao passo que o envelope contendo a documentação da parte autora foi recebido às 16h.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Após discussão sobre competência, prevaleceu voto que entendeu que a documentação dos autos demonstraria que a correspondência foi entregue dentro do prazo especificado pela ECT. Portanto, não se verificaria dano material em razão de eventual má prestação do serviço pela ECT - inexistindo nexocausal e dano moral porventura originado da apresentação intempestiva da

documentação relativa ao processo licitatório. O voto vencido entendia pela incompetência da Turma, por se tratar de hipótese de responsabilidade contratual, regida pelo CDC, e em que a ETC responderia por danos morais presumidos pela falha do serviço quando não comprovada a entrega.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Afirmou-se que, embora a jurisprudência admita a responsabilização civil com fundamento na teoria da perda de uma chance, é imprescindível a constatação de real possibilidade de êxito. Não constam considerações específicas em relação às chances de êxito no processo licitatório. Porém, a responsabilidade acabou afastada por não ter sido demonstrado o nexo causal, pois não teria havido falha na prestação do serviço.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão menciona a incidência da responsabilidade objetiva, mas conclui pela ausência de dano em razão de eventual má prestação do serviço pela ECT, pois a documentação dos autos revelaria a entrega dentro do prazo previsto, conforme diagrama dos prazos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

78. Número do julgado: 0002723-47.2008.4.03.6125

Data de julgamento: 15/03/2017

Órgão julgador: TRF3 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos morais e materiais, sob a alegação de que o autor encaminhou, via Sedex 10, recurso para ser protocolizado junto à banca de concurso público que estava participando, porém a correspondência não chegou dentro do prazo contratado, tendo sido eliminado do certame. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, asseverando que o atraso na entrega é incontroverso, de modo que seria devida indenização correspondente ao preço pago pela postagem. Pontuou não serem devidos danos morais, visto que o autor já havia sido reprovado em etapa anterior do concurso, inexistindo qualquer certeza de aprovação se a correspondência tivesse chegado tempestivamente. O autor recorreu alegando, em síntese, que o não cumprimento de prazo pela ECT acarretou a impossibilidade de interposição de recurso à banca examinadora, fato a ensejar dano moral *in re ipsa*, tratando-se de hipótese da perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3, no acórdão, entendeu que, em que pese o descumprimento de prazo pela ECT, inexistiria nos autos comprovação de declaração do conteúdo postado, o que seria imprescindível para responsabilização. Ademais, destacou que o edital do certame previa que os recursos deveriam ser protocolados pessoalmente pelo candidato, de modo que o autor assumiu todos os riscos de encaminhar o documento a terceira pessoa, para que realizasse o ato, significando dizer que o próprio autor descumpriu regra do concurso. Diante do frágil panorama em que repousaria o conflito, seria o caso de rejeitar o recurso, naufragando a tese de perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se que o autor utilizou a teoria para fundamentar pedido de indenização por danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não consta qualquer consideração sobre o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real. O acórdão entendeu que seria

imprescindível a comprovação do conteúdo postado, para fins de responsabilização, sendo essa a principal razão para rejeição do pedido indenizatório. Do contrário, tudo orbitaria o campo hipotético. O autor diz que dentro do envelope havia formulário recursal para ser apresentado à banca de concurso, mas não provou este fato. Além disso, consignou que o edital previa o protocolo presencial dos recursos, de modo que o autor assumiu todos os riscos de encaminhar o documento a terceira pessoa para que realizasse o ato, ainda que mediante procuração, descumprindo regra do edital.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Conclui-se que houve atraso pela ECT, mas isso não seria suficiente para a responsabilização pretendida, diante da ausência de comprovação do conteúdo postado.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

79. Número do julgado: 0001918-29.2014.4.03.6111

Data de julgamento: 15/02/2017

Órgão julgador: TRF3 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal e a Fundação Carlos Chagas objetivando provimento jurisdicional para atribuição de nota mínima necessária para prosseguimento em certame ou, alternativamente, condenação ao pagamento de indenização com base na perda de uma chance no valor de R\$ 37.004,33. Afirma o autor que realizou prova de concurso público para analista judiciário do TRT da 15ª Região, com sua habilitação na primeira fase - objetiva. Na segunda fase - questões discursivas -, obteve 45 de média, sendo eliminado, pois o edital previa 50 como média mínima. Aduz que apresentou então dois recursos referentes às questões 1 e 2. O recurso atinente à questão 2 foi improvido e o recurso da questão 1 não foi conhecido, por intempestividade. Sustenta a tempestividade do aludido recurso interposto e, por isso, entende que não pode ser prejudicado, pois possuía "reais chances de nomeação já que estaria classificado na 15ª posição".

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3 acatou integralmente a sentença e sua fundamentação, segundo a qual foi comprovado que, após o protocolo do recurso acerca da questão 1, o autor o removeu do sistema, o que implica desistência. A desistência seria o abandono voluntário do recurso já interposto e independeria da anuência da parte contrária. No caso, a desistência foi expressada livremente pelo autor no sistema informatizado da ré, sendo este o motivo pelo qual o aludido recurso não foi apreciado pela entidade organizadora do concurso. Portanto, inexistiria conduta ilícita praticada pelas rés, o que importaria a improcedência total da pretensão.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não chegou a adentrar especificamente a aplicação da teoria da perda de uma chance. Isso porque teria sido comprovada a desistência do recurso sobre a questão 1, sendo esta a causa de não ter havido a apreciação do recurso. Em virtude disso, inexistiria conduta ilícita e, bem assim, razão para responsabilização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Entendeu-se pela inexistência de conduta ilícita justamente porque o autor teria desistido do recurso sobre a questão 1 ao removê-lo do sistema e essa teria sido a razão para a não apreciação do recurso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

80. Número do julgado: 0009995-55.2008.4.03.6105

Data de julgamento: 17/12/2015

Órgão julgador: TRF3 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT, objetivando indenização por danos materiais e lucros cessantes, em que a parte autora alega que efetuou o pagamento da taxa de inscrição para concorrer a uma vaga de Pesquisador III - área 10 - subárea 7, no processo seletivo público realizado pela EMBRAPA. As provas objetivas e discursivas foram aplicadas e a autora foi convocada para apresentar documentos para a fase classificatória de avaliação de títulos. A autora encaminhou a documentação e procuração específica via Sedex 10 em 29/05/2006, sendo que os dias estabelecidos para apresentar tais documentos eram as datas de 29/05/2006 e 30/05/2006. Contudo, a encomenda chegou no destino em 31/05/2006. Vale notar que a sentença havia originalmente julgado parcialmente procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de danos morais e materiais. No entanto, houve acolhimento dos embargos de declaração para que o valor concedido a título de danos morais fosse considerado como lucros cessantes. A ECT interpôs recurso de apelação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3, no acórdão, houve por bem manter a condenação da sentença, porém sob fundamento diverso, ante a concessão de indenização com base na perda de uma chance e afastando a indenização por lucros cessantes. Entendeu que não seria o caso de concessão de indenização por lucros cessantes, pois a autora não estava admitida no cargo para o qual concorria. O que houve foi a perda da chance real de obter o emprego almejado. Assim, seria aplicável a teoria da perda de uma chance, porque, nesse caso, como não se pretende indenizar a perda do resultado e sim da oportunidade, não haveria a necessidade de provar se a vítima seria ou não agraciada com o resultado último por ela cobijado. No caso, entendeu haver chance provável de êxito no concurso não fosse a falha da ECT, de modo que caberia a indenização pela perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Afirmou-se que o STJ vem aplicando a teoria da perda de uma chance, sob o entendimento de que tal teoria visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Ademais, o acórdão faz um trabalho de diferenciação da perda da chance e dos lucros cessantes. Em função das considerações, tende-se a entender que a perda da chance seria um dano específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão consigna que a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. No caso, após análise de documentos referentes ao concurso, ressalta que houve diferença de 0,45 na pontuação entre a segunda candidata e a autora, classificada em terceiro lugar. Assim, considerando que havia duas vagas, seria nítida a chance perdida pela autora de obter êxito na aprovação dentro do número de vagas, uma chance que se apresentava altamente provável.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Embora o acórdão mencione a necessidade

de se indenizar a perda da chance e não a oportunidade perdida, apenas manteve a condenação da sentença por fundamento diverso. A sentença havia fixado valor a título de danos morais e depois converteu em lucros cessantes. Assim, não há nenhuma descrição sobre a aplicação de coeficiente redutor ou algo do tipo. O valor de lucros cessantes concedido na sentença (R\$ 14.659,98) é inferior ao valor pleiteado pela autora (R\$ 203.610,52), mas não constam detalhes sobre seu racional.

81. Número do julgado: 0007348-47.2005.4.03.6120

Data de julgamento: 09/11/2015

Órgão julgador: TRF3 - Quinta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação de indenização por danos morais supostamente decorrentes do atraso na entrega de correspondência pela ECT via Sedex. Narra a autora que perdeu a oportunidade de concorrer em um concurso público, em razão da demora na entrega de uma correspondência encaminhada por seus familiares pelo correio. Sustenta que a documentação foi postada em 07/06/2005, com prazo de entrega de dois dias úteis, porém só chegou ao local destinado em 13/06/2005, quando já havia terminado o prazo para inscrição no certame.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3, no acórdão, entendeu que o pedido de indenização por danos morais pelo atraso na entrega da encomenda deveria ser indeferido, já que não haveria qualquer elemento nos autos que comprovasse a sua existência. Existiriam apenas especulações que não passariam da esfera de meros aborrecimentos, não passíveis de indenização a título de danos morais. Segundo o acórdão, o dano que a autora alega ter suportado mais se aproximaria daquele originário da perda de uma chance. Afirma que, para sua configuração, a possibilidade de sucesso na obtenção da vantagem deveria ser superior a 50%, ou seja, a chance perdida deveria ser certa e isenta de dúvidas. Contudo, tal comprovação também não teria ocorrido, pois a aprovação em um certame constitui algo dotado de grande incerteza, tanto que a própria autora confirma que prestou dois concursos posteriormente e não foi aprovada. Assim, mesmo o dano originário da perda de uma chance não teria sido comprovado.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Conceitua como espécie de dano. Afirma que o dano que a autora alega ter suportado mais se aproxima daquele originário da perda de uma chance. Segundo o acórdão, cuida-se de uma espécie de dano que decorre do fato de que a pessoa poderia ter a chance de conseguir algo que lhe seria vantajoso, mas é impedida por uma conduta alheia.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão adota como premissa que, para a configuração da responsabilidade pela perda de uma chance, a possibilidade de sucesso na obtenção da vantagem deve ser superior a 50%, ou seja, a chance perdida deve ser certa e isenta de dúvidas. No caso, entende que não houve comprovação nesse sentido, pois a aprovação em um certame constitui algo dotado de grande incerteza, tanto que a própria autora confirmaria em seu depoimento que depois prestou dois concursos, um para a Prefeitura e outro para o Hospital Nestor, com apenas uma vaga em cada um deles, e não foi aprovada. Não há informações adicionais sobre o certame específico que restou frustrado.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não. O principal fundamento da decisão para afastar a indenização residiu no fato de que a autora não teria produzido prova suficiente à comprovação dos danos. Não foram tecidas considerações sobre a falha do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

82. Número do julgado: 0013351-77.2011.4.03.6000

Data de julgamento: 13/08/2015

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra o CRC/MS objetivando a obtenção de registro profissional, com a declaração de nulidade de auto de infração, bem como indenização por danos morais e lucros cessantes. Alega a autora que foi autuada em razão de exercer a profissão de contadora sem a devida inscrição no conselho profissional. Afirma que, após a autuação, tentou realizar referida inscrição, tendo sido impedida sob o fundamento de que deveria, primeiramente, pagar a multa aplicada. Pleiteia indenização a título de dano moral, lucros cessantes pelos ganhos que teria deixado de auferir e invoca a teoria da perda de uma chance para sustentar que ficou impedida de participar de concursos públicos. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, determinando que o Conselho procedesse ao registro da autora sem a exigência do pagamento das multas. A autora interpôs recurso de apelação, aduzindo a nulidade do auto de infração, a ocorrência de danos morais e lucros cessantes.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3 não considerou nulo o Auto de Infração questionado, já que a autora confirmou ter atuado como contadora sem a devida inscrição no Registro Profissional. Quanto à indenização por lucros cessantes, consignou-se que a autora não apresentou nenhuma prova dos ganhos que deixou de auferir em virtude da falta de inscrição perante o Conselho Profissional. Ademais, ainda que autora tenha comentado de forma genérica que ficou impedida de participar de concursos públicos, não teria demonstrado que se inscreveu em algum certame. Dessa forma a autora não poderia ser indenizada pela aplicação da teoria da perda de uma chance, pois a possibilidade de passar no concurso consistiria em uma hipótese e não uma oportunidade real. O acórdão também afastou a indenização por danos morais, pois inexistiria demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão cita precedente do STJ que fala que a perda da chance constitui um dano intermediário entre danos emergentes e lucros cessantes. No mais, embora o acórdão aborde o pedido após analisar o pleito de lucros cessantes, não há nenhuma referência expressa sobre a natureza jurídica da perda da chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão afirma que a autora comenta de forma genérica que ficou impedida de participar de concursos públicos, mas não restou demonstrado que a autora tenha se inscrito em algum certame. Dessa forma, não poderia ser indenizada pela aplicação da teoria da perda de uma chance, pois a possibilidade de passar no concurso tratar-se-ia de uma hipótese e não de uma oportunidade real. Não há uma abordagem mais detalhada sobre eventuais elementos que poderiam ser apresentados para demonstrar que a chance seria séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de inexistência de irregularidade na autuação e ausência de prova de pedido de inscrição junto ao Conselho Profissional. Ao tratar das indenizações, o foco foi a ausência de prova dos danos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

83. Número do julgado: 0008431-83.2009.4.03.6112

Data de julgamento: 16/04/2015

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação de indenização por danos morais e materiais contra a ECT em que a parte autora alega ter sofrido danos em decorrência do extravio de correspondência consistente no Documento de Identidade - RG original, postado em Presidente Prudente/SP com destino à Fortaleza/CE, com vistas à obtenção de Atestado de Antecedentes Criminais naquele Estado. Alega a parte autora que, visando firmar inscrição como advogado dativo na Justiça Federal de Presidente Prudente/SP, foi-lhe exigida a apresentação do Atestado de Antecedentes Criminais do Estado de emissão do RG, razão pela qual postou seu RG original à cidade de Fortaleza/CE, onde uma portadora contratada providenciou a referida certidão, bem como seu retorno, juntamente com o RG original, à Presidente Prudente/SP por meio de Sedex, em tempo hábil à inscrição no serviço de Assistência Judiciária Gratuita. No entanto, segundo o autor, seus documentos não chegaram ao destino, ocasionando inúmeros transtornos que culminaram no indeferimento de sua inscrição na Assistência Judiciária Gratuita e na perda da via original de seu documento, daí porque requer o ressarcimento dos danos materiais, incluindo lucros cessantes, e danos morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3, no acórdão, consignou que o defeito no serviço contratado deu causa efetiva ao evento danoso (indeferimento da inscrição em virtude da não apresentação dos documentos solicitados). Estaria, pois, presente onexo causal e requisitos ensejadores da responsabilidade civil. Nesse sentido, entendeu pela condenação da ré ao pagamento dos danos materiais causados ao autor, notadamente as despesas postais, as contratadas para o serviço de obtenção do Atestado de Antecedentes Criminais e outras, limitadas pelo autor em R\$ 500,00, além dos lucros cessantes no valor de R\$ 3.600,00, decorrentes da teoria da perda de uma chance. A indenização por danos morais foi afastada, pois não teria sido demonstrado grave abalo emocional.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se, contudo, que a indenização decorrente da aplicação da teoria da perda de uma chance foi concedida a título de lucros cessantes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão apenas assevera que seria devida a indenização por lucros cessantes no valor de R\$ 3.600,00, decorrentes da teoria da perda de uma chance, já consagrada no STJ. Porém, não há análise sobre chances relacionadas à inscrição como advogado dativo na Justiça Federal de Presidente Prudente/SP e exercício da função.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de deficiência do serviço contratado. Inclusive, ao tratar da responsabilidade do Estado, são trazidos julgados e trechos da doutrina sobre a responsabilidade por omissão e a incidência de responsabilidade subjetiva nesses casos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Foi fixado o valor de indenização, por lucros cessantes, de R\$ 3.600,00, decorrentes da teoria da perda de uma chance. No entanto, não há qualquer esclarecimento sobre a forma de fixação da indenização ou indícios de observância aos parâmetros de quantificação aplicáveis à teoria da perda de uma chance.

84. Número do julgado: 0012462-56.2007.4.03.6100

Data de julgamento: 27/02/2014

Órgão julgador: TRF3 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais e materiais que teriam sido causados em razão de prisão arbitrária que o autor sofreu durante o regime militar, no período de 06/09/1973 a 28/12/1973, na qual foi ameaçado e

torturado física e moralmente por oficiais do DOI-CODI - Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna - com o uso de espancamentos, choques elétricos etc. Em sede de embargos de declaração, aduziu o autor que o acórdão teria sido omissivo quanto à tese da perda de uma chance de o autor obter uma situação futura mais favorável, haja vista que na época dos fatos era estagiário da IBM e posteriormente teve dificuldade em encontrar emprego, pois não tinha atestado de bons antecedentes.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3 entendeu que, a despeito da questão do dano material ter sido decidida na sentença e no acórdão, com base nas provas produzidas nos autos, no sentido da incapacidade física do autor para o trabalho, em decorrência dos fatos ocorridos enquanto custodiado, o autor teria suscitado na petição inicial e reiterado em apelação a tese de que o dano material decorreu da dificuldade em obter emprego, em virtude de não ter atestado de bons antecedentes, como decorrência da prisão, e da recusa de sua carteira de habilitação de motorista, o que não foi enfrentado anteriormente. Contudo, da documentação acostada, entendeu que o autor não comprovou como a ausência de atestado de bons antecedentes ou a recusa de sua habilitação dificultaram a obtenção de emprego. Não existiriam elementos aptos a comprovar que deixou de ser contratado, nem qual o prejuízo sofrido como consequência, ou seja, quantos empregos e quais os salários que receberia, mas que deixou de receber por conta dos antecedentes criminais e da recusa da sua carteira de habilitação depois do seu estágio na IBM e dos fatos ocorridos. Assim, não haveria fundamento para a concessão de indenização por danos materiais da forma como pleiteado, eis que impossível aferi-los, ante à não comprovação efetiva dos prejuízos. Por fim, ressaltou que a tese da perda de uma chance não foi desenvolvida na petição inicial, tampouco nas razões de apelação, tratando-se de argumento inovador, cuja análise seria vedada à corte, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Nota-se, contudo, que no caso a indenização pela perda de uma chance estaria associada a danos materiais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Embora o TRF3 tenha afirmado a impossibilidade de analisar a tese da perda de uma chance em razão da inovação do argumento e risco de supressão de instância, fato é que procedeu com uma avaliação do pedido do autor sob a ótica dos danos materiais. Nessa análise, embora não tenha feito expressa referência a requisitos próprios da teoria da perda de uma chance, consignou que o autor não comprovou como a ausência de atestado de bons antecedentes ou a recusa de sua habilitação dificultaram a obtenção de emprego. Não existiriam nos autos elementos aptos a comprovar que ele deixou de ser contratado, nem qual o prejuízo sofrido como consequência, ou seja, quantos empregos e quais os salários que receberia, mas que deixou de receber por conta dos antecedentes criminais e da recusa da sua carteira de habilitação depois de seu estágio na IBM e dos fatos ocorridos. Assim, não haveria fundamento para a concessão de indenização por danos materiais da forma como pleiteado, o que também denota a não comprovação de chances sérias e reais de obtenção de emprego.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim, superficialmente por se tratar de acórdão referente a embargos de declaração. A partir da transcrição da ementa referente ao recurso de apelação, denota-se análise a respeito, especialmente ao se tratar de indenização por danos morais. Nesse sentido, afirmou-se que o dano moral comprovado foi resultado da conduta dos agentes do Estado e do próprio regime militar que propiciou o cometimento de arbitrariedades, privações, segregações e violências físicas e morais contra o autor.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

85. Número do julgado: 0005845-55.2004.4.03.6110

Data de julgamento: 03/04/2012

Órgão julgador: TRF3 - Segunda Seção

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Embargos infringentes em ação de indenização por dano material e moral, ajuizada contra ECT, por falta de recebimento de telegrama de convocação, que impediu a autora de assumir vaga em concurso público. A autora alegou na petição inicial que, aprovada em concurso público do Município de Itapevi/SP, para "enfermeiro-PS", foi convocada, por telegrama, para assumir vaga, mas, por culpa de preposto da ré, não houve a respectiva entrega, o que acarretou danos materiais e morais, com a perda da vaga. A sentença julgou improcedente o pedido porque "o fato da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT não ter entregado a correspondência (telegrama) não lhe impõe a responsabilidade de reparação do dano, visto que não contribuiu para a realização do evento dano, pois além das três tentativas frustradas de entrega da correspondência pelo carteiro da Ré, em dias e horários alternados, tal documento é meramente informativo, cabendo a autora a obrigação de acompanhar a publicação no Diário Oficial do Estado de São Paulo". O TRF3, por maioria, deu provimento à apelação reconhecendo configurada a responsabilidade, fixando indenização não em R\$ 180.000,00, como pedido, mas em R\$ 5.000,00 (acórdão será tratado adiante). Nos embargos infringentes, solicitou-se a prevalência do voto vencido, que rejeitava a apelação, com o reconhecimento da ausência de culpa da ECT e descabimento da indenização, inclusive pela perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão referente aos embargos infringentes manteve o acórdão anterior e teceu considerações específicas sobre o caso e indenização pela perda de uma chance. Considerou que o fato de caber à autora o acompanhamento dos atos do certame através de publicação oficial não descaracterizaria a falha no serviço prestado. Ademais, entendeu que a nomeação e posse não foram diretamente obstadas em virtude da conduta culposa da ECT, mesmo porque, sendo necessários outros procedimentos legais para o efetivo exercício do cargo, não se poderia comprovar a existência do dano, tal como identificado pela autora. No entanto, o acórdão teria feito a correta identificação do dano indenizável (não a perda do cargo e do ganho mensal que a nomeação, posse e exercício acarretaria; mas a da oportunidade de atender o chamamento para os efeitos legais correspondentes). Concluiu então que, no caso concreto, houve ilícito praticado com culpa pela ECT e a chance de alcançar a vantagem e o dano respectivo não foram hipotéticos, mas razoáveis, concretos e sérios, não descaracterizados pela escusa da falta de acompanhamento da publicação oficial, cabendo a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão trata a chance perdida como dano indenizável específico. O acórdão afirma que a doutrina da responsabilidade civil, por perda de uma chance, é subjetiva, tendo como finalidade preencher um vazio que propiciava injustiças concretas, ao permitir que ilícitos intermediários, por vezes os únicos concretos e identificáveis, não gerassem dever de indenizar; ou que, embora provado ilícito, dele não resultasse o dever de indenizar, por falta de um suposto dano objetivo, direto e concreto. O que se indeniza não é, propriamente, a vantagem ou direito perdido - no caso, o ganho mensal que dependia de nomeação, posse e exercício -, mas a perda da chance ou oportunidade de alcançar a vantagem ou o direito - no caso, a de comparecer, fazer exames médicos e apresentar documentos para ser nomeada, empossada, exercer o cargo e auferir o respectivo ganho mensal. Ademais, consigna que o acórdão da apelação considerou no arbitramento da indenização um dano específico, intermediário, consistente na efetiva perda de séria e real oportunidade da autora de exercer cargo no concurso público em que aprovada. De toda forma, aparentemente se discute apenas

o dano moral em virtude da perda da oportunidade, em razão da forma como formulado o pedido pela autora.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão consigna a necessidade de que a chance se mostre séria e real. Em relação ao caso concreto, aponta que a candidata já estava aprovada no concurso público, ultrapassando a fase mais longa e difícil rumo à nomeação e posse. Além disso, seria enfermeira de profissão, disputando o concurso para exercício de cargo específico, não havendo, outrossim, qualquer prova no sentido de que quisesse desistir ou não tivesse disposição ou condição de assumir a vaga.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço e se aventa a incidência de responsabilidade subjetiva no bojo do acórdão.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim, em certa medida. O acórdão dos embargos infringentes manteve o acórdão referente à apelação e a indenização de R\$ 5.000,00, a título de perda de uma chance. Nesse ponto, consigna que a indenização partiu de pressupostos fáticos e jurídicos da causa frente ao pedido e foi fixada bem abaixo dos R\$ 180.000,00 pleiteados, o que mostra que a turma julgadora decidiu não com base na responsabilidade da ECT pela frustração da própria nomeação e posse da autora, mas pela perda de séria e real oportunidade da autora exercer cargo no concurso público em que aprovada, causada por conduta negligente da ECT. No entanto, não são externados os critérios para fixação desse valor em vista da chance em si considerada. Ademais, a indenização foi fixada por danos morais, tendo o acórdão até aventado a possibilidade de a autora considerar módica a condenação e, inclusive, pleitear que deva ser elevado para adequadamente ressarcir o dano sofrido pela parte ou, ainda, para servir de instrumento tendente a prevenir novas ocorrências.

86. Número do julgado: 0000215-62.2001.4.03.6000

Data de julgamento: 09/06/2011

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando a indenização por danos materiais e lucros cessantes, em decorrência de extravio de correspondência contendo documentos que possibilitariam aos autores solicitar, junto ao Consulado Americano, visto de estudante. Sustentam os autores, em síntese, que pretendiam se mudar para os Estados Unidos da América, onde participariam de um programa de intercâmbio cultural, a fim de aprimorar seus conhecimentos na língua estrangeira. Afirmam que os documentos necessários à obtenção do visto de estudante foram enviados por Sedex, o qual foi extraviado, não chegando à despachante que seria responsável pela obtenção do aludido visto junto ao Consulado. Alegam que, em razão do curso no exterior, venderam móveis, veículo e utensílios domésticos. Ainda em razão do curso, a autora afirma ter efetuado o trancamento da matrícula na universidade, enquanto o autor rescindiu seu contrato de trabalho. Desse modo, afirmam que deixaram de obter ganhos mensais, além de serem obrigados a arcar com gastos inesperados, utilizando o dinheiro arrecadado com a venda dos pertences na manutenção dos dois no Brasil. Entendem, por fim, que deveriam ser indenizados pela diminuição patrimonial sofrida, bem como pela privação de um ganho, que estimam em R\$ 800.000,00. Foi proferida sentença julgando parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré a indenizar os autores, em razão dos danos materiais sofridos, no valor de R\$ 54.000,00 para cada um. A ECT interpôs recurso de apelação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3 consignou que restou incontroverso o extravio da correspondência pela ECT e, portanto, a falha do serviço a ensejar a devida reparação dos danos materiais sofridos, incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes. Ao passar à análise de documentos dos autos, ressaltou que os autores não tinham mais do que uma expectativa de realizar a viagem e iniciar o curso no exterior, razão pela qual a questão deveria ser analisada de acordo com a teoria da perda de uma chance. A efetiva entrega da correspondência extraviada no destino não possibilitaria, por si só, o curso no exterior, pois este ainda ficaria na dependência da obtenção do visto de estudante e de acontecimentos fortuitos. Assim, a indenização deveria considerar não a vantagem em si, mas a perda, ainda que temporária, da oportunidade de obtê-la. No caso, entendeu que seria séria e concreta a chance que o casal teria de obter o visto de estudante e, por conseguinte, de iniciar o curso no exterior. Tanto que, pouco tempo depois, já se encontravam nos Estados Unidos da América, razão pela qual deveria a ECT indenizá-los pelos prejuízos decorrentes da perda do documento que inviabilizou a viagem naquele momento, como inicialmente planejado pelo casal. Embora o acórdão fale de indenização pela perda de uma chance, a descrição dos valores objeto de reparação denotam a indenização por danos emergentes (gastos com a obtenção do novo passaporte e visto de turista, reenvio do formulário "I-20" pela escola de línguas estrangeira, gastos com a permanência no país, etc) e lucros cessantes (valores que os autores recebiam, a título de remuneração mensal, em decorrência de vínculo empregatício, pelo período necessário à obtenção da segunda via dos passaportes e dos novos documentos).

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações específicas sobre a natureza jurídica da perda de uma chance. Fala-se que a indenização deve considerar não a vantagem em si, mas a perda, ainda que temporária, da oportunidade de obtê-la. Apesar dessa premissa, o acórdão parece ter admitido apenas a indenização por danos emergentes e lucros cessantes, sem atribuir qualquer valor específico à perda de chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Consignou-se que os autores não tinham mais do que uma expectativa de realizar a viagem e o curso no exterior, razão pela qual a discussão deveria ser analisada de acordo com a teoria da perda de uma chance. Porém, havia séria e concreta chance de obtenção do visto de estudante e, por conseguinte, início do curso no exterior. Tanto que, pouco tempo depois, já se encontravam nos Estados Unidos da América, razão pela qual deveria a ECT indenizá-los pelos prejuízos decorrentes da perda do documento que inviabilizou a viagem naquele momento, como inicialmente planejado pelo casal.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Embora o acórdão faça menção à aplicação da teoria da perda de uma chance, a indenização parece dizer respeito a danos emergentes e lucros cessantes. Entre os danos emergentes estão os gastos com a obtenção do novo passaporte e visto de turista, reenvio do formulário "I-20" pela escola de línguas estrangeira, revelação de fotos, xerox dos documentos, envio de documentos por malote aéreo, gastos com a permanência forçada no Brasil, etc. Já os lucros cessantes englobam os valores que os autores recebiam, a título de remuneração mensal, em decorrência de vínculo empregatício, pelo período necessário à obtenção da segunda via dos passaportes e dos novos documentos. Nesse ponto, o acórdão registrou que os autores não especificaram o que teriam deixado de ganhar em função do extravio dos documentos, cabendo considerar esse valor de remuneração. Ademais, inexistiriam provas de iminência de promoção nos cargos.

87. Número do julgado: 0047418-45.2000.4.03.6100

Data de julgamento: 02/07/2009

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação de indenização contra a ECT com o objetivo de obter o pagamento da quantia de R\$ 3.382,43, relativa ao prejuízo resultante da demora na entrega de correspondência que teria sido enviada à autora por seu patrono nos autos de reclamação trabalhista, informando-a acerca de audiência de instrução e julgamento. Alega a autora que na audiência inaugural da reclamação trabalhista, de conciliação, houve designação da continuidade da audiência para 01/03/1999, data da qual saiu intimada. Todavia, devido ao largo lapso temporal, seu defensor avisar-lhe-ia da data com antecedência de 15 dias, o que fez em 19/02/1999, enviando-lhe correspondência que, por falha na prestação do serviço, só chegou às suas mãos em 05/03/1999. Sustenta que a falha na prestação do serviço ocasionou o seu não comparecimento na audiência, bem como a ausência das testemunhas que lhe acompanhariam, dando causa à prolação de sentença desfavorável na Justiça do Trabalho, no tocante à sua pretensão ao pagamento das horas extras, FGTS e seus reflexos.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF3 confirmou a sentença de improcedência da demanda. Em relação à fundamentação, consignou que a situação tratada se consubstanciaria naquilo que se convencionou chamar de responsabilidade civil pela perda de uma chance, emprestando-se ao vocábulo “chance” o sentido jurídico de probabilidade de obter um lucro ou evitar um prejuízo. No entanto, não bastaria a conduta ilegítima do ente público ou o prejuízo por parte da vítima. Seria necessário demonstrar a ligação entre um e outro. Entretanto, não haveria tal demonstração na hipótese, porquanto não restou suficientemente evidenciado que os supostos prejuízos experimentados pela autora (sentença desfavorável), pela perda de uma chance, nos autos da reclamação trabalhista, decorreram do atraso na entrega da correspondência (falha na prestação do serviço), uma vez que a autora já havia sido intimada para comparecimento à audiência de instrução quando do seu comparecimento à audiência inaugural. Assim, se dano houve, sua ocorrência teria decorrido da negligência da própria parte autora que, tendo sido devidamente intimada, deixou de comparecer em juízo na data designada.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não são apresentadas considerações específicas a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance. No entanto, fala-se que não se indeniza a perda de um direito adquirido, mas sim a perda da chance de transformar uma expectativa de direito em direito adquirido. Daí pode-se depreender uma tendência de considerar a perda da chance como um dano específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não chega a fazer uma análise sobre as chances relacionadas à demanda trabalhista. Apenas afasta a indenização por entender que não restou suficientemente demonstrado que os supostos prejuízos experimentados pela autora (sentença desfavorável), pela perda de uma chance, nos autos da reclamação trabalhista, decorreram do atraso na entrega da correspondência (falha na prestação do serviço), uma vez que a autora já havia sido intimada para comparecimento à audiência de instrução quando do seu comparecimento à audiência inaugural. Ou seja, entende haver excludente de responsabilidade consubstanciada na culpa exclusiva da vítima, que tinha conhecimento da data da audiência de instrução.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de conduta ilegítima do ente público, mas a indenização é afastada pela ausência de nexo causal entre os danos alegados e a conduta da ECT.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

88. Número do julgado: 0005845-55.2004.4.03.6110

Data de julgamento: 15/01/2009

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos materiais e morais, no valor de R\$ 180.000,00, em virtude de não ter a autora recebido telegrama de convocação relativo ao Concurso Público para a Prefeitura Municipal de Itapevi/SP, fato que a impediu de assumir a vaga de “enfermeiro PS”. Alega que deveria ter sido convocada para assumir a vaga referente ao cargo através do telegrama postado pela Prefeitura Municipal de Itapevi em 09/01/2004, porém, este telegrama não lhe foi entregue a tempo por negligência do carteiro da ECT. Aduz que solicitou junto à ECT esclarecimentos acerca da ausência da entrega da correspondência, tendo obtido como resposta a informação de abertura de processo administrativo para averiguação e eventual punição dos responsáveis pela irregularidade ocorrida. No caso, após três tentativas frustradas de entrega do telegrama, o agente responsável não teria observado a regra pela qual há de se deixar aviso para que o mesmo seja retirado no Centro de Distribuição Domiciliar. A sentença julgou a ação improcedente sob o fundamento de que não haveria nos autos comprovação da conduta negligente por parte do agente da ECT, bem como ante o caráter meramente informativo da comunicação postal, não estando o candidato desobrigado de acompanhar a publicação no Diário Oficial do Estado.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão reformou a sentença, entendendo que a situação descrita nos autos ensejaria incidência da responsabilidade objetiva, estando configurada hipótese de omissão específica, uma vez que o ato omissivo da ECT, materializado na conduta do agente responsável pela entrega postal, qual seja, a falta de aviso para que o telegrama fosse retirado no Centro de Distribuição Domiciliar, foi a causa geradora, por si só, do dano. Ademais, ponderou que a situação tratada estaria consubstanciada na responsabilidade civil pela perda de uma chance. No caso, não haveria falar que a autora teria direito adquirido à vaga a que se refere; tal direito ainda não havia se integrado ao seu patrimônio jurídico, não se podendo falar em direito adquirido. Havia uma expectativa e foi a oportunidade de transformar essa expectativa em realidade que restou frustrada pela falha da prestação do serviço, gerando dano moral.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não são apresentadas considerações específicas a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance. No entanto, fala-se que não se indeniza a perda de um direito adquirido, mas sim a perda da chance de transformar uma expectativa de direito em direito adquirido. No caso, a indenização foi atribuída a título de danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão reforça a necessidade de que a chance seja séria e real. Em relação ao caso concreto, aduz que havia chance real e séria de vir a autora a assumir o cargo de “enfermeiro OS”, demonstrada pela aprovação no concurso público e convocação para preenchimento da vaga.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço. Cumpre notar que o acórdão aborda a incidência da responsabilidade subjetiva em casos de omissão genérica e responsabilidade objetiva em casos de omissão específica. No caso, houve entendimento quanto à configuração de omissão específica, mas também se afirmou que o deslinde não seria outro ainda que se entendesse ser hipótese de omissão genérica, a exigir a prova de culpa ou dolo.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão traz considerações sobre a necessidade de redução da indenização em caso de perda de uma chance, na proporção da chance de êxito da vítima, em atenção ao disposto no art. 944 do CC e a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Ademais, em se tratando de indenização por dano moral, pondera os critérios que deveriam ser observados (condição social do ofensor; viabilidade econômica do ofensor e do ofendido; grau de culpa; gravidade do dano; reincidência). Em face desses parâmetros, entendeu-se por fixar indenização de R\$ 5.000,00, atendendo aos cinco aspectos que deveriam ser levados em consideração, mais o fato de se tratar de perda de uma chance, bem como considerando que, no caso, o dano moral seria presumido da demonstração do ato ilícito, inexistindo, porém, nos autos, elementos probatórios que reforçassem a presunção e demonstrem ter ocorrido em intensidade que justifique uma indenização em valor maior. Em relação às chances de nomeação, aduziu que, havendo duas possibilidades (o preenchimento ou não dos requisitos para a nomeação ao cargo), a reparação a que faria jus a autora deveria ser reduzida a 50% do valor da chance perdida por conta da falha na prestação do serviço público.

89. Número do julgado: 0001387-11.1993.4.03.6100

Data de julgamento: 10/07/2008

Órgão julgador: TRF3 - Sexta Turma

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal e a Fazenda do Estado de São Paulo objetivando indenização pelo prejuízo sofrido pelos autores em decorrência do extravio de autos processuais, quando do encaminhamento destes da Vara do Trabalho de Rio Claro/SP para a 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP. Alegam os autores que propuseram reclamação trabalhista postulando o pagamento de determinado adicional. Os autos desse processo foram apensados a outros autos, relativos a uma demanda conexa. Posteriormente, ambos os autos foram remetidos à Justiça Estadual de São Paulo, haja vista a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho, sendo que, contudo, enquanto o processo apensado teve regular processamento e julgamento favorável, o processo dos autores se extraviou. Em sentença, o pedido foi julgado procedente, condenando-se as rés a indenizarem os autores, pagando a cada um deles o valor equivalente a 120 vezes cinco por cento (120 x 5%) da remuneração dos mesmos, na data da aposentadoria. As rés interpuseram recurso de apelação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF3 entendeu que a conduta da Administração Pública provocou o desaparecimento dos autos do processo em que figuravam como autores e tal extravio acarretou prejuízo aos mesmos, impedindo-os de ver sua pretensão julgada pelo órgão tido como competente. Fala-se de hipótese de falta do serviço público. Contudo, o acórdão alterou a forma de arbitramento do valor da indenização e, nesse tocante, um dos principais argumentos foi a aplicação da teoria da perda de uma chance. Um dos parâmetros de indenização usados pela sentença estaria baseado na presunção de que o pedido de restabelecimento do adicional por tempo de serviço, objeto da ação originária (cujos autos desapareceram), seria julgado procedente, representando um acréscimo de aproximadamente 5% sobre o valor que os autores recebiam quando da aposentadoria. No entanto, o fato de que, no processo apensado ao extraviado, colegas dos autores obtiveram êxito em sua pretensão, não seria causa suficiente para se inferir, com absoluta certeza, que estes últimos também lograriam o acolhimento de seu pedido. Por isso, entendeu-se por aplicar a teoria da perda de uma chance. Afirmou-se que, no caso dos autos, não seria correto falar que os autores teriam direito adquirido ao adicional discutido no processo cujos autos se extraviaram. Havia a expectativa de que a decisão judicial fosse

favorável aos interesses dos autores e foi exatamente a oportunidade de transformar essa expectativa em realidade que restou frustrada pelo desaparecimento dos autos, merecendo, portanto, indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não são apresentadas considerações específicas a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance. No entanto, fala-se que não se indeniza a perda de um direito adquirido, mas sim a perda da chance de transformar uma expectativa de direito em direito adquirido. Ademais, fala-se que o dano causado pelo Estado, na hipótese, seria representado pela perda da expectativa de obtenção de uma sentença judicial favorável, e não pela perda do adicional pleiteado, eis que não havia, objetivamente, certeza da vitória quanto a esse pedido. Assim, pode-se depreender uma tendência em considerar como um dano específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão ressalta a necessidade de que a chance seja séria e real. Em relação ao caso, afirma que havia chance real e séria de vitória dos autores, demonstrada pela vitória dos seus colegas em caso semelhante. Havia uma probabilidade, consubstanciada na própria vitória na causa, e uma certeza, relacionada ao prejuízo decorrente da perda da chance de obter a vantagem consistente no adicional reclamado.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falta na prestação do serviço. Vale notar que foi também invocada a culpa concorrente, pois não houve correto manejo do procedimento de restauração de autos. Em virtude disso, talvez o dano não tivesse se consumado, ou, ao menos, poderia ter sido minimizado.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença havia pautado o arbitramento do valor da indenização nos seguintes parâmetros: (a) a expectativa de vida dos autores, a partir da aposentadoria, de aproximadamente 240 meses (20 anos); (b) a hipótese de que o pedido de restabelecimento do adicional por tempo de serviço fosse julgado procedente, o que representaria um valor em torno de 5% da remuneração percebida pelos autores na data de sua aposentadoria e (c) a culpa concorrente dos autores, que não manejaram adequadamente o procedimento de restauração de autos, contribuindo para o evento danoso. O acórdão entendeu que o parâmetro "a" estaria em princípio adequado. Quanto ao parâmetro "b", considerando a aplicação da teoria da perda de uma chance, consignou que haveria duas possibilidades (o acolhimento ou a rejeição do pedido de concessão do adicional por tempo de serviço), devendo ser aplicado um coeficiente redutor de 50%. Se a juíza de primeiro grau considerou que a procedência do pedido representaria 5% da remuneração dos autores na data da aposentadoria, a aplicação do redutor de 50% importa que se aplique o percentual de 2,5% sobre a mesma remuneração. Ademais, considerando a culpa concorrente, entendeu que a sentença foi correta no sentido de reduzir o valor da indenização pela metade, isto é, reduzindo-se de 240 para 120 vezes o valor do adicional.

90. Número do julgado: 5003316-02.2015.4.04.7100

Data de julgamento: 29/01/2019

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da ECT ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em virtude do atraso na entrega de correspondência que continha os documentos necessários à comprovação da habilitação da parte autora em Pregão Eletrônico promovido pelo Batalhão de Polícia do Exército, na cidade do Rio de Janeiro/RJ. A sentença de primeiro grau afastou a indenização por danos materiais e concedeu indenização por danos morais. Em recurso adesivo, a parte autora

solicitou indenização por danos materiais, com base na teoria da perda de uma chance, sob a alegação de que, em decorrência do erro cometido pela ECT, teve prejuízo de R\$ 402.043,00, correspondente aos itens ganhos no pregão eletrônico.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Entendeu o TRF4 que restou demonstrada a privação real e séria da chance de obtenção do resultado desejado, qual seja, a celebração de contrato administrativo com o Batalhão de Polícia do Exército. Documentos indicariam que, quanto a determinados itens do pregão eletrônico, os valores propostos pela parte autora haviam sido aceitos. No entanto, em decorrência do atraso na entrega da correspondência contendo a documentação original, a licitante foi inabilitada. Para a turma julgadora, o fato da licitante ter tido sua proposta aceita, com a consequente abertura do prazo para envio da documentação, representaria uma chance real e séria de lograr a celebração do contrato administrativo. Não se trataria de mera expectativa sem qualquer sustentação, mas de perda efetiva da provável chance de contratar com a Administração Pública, ceifada pelo ato cometido pela ECT.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que a indenização devida com apoio na teoria da perda de uma chance não se confunde quer com lucros cessantes, quer com dano emergente. Indeniza-se "a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado". Portanto, a argumentação tende à caracterização da perda da chance como dano específico. No caso, ele é associado aos danos materiais, tendo sido concedida outra indenização a título de danos morais. Além disso, consta citação de acórdão do STJ que também aponta que a perda da chance constitui técnica decisória que desloca o objeto de reparação.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão aborda o requisito relacionado à configuração de chance séria e real. Entendeu que o caso constituiria exemplo de aplicação da perda de uma chance, porquanto a parte não apenas participou do pregão, como também teve suas propostas selecionadas. Entendeu que seria irrelevante perquirir se o restante da documentação estava regular ou a situação dos demais licitantes, pois o quadro posto já revelaria uma probabilidade concreta de celebração do contrato. Diferentemente, a sentença reputava necessária a análise de aspectos de habilitação, o que restou prejudicado pela ausência do edital de licitação.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Menciona-se a falha na prestação do serviço pela ECT.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. Embora o acórdão não explore as particularidades da indenização em casos de perda de uma chance, o método de cálculo revela aparente aplicação de coeficiente redutor. O acórdão consigna que não há que se considerar a importância total dos itens quanto aos quais a autora teve a sua proposta selecionada. Entendeu que o percentual de lucro de 20% sobre o valor total da proposta guardaria compatibilidade com o que ordinariamente se observa. Considerando que a parte autora chegou a ter suas propostas aceitas, entendeu adequado fixar a indenização em 80% da expectativa de lucro (80% sobre 20% de R\$ 402.043,00 - valor da proposta).

91. Número do julgado: 5005795-96.2014.4.04.7004

Data de julgamento: 11/12/2018

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação contra a CEF, COHAPAR e INSS por meio da qual pretende a autora, em síntese, a condenação dos requeridos para que seja colocada no primeiro lugar da fila de espera por novas unidades habitacionais similares à que foi contemplada na cidade de Cruzeiro do Oeste/PR, bem como ao depósito do valor mensal da diferença entre o aluguel e a prestação do financiamento recusado pela CEF e ao pagamento de indenizações por danos materiais, morais e perda de uma chance. A perda de uma chance estaria relacionada à frustração da possibilidade de obtenção de financiamento habitacional da CEF em razão do cadastro no CADIN. Pediu, ainda, que o INSS procedesse à exclusão de seu nome do CADIN. A inscrição da autora no CADIN decorreu da não devolução de benefício previdenciário que havia sido concedido em liminar, posteriormente confirmado por sentença, mas revogada por turma recursal.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Em relação à indenização pela perda de uma chance, o acórdão manteve o teor da sentença. Segundo a sentença, a autora comprovou a probabilidade da chance, bem como o dano real, atual e certo, já que possuía considerável probabilidade de ser contemplada com a casa própria. O conjunto probatório teria demonstrado que a autora teve seu cadastro reprovado pela CEF apenas por estar inscrita no CADIN como devedora do INSS. Isso ocorreu devido ao fato de não ter devolvido benefício assistencial concedido em sede de tutela antecipada deferida em sentença do Juizado Especial Federal, posteriormente revogada pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Paraná. As provas demonstrariam: (a) que a autora foi pré-selecionada como candidata a uma habitação do Programa Minha Casa Minha Vida no município de Cruzeiro do Oeste/PR, tendo seu cadastro reprovado por constar uma pendência junto ao CADIN; e (b) a autora estava apta a adquirir imóvel na planta por meio do Programa Minha Casa Minha Vida, tendo sido selecionada pelo setor social do município. Portanto, não fosse o ato ilícito praticado pelo INSS, a autora provavelmente teria sido contemplada com a unidade habitacional. Consta ainda observação de que a constatação do dano decorrente da impossibilidade de se atingir o resultado ou de se evitar uma perda só seria verificável quando a situação se consolida em caráter definitivo. Essa circunstância amoldar-se-ia ao caso, pois não haveria novos projetos habitacionais em Cruzeiro do Oeste/PR para que a autora pudesse lograr aprovação em seu cadastro.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão propriamente dito menciona que, na origem, a perda de uma chance guardava relação com o lucro cessante. A doutrina utilizava-se do instituto do lucro cessante para aferir indenizações quando o ato ilícito tirava da vítima a oportunidade de obter lucro ou evitar uma perda. Não há considerações adicionais específicas sobre a natureza jurídica. Além disso, o acórdão traz citação de Sergio Cavalieri que menciona que "a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético.". Portanto, há uma associação com o elemento dano. Vale notar que a sentença de primeiro grau - transcrita no acórdão - faz diferenciação da perda da chance e lucros cessantes, justamente por não haver certeza de dano e sim probabilidade.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão menciona o requisito consubstanciado na necessidade de que a chance perdida seja séria e real. Em relação à configuração desse requisito no caso concreto, faz referência à sentença. De acordo com a sentença, o conjunto probatório teria demonstrado a probabilidade da chance perdida, especialmente a partir de Relatório Social emitido pela COHAPAR e por declaração anexada aos autos. O primeiro documento daria conta que a autora teria sido pré-selecionada como candidata a uma habitação do Programa Minha Casa Minha Vida no município de Cruzeiro do Oeste/PR, por não possuir nenhuma restrição cadastral. Porém, teve seu cadastro reprovado por constar uma pendência junto ao INSS - CADIN. Já o segundo documento demonstraria que a autora estava apta a adquirir

imóvel na planta por meio do Programa Minha Casa Minha Vida, tendo sido selecionada pelo setor social do município. Portanto, não fosse o ato ilícito praticado pelo INSS, a autora provavelmente teria sido contemplada com a unidade habitacional. O dano então seria real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Discute-se a irregularidade na inscrição da autora no CADIN.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. Há menção específica no acórdão sobre a necessidade da indenização pela perda de uma chance ser inferior àquela pela vantagem perdida, sendo que a análise diante do caso concreto ficou mantida conforme a sentença. A sentença apresenta considerações sobre a necessidade de aplicação de coeficiente redutor. No caso, a autora teria sido pré-selecionada como candidata a um imóvel residencial no município de Cruzeiro do Oeste/PR. Aponta-se que para a construção do empreendimento foram empregados R\$ 817.000,00, de forma que cada uma das 21 unidades habitacionais teve um custo unitário médio de R\$ 38.904,48. Assim, em relação ao *quantum* indenizatório, sopesada a real possibilidade de êxito da autora, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o grau de culpa da autarquia previdenciária, a capacidade econômica das partes, a intensidade e a abrangência do dano, entendeu-se razoável a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor equivalente a R\$ 19.452,24, correspondendo a aproximadamente metade do valor da unidade habitacional a que a autora teria sido provavelmente contemplada. A fixação levaria em consideração não só a probabilidade da parte autora ser contemplada, mas também: (a) de um lado, o fato de que não se tratava de doação, mas de imóvel adquirido por meio de financiamento habitacional, a exigir o pagamento das prestações e (b) de outro lado, o fato do financiamento referir-se a programa habitacional que garante a compra em condições diferenciadas, de modo que a perda da oportunidade de contemplação poderia significar a impossibilidade de aquisição de outro imóvel. Consignou-se que, apesar das tentativas, não foi encontrado outro imóvel com as mesmas condições para a autora, bem como foi informado que não haveria novos empreendimentos planejados para o município de Cruzeiro do Oeste/PR.

92. Número do julgado: 5001778-34.2016.4.04.7105

Data de julgamento: 07/11/2018

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios

Resumo da controvérsia: Ação movida contra o DNIT buscando: (a) declarar a inexistência da penalidade superior ao período de dois meses, no que tange à sanção aplicada nos autos de processo administrativo, com a retificação, em definitivo, no SICAF, do tempo em que vigoraria a penalidade, e exclusão da penalidade de dois anos do referido sistema, bem como (b) condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Em relação aos danos materiais, houve pedido de concessão de lucros cessantes, mas o acórdão abordou a questão sob a ótica da perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão reverteu a sentença em relação à teoria da perda de uma chance. A sentença consignou que, no tocante à indenização por lucros cessantes decorrentes da aplicação da teoria da perda de uma chance, inexistiriam elementos aptos a permitir o seu acolhimento. Entendeu que a parte autora apenas mencionou na petição inicial a existência de processo de licitação do qual não pôde participar em razão da sanção administrativa, sem, contudo, apresentar qualquer tipo de documento apto a demonstrar, com o mínimo de certeza possível, que preenchia os demais requisitos necessários para participar da licitação com possibilidade de êxito, assim

como o detalhamento dos demais licitantes habilitados naquele procedimento. O TRF4, por outro lado, entendeu que restou demonstrada a privação real e séria da chance de obtenção do resultado desejado, qual seja, a celebração de contrato administrativo com o TJRS. Um documento juntado aos autos indicaria que, quanto aos lotes 1 e 2 do pregão eletrônico, os valores propostos pela parte autora haviam sido aceitos; no entanto, em decorrência do registro, no SICAF, de que o impedimento de licitar se estenderia até 22/10/2017, a licitante teria sido inabilitada. Para a turma julgadora, o fato da licitante ter tido sua proposta aceita, com a consequente abertura do prazo para envio da documentação, representaria uma chance real e séria de lograr a celebração do contrato administrativo. Não se trataria de mera expectativa despida de qualquer sustentação, mas de perda efetiva da provável chance de contratar com a Administração Pública, ceifada pelo ato ilícito cometido pelo DNIT.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O TRF4, no acórdão, consignou que a indenização devida com apoio na teoria da perda de uma chance não se confunde quer com lucros cessantes, quer com dano emergente. Indeniza-se "a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado". Assim, conceitua a perda da chance como dano específico. A sentença fez uma certa confusão entre lucros cessantes e perda de uma chance, inclusive em razão do pedido formulado na demanda.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Segundo o acórdão, é necessário que a chance perdida se mostre séria e real e isso estaria configurado no caso. Nesse sentido, foi ressaltado documento que indicava que, quanto aos lotes 1 e 2 do pregão eletrônico, os valores propostos pela parte autora haviam sido aceitos; no entanto, em decorrência do registro, no SICAF, de que o impedimento de licitar se estenderia até 22/10/2017, a licitante foi inabilitada. O fato da licitante ter tido sua proposta aceita, com a consequente abertura do prazo para envio da documentação, representaria uma chance real e séria de lograr a celebração do contrato administrativo. Não houve análise de aspectos adicionais sobre outros licitantes e requisitos de habilitação. Ressalta-se que a sentença apresentou entendimento contrário, pois o juiz de primeiro grau entendeu que inexistiriam documentos aptos a demonstrar que a licitante preenchia os demais requisitos necessários para participar da licitação com possibilidade de êxito, assim como o detalhamento dos demais licitantes habilitados naquele procedimento.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Discute-se a irregularidade na inscrição da autora no CADIN por tempo superior àquele correspondente à sanção imposta.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. Não se aborda especificamente no acórdão, sob o aspecto teórico, a necessidade de aplicação de coeficiente redutor nas indenizações com base na teoria da perda de uma chance. No entanto, o acórdão traz outro precedente do TRF4 e aplica lógica similar em termos de arbitramento de indenização pela perda de uma chance. Em relação ao caso concreto, o TRF4 entendeu que o percentual de lucro indicado pela parte autora - 20% sobre o valor total da proposta - afigurar-se-ia razoável, guardando compatibilidade com o que ordinariamente se observa; além disso, o DNIT limitou-se a impugnar genericamente o percentual. Considerando que a parte autora chegou a ter suas propostas aceitas, entendeu adequado fixar a indenização em 80% da expectativa de lucro (80% sobre 20% de R\$ 110.799,80, correspondente ao valor total da proposta - quanto ao lote 1: 20 itens x R\$ 3.500,00; quanto ao lote 2: 20 itens x R\$ 2.039,99).

93. Número do julgado: 5009097-34.2017.4.04.7100

Data de julgamento: 07/11/2018

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação de indenização (danos estéticos e materiais, estes pela perda da chance) ajuizada contra o HCPA pelos sucessores de paciente que, ao se submeter a tratamento de quimioterapia junto ao hospital, teria sofrido com defeito do serviço/culpa, na medida em que ocorrido extravasamento da medicação, causando-lhe necrose e infecção no braço, obrigando a suspensão do tratamento da neoplasia. Referem os autores que tal fato gerou a necessidade de cirurgia plástica no braço e contribuiu para o aumento do sofrimento e encurtamento da vida do paciente, que faleceu em 20/10/2015, em razão da patologia.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. A sentença foi de improcedência da ação, por entender configurado fato fortuito. O relator do acórdão entendeu que não estaria caracterizada a ocorrência de fato fortuito e, por outro lado, estaria configurada circunstância de abuso de direito (ante a falta de consentimento informado), não se verificando causa excludente da responsabilidade, razão pela qual seria cabível o dever de indenizar. No que se refere à perda da chance, consignou-se que o simples fato do paciente ser impedido de se submeter ao tratamento correto, o qual, ainda que somente em tese, poderia lhe trazer um benefício, representaria um dano indenizável. Outros dois desembargadores divergiram desse entendimento, por entender que não teria sido demonstrado que as chances de cura ou sobrevida eram sérias e reais. Ao final, o julgamento foi estendido para toda a turma e, aparentemente, prevaleceu o posicionamento do relator quanto à perda de uma chance, com valor inferior de indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O relator, em seu voto, discorre sobre a perda da chance e afirma que seria um terceiro gênero de danos materiais. Consigna que esse terceiro gênero de dano material - teoria da perda de uma chance - constitui ato ilícito que resulta a perda de oportunidade/chance real de alcançar situação melhor futura. O dano material por perda da chance clássica não equivale a dano emergente ou a lucro cessante e, da mesma forma, não equivale a dano moral, embora o ato ilícito que o configurou possa figurar como elemento agregador/agravante do dano moral. Além das referências expressas, o acórdão cita diversos precedentes do STJ que abordam a natureza jurídica da perda de uma chance. Os demais votos proferidos não adentraram a questão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente no voto que acabou prevalecendo. O entendimento do relator foi no sentido de que o simples fato do paciente ser impedido de se submeter ao tratamento correto, o qual, ainda que somente em tese, poderia lhe trazer um benefício, representa um dano que deve ser indenizável. Por outro lado, outra desembargadora, em voto-vista, apontou que a responsabilização com base na perda de uma chance não se concretiza com a mera possibilidade de sucesso. Seria necessário demonstrar que a chance perdida era séria e real. Apontou que o acervo probatório não conteria este tipo de dado informativo. Não se ouviu a opinião de oncologistas e não se periciou a documentação médica. Assim, haveria dúvida se a continuidade do tratamento curaria o paciente ou aumentaria sua sobrevida. Ademais, a cronologia dos eventos sugeriria um quadro de extrema gravidade. Outro desembargador votou de modo similar, porém prevaleceu a lógica da concessão da indenização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O voto do relator entende pela desnecessidade de elemento subjetivo e faz análise no plano da causalidade. No entanto, aborda a questão da configuração de abuso de direito ante a falta de consentimento informado. A sentença havia julgado a ação improcedente por entender que não foi demonstrada qualquer falha na prestação de serviço (embora também aventasse fator de interferência nonexo de causalidade) e um dos votos divergentes também foi no mesmo sentido, ressaltando ainda a condição da vítima.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim, pelo que se extrai do voto do relator. No entanto, ao final, a indenização que prevaleceu foi outra em razão de discussões com a turma ampliada e não está claro o racional adotado nesse arbitramento. O relator havia ressaltado que, nos casos de aplicação da teoria, o valor da indenização não equivaleria ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. No caso, entendeu que deveria ser fixado *quantum* correspondente a R\$ 50.000,00, na forma de um precedente do STJ relacionado à teoria da perda de uma chance. Ao final, aparentemente, o valor foi reduzido para R\$ 25.000,00.

94. Número do julgado: 5023759-37.2016.4.04.7100

Data de julgamento: 17/10/2018

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da ECT ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Narrou a parte autora que teria participado de Pregão Eletrônico, realizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido qualificada como vencedora, para fornecimento de itens gráficos no valor total de R\$ 183.999,80. Para fins de habilitação, deveria enviar uma amostra do material selecionado, com prazo final em 04/03/2016. Afirmou que postou a referida documentação por Sedex em 03/04/2016, junto à Agência dos Correios – São Jorge, Porto Alegre/RS, porém a entrega ao destinatário somente ocorreu em 07/03/2016. Asseverou que a ECT demorou mais de 72 horas para o envio da correspondência, o que resultou na desclassificação da autora no certame. Portanto, alegou a ocorrência de danos morais e materiais em razão da falha nos serviços prestados pela ré.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão manteve integralmente a sentença que concedeu a indenização pela perda de uma chance. Vale notar que a petição inicial não fundamentou o pleito indenizatório nessa teoria, mas a sentença entendeu que essa adequação de classificação de danos não implicaria a configuração de sentença *extra petita*. Na sentença, constou que a autora se sagrou vencedora na etapa de lances e na etapa de habilitação, remanescendo tão somente a etapa de envio de amostras para ser declarada vencedora da licitação, com direito à adjudicação do objeto licitado. Ainda, caso verificada eventual irregularidade nas amostras apresentadas, em desconformidade com as exigências do edital, seria concedida oportunidade para que a licitante procedesse às devidas correções, aumentando as chances de aprovação das amostras. Diante das circunstâncias narradas, a entrega dos materiais no prazo adequado representaria chance séria e real de aprovação final no certame licitatório, suficiente à configuração do dever de indenizar pela ECT em razão da falha na prestação do serviço.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença que foi acolhida e transcrita pelo acórdão aborda expressamente a questão. O juiz de primeiro grau mencionou que não desconheceria a discussão acerca da classificação da perda de uma chance, atribuindo-lhe ora caráter de dano emergente, ora de lucros cessantes e havendo os que a classificam como dano moral ou como uma espécie distinta desses danos. Registrou posicionamento no sentido de que a natureza e classificação do dano pode variar conforme as circunstâncias de cada caso concreto. No caso dos autos, como a vantagem almejada era da ordem patrimonial, a chance perdida possuiria essa mesma qualidade, daí a classificá-la como uma espécie de dano material. Outrossim, ressalta que haveria de ser distinguida a perda da chance do pedido de indenização por danos materiais formulado pela autora (valor do lance formulado no pregão), o qual, em uma melhor técnica, deveria ser classificado como lucros cessantes. No caso dos lucros cessantes é possível

quantificar o real prejuízo e a reparação deve ser feita de forma integral, ao passo que, na perda de uma chance, a indenização não é concedida pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de se alcançá-la.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão apenas transcreve a sentença e a ratifica, mas a sentença faz uma análise efetiva do procedimento licitatório para concluir pela caracterização de chance séria e real no caso concreto, ressaltando a necessidade de observância a esse requisito. Constatou-se que a autora se sagrou vencedora na etapa de lances e na etapa de habilitação, remanescendo tão somente a etapa da amostra para ser declarada vencedora da licitação, com direito à adjudicação do objeto licitado. Ainda, caso verificada eventual irregularidade nas amostras apresentadas, em desconformidade com as exigências do edital, seria concedida oportunidade para que a licitante procedesse às devidas correções, aumentando as chances de aprovação das amostras.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença, acolhida pelo acórdão, menciona que a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento de indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção aplicada sobre o dano final. No caso dos autos, pondera que as amostras, caso apresentadas no prazo fixado, poderiam levar a autora tanto à adjudicação como à desclassificação, já que deveriam estar adequadas às exigências de qualidade, representando 50% de chance de contratação. Por outro lado, a previsão de oportunizar à licitante prazo para correção de irregularidades aumentaria a probabilidade de a autora ser consagrada vencedora do certame. Assim, a despeito da inexistência de elementos nos autos que possibilitassem a identificação do percentual de lucro que poderia ter sido auferido, asseverou que seria de bom senso entender que este montante não alcançaria 50% do valor total do lance, considerando todos os custos de produção. Logo, entendeu razoável fixar indenização em 40% sobre o valor ofertado pela autora no pregão ($R\$ 184.000,00 * 0,4 = R\$ 73.600,00$). A bem da verdade, ao final, não houve a aplicação de percentual do lucro e percentual relativo à perda da chance, mas somente a incidência de um coeficiente redutor, dado que $R\$ 184.000,00$ era o valor do lance.

95. Número do julgado: 5003909-65.2015.4.04.7121

Data de julgamento: 04/09/2018

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação postulando a condenação da UFRGS ao pagamento de danos morais, não inferiores a $R\$ 87.000,00$, em razão da exposição da vida do autor e de outros a perigo; e ao pagamento de danos morais e materiais referentes à perda de uma chance, no valor de um curso universitário de no mínimo $R\$ 48.727,68$, equivalente a quatro anos cursando seis disciplinas por semestre, somado ao valor da inscrição no concurso vestibular de $R\$ 100,00$. Narra o autor que, inscrito no concurso vestibular 2013, durante a realização da prova no quarto e último dia, teve um mal súbito. Disse que não foi atendido adequadamente, pois não havia equipe de primeiros socorros, nem ambulância no local. Acionada a Brigada Militar, foi atendido de maneira brusca, vindo a quebrar o ombro em dois pontos, além de sofrer constrangimento frente aos demais colegas de prova. Diz que recobrou sua consciência na ambulância e, tão logo restabelecido, manifestou sua vontade de retornar à sala e finalizar a prova, o que lhe foi negado, sendo contido pela Brigada Militar e, após, levado ao Hospital Cristo Redentor. Sustenta que sua exclusão sumária do certame

resultou em frustração do sonho de obter uma vaga no curso de Letras Bacharelado e em prejuízos, já que frequentou cursinho preparatório e teve que passar por diversas consultas médicas para recuperação do seu ombro e sua saúde mental. Defende que restou comprovada a chance perdida por culpa única e exclusiva da ré.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão consigna que a responsabilidade do Estado por condutas omissivas encontraria fundamento na teoria da falta do serviço (*faute du service*), segundo a qual o ente estatal só deve ser responsabilizado, em casos de omissão, quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Em relação ao caso concreto, o TRF4 adota os fundamentos da sentença como razões de decidir, entendendo que não poderia ser exigida dos fiscais e coordenadores do concurso outra conduta que não a adotada, no sentido de retirar o candidato do recinto de aplicação das provas. Dessa forma, não se constataria qualquer ilegalidade na conduta dos agentes da autarquia, que procederam de forma a resguardar a saúde do autor e a preservar, na maior medida possível, a regularidade do certame. No tocante à alegada perda de uma chance, não poderia a Universidade ser responsabilizada se o fato não é a ela atribuível de qualquer forma. E, na espécie dos autos, teve-se um fortuito do próprio candidato que teve a infelicidade de ter um mal súbito em meio à realização da prova. Não haveria como se sustentar, nos autos, que a Universidade retirou do autor chance concreta de aprovação no concurso vestibular 2013. A ré não possuiria culpa quanto ao mal súbito com perda de consciência que o autor veio a sofrer naquele instante.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença e o acórdão não adentram propriamente a análise a respeito da aplicação da teoria da perda de uma chance, pois a conclusão quanto à ausência de ilicitude na conduta dos fiscais e ausência de ato imputável à Universidade (devido ao mal súbito do autor) serviu para afastar qualquer indenização.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Em razão das particularidades do caso, não se adentrou a análise sobre a seriedade da chance perdida. O fator determinante para o afastamento da responsabilidade foi a ausência de ilicitude na conduta dos fiscais e de uma conduta imputável à Universidade, devido ao mal súbito do próprio autor. Cabe registrar a constatação de que o autor não teria mesmo de retornar para prova, pois até mesmo no Hospital Cristo Redentor não teve alta no mesmo dia. Além disso, a não conclusão da prova ou não transcrição da folha de respostas, por si só, já resultaria na eliminação do candidato, conforme dispunha o edital.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão enfatiza a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva em casos de omissão estatal. Ademais, fala-se de inexistência de ilicitude na conduta ou omissão por parte dos agentes da autarquia ré, que procederam de forma a resguardar a saúde do autor e a preservar a regularidade do certame.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

96. Número do julgado: 5006408-51.2016.4.04.7100

Data de julgamento: 14/03/2018

Órgão julgador: TRF4 - Primeira Turma

Matéria de fundo: Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra a União Federal postulando a declaração de que são indevidas as multas por atraso na entrega de Declaração de Imposto de Renda, determinando-se tornar insubsistente o lançamento/anotação no CPF do autor, bem

requerendo a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e com base na perda de uma chance. Afirma o autor ser aposentado do INSS desde 2006 e que, buscando obter outra renda a fim de prover sua manutenção, participou de procedimento de licitação para autorização ou permissão para o Serviço Público de Transporte Individual por Táxi do Município de Porto Alegre/RS. Disse não ter apresentado certidão negativa de débitos da Receita Federal, pois o sistema informatizado automático retornava com mensagem de insuficiência das informações para a expedição do documento. Atendido pessoalmente pela Receita Federal, soube da existência de duas multas pendentes em seu nome por atraso na entrega da declaração de ajuste anual de rendimentos, referentes ao exercício de 2007 e 2008. A sentença julgou a ação improcedente e o autor recorreu afirmando estarem prescritas as multas por atraso de entrega das Declarações de Ajuste Anual dos anos de 2007 e 2008, aduzindo ser indevida a cobrança referente ao exercício de 2007, pois a regulamentação não contemplaria a apresentação de declaração de imposto de renda para empresário individual. Sustentou serem devidos danos materiais e morais pois a cobrança indevida inviabilizou a participação do autor em licitação para operar táxi em Porto Alegre/RS, sendo manifesta a perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4 manteve a sentença de primeiro grau, concluindo que a cobrança era legítima e que não extrapolaria a esfera patrimonial do demandante. As multas não estariam prescritas e eram devidas. Dentro desse contexto, foi afastada a indenização por danos morais e pela perda de uma chance. Quanto à indenização pela perda de uma chance, a sentença ainda consignou que não se poderia imputar à ré a ocorrência de qualquer evento danoso. Em outras palavras: não houve privação injusta da possibilidade de o demandante vir a participar da licitação para autorização/permissão para o Serviço Público de Transporte Individual por Táxi do Município de Porto Alegre/RS que pudesse ser imputada à União. O acórdão especificamente afirma que, não tendo o autor adimplido com suas obrigações perante o Fisco, correta a não certificação de regularidade tributária. Por consequência, descabida a indenização por danos morais ou materiais, uma vez que regular a atitude do Fisco. Finalmente, registra que, mesmo com a apresentação da certidão negativa, não haveria a segurança de que o autor seria vencedor da licitação, não se configurando a alegação de perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Pode-se depreender uma associação com danos materiais no caso concreto, porém não constam considerações específicas a respeito da natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão não aborda especificamente o requisito consubstanciado na existência de chance séria e real, até porque reputa inexistente qualquer ato irregular pelo Fisco. Contudo, traz um registro que denota alguma consideração quanto à falta de seriedade da chance perdida ao afirmar que "mesmo com a apresentação da certidão negativa não haveria a segurança de que o autor seria vencedor da licitação, não se configurando a alegação de perda de uma chance."

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A regularidade da atitude do Fisco foi determinante para o afastamento dos pedidos indenizatórios.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

97. Número do julgado: 5074852-73.2015.4.04.7100

Data de julgamento: 13/03/2018

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação de indenização em face da União Federal na qual a autora alega, em síntese, que é funcionária da Prefeitura Municipal de Sarandi/RS e esteve cedida ao Cartório Regional Eleitoral local. Narra que, em fevereiro de 2014, durante o expediente de trabalho, verificou a existência de uma microcâmera junto ao vaso sanitário. Posteriormente, uma colega encontrou a mesma filmadora no pedestal da pia do banheiro. Descobriu-se então que o superior hierárquico da autora promoveu a instalação de câmeras na repartição, logrando captar imagens das servidoras durante momentos de intimidade, para, após, assistir às cenas através do computador e monitor de que fazia uso no local. A questão foi objeto de apuração pelo Tribunal Regional Eleitoral, tendo o responsável sido demitido. Alega a autora que, em virtude dos fatos, teria sofrido violação à sua privacidade, humilhação e constrangimentos, com afastamento do trabalho, em razão dos transtornos psicológicos. Além dos danos extrapatrimoniais, alega que sofreu prejuízos pela perda de uma chance, uma vez que seria aluna de Direito e, em virtude do ocorrido, não conseguiria obter vaga de estágio profissional para adquirir experiência e seria vista com desdém na cidade.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF4 manteve a sentença de primeiro grau e, bem assim, validou a indenização por danos morais em razão dos fatos narrados, mas manteve o indeferimento da indenização pela perda de uma chance. Nesse ponto, foi externado entendimento de que a autora não comprovou o alegado dano por perda da chance. Na forma dos fundamentos da sentença, registrou-se que não haveria indício de que a carreira jurídica da autora foi comprometida, até porque ela não se iniciou, já que a autora se encontraria ainda na condição de formanda. Ademais, inexistiria evidência de ser tratada na cidade com "desdém". Ademais, a alegação de perda de oportunidades de estágio careceria por completo de prova.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão classifica a perda de uma chance como terceiro gênero de dano material. Consigna que o dano material por perda da chance não equivale a dano emergente ou a lucro cessante e, da mesma forma, não equivale a dano moral, embora o ato ilícito que o configurou possa figurar como elemento agregador/agravante do dano moral

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão traz excerto de doutrina que destaca a necessidade de que a chance seja séria e real para dar azo à indenização. No caso concreto, vale-se de transcrição da sentença para concluir que não haveria indício de que a carreira jurídica da autora foi comprometida pela repercussão do fato. Na verdade, a carreira da autora no campo jurídico sequer teria se iniciado, pois ela se encontraria ainda na condição de formanda. Ademais, inexistiria evidência de ser tratada na cidade com desdém. Para além disso, a alegação de perda de oportunidades de estágio careceria por completo de prova. Ou seja, ela não teria demonstrado chances sérias e reais perdidas. Embora o acórdão aborde o requisito e o ônus da autora nesse tocante, não indica quais eventuais elementos poderiam ter sido apresentados para comprovação do caráter sério e real das chances tidas como perdidas.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A partir da transcrição da sentença, denota-se o reconhecimento da ilegalidade e imoralidade na conduta do agente público. Ao tratar da incidência da responsabilidade civil estatal, a sentença - acolhida pelo acórdão - consigna que, no caso, os requisitos para a responsabilização estatal estariam presentes, eis que o fato foi causado por servidor federal, superior hierárquico em relação à autora, durante o expediente laboral e no exercício de suas funções. O dano seria indubitável, reconhecido pela União Federal; haveria nexo de causalidade entre a conduta do servidor público, que corporifica a União Federal, e o dano; a ilegalidade e imoralidade na conduta do agente seriam incontroversas.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

98. Número do julgado: 5005185-33.2016.4.04.7110

Data de julgamento: 06/03/2018

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação movida em face da ECT objetivando sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em razão de falha no serviço. Narra o autor, em síntese, que contratou o serviço de Sedex 10 para interposição de agravo regimental para o STJ, contra decisão em ação executiva de cobrança de honorários que movia contra antigo cliente. O termo final do prazo era o dia 24/06/2013, tendo postado o recurso em 22/06/2013. Contudo, o recurso interposto foi entregue após o escoamento do prazo recursal, razão pela qual não foi conhecido pelo STJ. O autor afirma que interpôs diversos outros recursos, buscando a análise do seu pleito, mas não logrou êxito. Assim, deveria ser ressarcido pelo valor de cada incidente processual interposto na tentativa de reverter a decisão que não conheceu o recurso originário e, também, indenizado pelo dano moral experimentado. O juiz de primeiro grau julgou a ação parcialmente procedente e as duas partes apelaram. Alegou o autor que seria manifesta e incontroversa a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexos de causalidade, relacionados à perda do prazo por falha do serviço. Ademais, sustentou que seria irrelevante para a hipótese se tinha ou não chances de se sagrar vitorioso na ação, embora a probabilidade fosse grande. Pediu a elevação da indenização por danos morais e fixação de indenização por danos materiais. A ECT, por sua vez, solicitou fosse integralmente reformada a sentença, absolvendo-se a ré ou, ao menos com a redução do *quantum* indenizatório por danos extrapatrimoniais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A teoria da perda de uma chance foi invocada pelo próprio relator do caso ao tratar da indenização por danos materiais abordada em recurso de apelação, contudo a indenização a esse título foi afastada. No caso, entendeu que, conforme os fundamentos da sentença, não se verificaria a real possibilidade de êxito do recurso especial. A sentença menciona que, embora não disponham os autos de maiores detalhes do processo em que foi julgado intempestivo o recurso apresentado pelo autor, o que se depreenderia é que a pretensão veiculada no agravo regimental entregue fora do prazo encerrava simples expectativa subjetiva. Vale mencionar que a indenização por danos morais foi concedida em sentença e mantida no acórdão.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão classifica a perda de uma chance como terceiro gênero de dano material. Consigna que o dano material por perda da chance não equivale a dano emergente ou a lucro cessante e, da mesma forma, não equivale a dano moral, embora o ato ilícito que o configurou possa figurar como elemento agregador/agravante do dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Essa foi justamente a razão de afastamento da indenização por danos materiais pela perda de uma chance. No caso, entendeu-se que, conforme os fundamentos da sentença, não se verificaria a real possibilidade de êxito do recurso especial. A sentença menciona que, embora não disponham os autos de maiores detalhes do processo em que foi julgado intempestivo o recurso apresentado pelo autor, o que se depreenderia é que a pretensão veiculada no agravo regimental entregue fora do prazo encerrava simples expectativa subjetiva. Com efeito, o recurso especial, interposto contra o acórdão proferido pelo TJRS, foi inadmitido pela ausência de impugnação consistente com a decisão de não recebimento, tendo o STJ mantido a decisão de não cabimento do recurso especial. Assim, considerando as decisões anteriores proferidas no feito, por duas instâncias com competência

para exame da admissibilidade do recurso especial, seria possível ponderar que a possibilidade de êxito do autor era pequena. Ademais, ressaltou que o reconhecimento da prescrição em sede de embargos à execução pelo acórdão proferido pelo TJRS teria se dado através de votação unânime. Não se verifica aprofundamento maior sobre a tese deduzida no recurso que acabou não sendo conhecido, mas isso pode se justificar pela afirmação de que os autos não teriam maiores detalhes daquele processo.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Reconhece-se a falha na prestação do serviço público.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável. Menciona-se no acórdão que, na hipótese de se admitir a indenização, o teto teria como parâmetro a tabela de honorários aplicável, uma vez que o autor tivera de produzir - em causa própria - recursos e impugnações chegando ao valor de R\$ 73.506,40. Fala-se também que, caso concedida a indenização, seria impróprio que o *quantum* fosse fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado final com o conhecimento e provimento do recurso interposto ao STJ. Deveria ser considerado um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de reconhecimento favorável - ainda que em tese -, a partir do resultado final daquela ação. No entanto, a indenização pela perda de uma chance não foi ao cabo concedida.

99. Número do julgado: 5028837-55.2015.4.04.7000

Data de julgamento: 28/11/2017

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação indenizatória contra a ECT buscando o pagamento de uma indenização por danos materiais e morais em decorrência do extravio de correspondência contendo lote de pranchas para avaliação em curso a distância, notadamente na Sociedade Limitada de Artistas Botânicos (The Society of Botanical Artists Limited - SBA). A autora declarou ter enviado, através da ECT, 13 lotes de avaliação, cada um deles contendo de uma a três pranchas, em prazo muito antecipado à data limite da entrega do trabalho na SBA. Relatou que o último lote, o qual continha três pranchas, deveria ter sido entregue até 20/03/2015, mas foi extraviado pela ECT, o que gerou o ajuizamento da ação. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ECT ao pagamento de uma indenização por danos materiais, correspondente ao valor da postagem extraviada, dos honorários contratuais e das despesas com a tradução juramentada, e indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 15.000,00. A autora interpôs recurso de apelação solicitando a inclusão de indenização complementar por outros aspectos não contemplados na sentença e majoração da indenização por danos morais, pela perda da chance de formação no curso. A ECT também recorreu da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida em parte. Há menções sobre a perda da chance em contextos diferentes no acórdão, sendo que em uma situação a indenização foi concedida e na outra não. O acórdão menciona, em determinado trecho do voto e, também, na ementa, que a perda de uma oportunidade consubstanciada na obtenção de diploma da SBA seria evidente. Nesse ponto, parece que a indenização teria viés extrapatrimonial, embora o acórdão não seja claro a respeito. Por outro lado, foi indeferido o pedido de indenização baseado na impossibilidade de venda das ilustrações extraviadas por ocasião da formatura, sendo que nesse particular foi apresentada citação sobre a teoria da perda de uma chance. Consignou-se que, caso tivessem sido ofertadas ao público presente à solenidade, ainda assim a venda tratar-se-ia de mera probabilidade, de algo incerto. Não haveria como dimensionar a real chance da autora tê-las vendido. Inexistindo nos autos

elementos de convicção que apontem com mais segurança que a probabilidade de venda das ilustrações era considerável, não seria possível acolher o pedido.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão inclusive utiliza os termos "perda de uma chance" e "perda de uma oportunidade" em situações diferentes, sendo que em uma menção parece estar associada a danos patrimoniais e na outra a danos extrapatrimoniais. Contudo, o acórdão não apresenta uma análise específica a respeito da natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. No caso da menção à perda da chance pela não obtenção do diploma, embora não se fale expressamente sobre o requisito relacionado à caracterização de chance séria e real, o acórdão aborda elementos que demonstram a probabilidade da autora ter se formado no curso, caso não houvesse ocorrido o extravio. Menciona que a autora vinha sendo constantemente avaliada e aprovada nas diversas etapas do programa. O curso normal dos fatos indicaria, portanto, que ela seria aprovada também na última avaliação, e lograria, assim, obter o tão desejado diploma. Já ao abordar a indenização pela perda da chance de tentar vender as suas ilustrações, o acórdão traz citação de precedente que fala sobre a necessidade da chance ser séria e real e, no caso, consigna que inexistiriam nos autos elementos de convicção que apontassem com mais segurança que a probabilidade de venda das ilustrações era considerável.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Reconhece-se a falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A indenização associada à perda da chance que foi concedida aparentemente tinha um viés extrapatrimonial. A outra situação não deu azo à concessão de indenização. No caso da indenização por dano extrapatrimonial, foi mantido o valor de indenização por danos morais fixado em sentença (R\$ 15.000,00). Entendeu-se que tal valor seria razoável e o juiz de primeiro grau teria sopesado com ponderação as circunstâncias e peculiaridades do caso, a repercussão do fato, o caráter pedagógico da indenização e, ainda, sua proporcionalidade com o conteúdo econômico da ação.

100.Número do julgado: 5005630-49.2014.4.04.7101

Data de julgamento: 08/11/2017

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra a União Federal objetivando provimento judicial de retificação da reforma para grau superior ao ocupado na ativa, indenização decorrente da perda da chance de progressão profissional, considerando-se as progressões e melhoras de rendimento que efetivamente seriam oferecidas ao autor pela Marinha do Brasil se seus serviços tivessem continuidade, desde sua reforma até o final da carreira militar, bem como indenização a título de danos morais decorrente de invalidez permanente. Asseverou o autor que era fuzileiro naval e que sofreu acidente durante exercício militar, lesionando o joelho. Informou que, no ano de 2004, não mais suportando as dores no joelho, procurou assistência médica tendo sido diagnosticado uma grave lesão no joelho esquerdo, sendo indicado procedimento cirúrgico para a correção do problema. Disse que, no total, foi submetido a cinco cirurgias no joelho esquerdo, sendo que na data da propositura da ação apresentaria desgaste ósseo de uma pessoa de 95 anos de idade, não mais conseguindo retornar às suas atividades laborais. Narrou que, em 29/11/2012, o autor foi reformado, em virtude do problema articular sofrido, que teve origem no ano de 2003, durante o seu curso de formação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão ratificou a sentença de improcedência da demanda, acatando seus fundamentos como razões de decidir, e foram tecidas algumas considerações complementares. A sentença consignou, em relação à indenização pela perda de uma chance, que a mera possibilidade de futura ascensão na carreira militar não seria suficiente para caracterizar o dano decorrente da perda de uma chance. No caso, teria ficado evidenciado que o postulante dependeria da aprovação em avaliações realizadas com base em diversos aspectos de sua vida funcional, bem como, em período posterior, da aprovação em provas objetivas e testes físicos. A progressão do autor na carreira militar não dependia do mero transcurso do tempo, envolvendo diversos fatores que escapavam ao controle do requerente. Não haveria que se falar, portanto, em indenização. De qualquer sorte, a perda de uma chance, para gerar direito à indenização, deveria decorrer de um ato ilícito praticado pela Administração, o que não teria ficado comprovado nos autos. O relator complementa também ressaltando que as promoções observam o Decreto nº 4.034/2001 e o Plano de Carreira de Praças da Marinha - PCPM, havendo sucessivas e constantes avaliações, testes físicos, teste de tiro, análise de comportamento e prova escrita, sendo absolutamente impossível saber se o demandante estaria entre os soldados que progrediriam na organização militar. Ademais, consigna que a teoria da perda de uma chance somente contempla o direito à indenização quando há perda de oportunidade séria e real.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém há uma diferenciação em relação ao dano moral no caso concreto, inclusive em virtude dos pleitos formulados pelo autor.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão menciona que a chance perdida deve ser séria e real para dar azo à indenização. No entanto, no caso, registra que as promoções observam o Decreto nº 4.034/2001 e o Plano de Carreira de Praças da Marinha - PCPM, havendo sucessivas e constantes avaliações, testes físicos, teste de tiro, análise de comportamento e prova escrita, sendo absolutamente impossível saber se o demandante estaria entre os soldados que progrediriam na organização militar. Ou seja, em função dessas variáveis, não se poderia afirmar que foi fulminada chance séria e real de promoção. A sentença se valeu da mesma lógica ao afirmar que a mera possibilidade de futura ascensão na carreira militar não seria suficiente para caracterizar o dano decorrente da perda de uma chance. A progressão do autor na carreira militar não dependia do mero transcurso do tempo, envolvendo diversos fatores que escapavam ao controle do requerente, já que este competiria com diversos outros candidatos por um número limitado de vagas, sendo impossível prever qual seria o resultado dessas avaliações. Vale notar que a sentença traz citação que fala sobre a caracterização de chance com probabilidade maior de 50%. A sentença e acórdão não abordam, contudo, aspectos pessoais do autor ou elementos que poderiam eventualmente ser apresentados para demonstrar a caracterização de chances sérias e reais.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A sentença, que foi acolhida pelo acórdão, aborda a ausência de ato ilícito pela Administração Pública.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

101.Número do julgado: 5001255-94.2013.4.04.7212

Data de julgamento: 06/03/2018

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra a União Federal em que o autor pretende o pagamento de indenização por danos morais e materiais sofridos durante o regime militar causados por privações a que esteve sujeito, prisão arbitrária por perseguição política, além de prejuízos de ordem pessoal e profissional. A sentença julgou a demanda parcialmente procedente e ambas as partes apelaram. O autor apresentou recurso de apelação pleiteando a majoração da indenização por dano moral para R\$ 500.000,00 e a fixação de indenização por dano material, pela perda de uma chance relacionada à carreira política que teria sido ceifada em decorrência da prisão ilegal sofrida.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença de primeiro grau em relação à indenização pela perda de uma chance, entendendo que não estaria caracterizada no caso. Ponderou que o autor pugna pela indenização em razão de ter sido impedido de prosseguir em sua carreira política. Nesse caso, a questão gravitaria em torno da teoria da perda de uma chance, porquanto o fundamento da pretensão estaria centrado na perda da possibilidade que teria o autor de ser eleito deputado estadual/federal. A respeito, consignou que, da análise do arcabouço probatório dos autos, não se vislumbraria comprovação suficiente a ensejar a condenação da União Federal a título de danos materiais. Não houve comprovação da ocorrência de danos emergentes ou lucros cessantes, tampouco restou evidenciada a existência de vigorosa probabilidade de que o autor obtivesse êxito na eleição ao legislativo estadual. A eleição do autor ao cargo do legislativo estadual ou federal seria, em verdade, mera possibilidade que não alcançaria o status de certeza e realidade, motivo por que não haveria o dever de indenizar nesse particular.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença – acatada pelo acórdão no tocante à indenização pela perda de uma chance - traz citação do STJ em que consta que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro (a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado). Essa citação é replicada na ementa do acórdão. Ademais, no caso concreto, a indenização pela perda de uma chance parece associada aos danos materiais. Assim, a tendência é pelo acolhimento da noção da perda de chance como dano material específico. No entanto, não constam considerações expressas a respeito da natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. A sentença, transcrita e acatada pelo TRF4, traz citações sobre a necessidade de que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade. O afastamento da indenização se deu justamente pela ausência de elementos de prova que demonstrassem a vigorosa probabilidade de que o autor obtivesse êxito na eleição ao legislativo estadual. A eleição do autor ao cargo do legislativo estadual ou federal seria, em verdade, mera possibilidade que não alcançaria o status de certeza e realidade, motivo pelo qual não estaria configurado o dever de indenizar. Não são apresentadas considerações sobre quais elementos poderiam ser eventualmente apresentados para comprovar a existência de chances sérias e reais, tampouco sobre eventuais aspectos pessoais do autor que poderiam ser relevantes em vista do pleito de indenização pela perda de uma chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de prisão arbitrária e perseguição política, o que implica análise sobre ilicitude. Há menção também ao fato da Comissão de Anistia ter reconhecido a condição de anistiado político do demandante.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

Data de julgamento: 25/10/2017

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra o Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE, Adilson Moraes Seixas Junior – ME e COFFITO pretendendo indenização por danos materiais e morais em vista do atraso para certificação de curso de pós-graduação, assim como o reconhecimento do referido curso perante o órgão de fiscalização federal. A autora pretende ver registrado, perante seu Conselho de Classe, seu título de especialista em acupuntura. Este registro foi indeferido sob o argumento de que a instituição de ensino superior - IES, que realizou o curso, o ministrou e certificou, não possuía projeto pedagógico registrado/aprovado perante o COFFITO e que, por isso, para ver obter o registro da especialidade, deveria submeter-se à prova de titularidade, segundo as normas regulamentares pertinentes. A autora pede indenização por danos materiais, relacionados à perda da chance de exercício da atividade de acupuntura, e indenização por morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Aparentemente a teoria da perda de uma chance foi invocada em relação ao pedido de indenização por danos materiais, sob a alegação de que a autora cursou a especialização para que pudesse ter uma renda melhor, uma qualidade de vida melhor e dar esta oportunidade à sua família. Seu direito de ter uma renda melhor teria sido tolhido, quando seu pedido de reconhecimento de especialista em acupuntura não foi aceito. No entanto, a sentença - acatada pelo acórdão - consignou que a técnica de acupuntura independe de diploma e de registro para o seu exercício, de forma que qualquer profissional, dentre eles os fisioterapeutas, podem atuar como acupunturistas, quando capacitados. Portanto, a autora poderia exercer a especialidade, apenas não poderia se intitular fisioterapeuta especialista em acupuntura, uma vez que tal especialidade não consta em seu registro profissional perante o COFFITO. As provas demonstrariam que ela continuou prestando atendimento na especialidade de acupuntura, portanto não haveria dano pela perda de uma chance. A sentença também aborda a ausência de ato ilícito. Já o acórdão, além de ratificar a sentença, consigna que, a partir de normativa, os fisioterapeutas passaram a ter a oportunidade de registrar os seus títulos de especialização mediante a realização de provas. Considerando que a autora concluiu a especialização quando já vigente as novas determinações de avaliação, seria o caso de manter a sentença, inexistindo ato ilícito. Ressalta também que a autora continuou atendendo em sua clínica particular com o oferecimento da modalidade de acupuntura e, portanto, em nenhum momento houve a suspensão ou privação do exercício profissional, não cabendo a alegação de perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Parece associada com danos materiais no caso concreto, porém não há abordagem expressa a respeito.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão a sentença nem chegaram a abordar o caráter sério e real da chance perdida tendo em vista a constatação de que a autora continuou atendendo em sua clínica particular com o oferecimento da modalidade de acupuntura, ou seja, em nenhum momento houve a suspensão ou privação do exercício profissional.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se da inexistência de ilícito. A sentença transcrita e ratificada pelo acórdão consigna que não houve ato ilícito dos dois primeiros réus, pois eles, na medida de suas atribuições, emitiram o certificado de especialização, de acordo com as normas do Ministério da Educação, e suficiente a embasar o pedido de registro da especialidade da autora, na prova de títulos prevista na Resolução nº 377/2010. Também não teria havido ato ilícito no indeferimento do registro, diante das normas aplicáveis à época.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

103.Número do julgado: 5002328-64.2014.4.04.7213

Data de julgamento: 18/10/2017

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação ordinária ajuizada contra a ECT objetivando o pagamento de indenização pela perda de uma chance, sob a alegação de que o atraso na entrega de correspondência, por Sedex, ocasionou a perda da chance de participação no processo licitatório junto ao Município de Machadinho/RS.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão adotou os fundamentos da sentença como razões de decidir e apresentou considerações complementares. A sentença consignou que, de acordo com o próprio prazo dado para a postagem com Sedex, os Correios tinham até o dia 25/02/2014 para efetuar a entrega, sendo que, para poder participar do certame, era necessário que os envelopes tivessem sido entregues até as 9h do dia 24/02/2014. Assim, apesar de ter havido demora na prestação do serviço, que foi efetuado um dia depois do prazo final (26/02/2014), ainda que o serviço houvesse sido prestado dentro do prazo poderia não ter atingido o fim que esperava a parte autora, pois esta assumiu o risco da postagem não chegar a tempo. Portanto, a falta de diligência por parte da autora excluiria a responsabilidade da ECT pela não participação no certame, pois a falha do serviço não foi a sua verdadeira causa. Quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, mesmo que a autora houvesse participado do processo licitatório, não haveria garantia de que seria habilitada e, ainda menos, que a sua proposta seria a melhor classificada. O acórdão consignou adicionalmente que, embora o atraso na entrega da correspondência tenha causado grande aborrecimento ao autor, não se verificaria a ocorrência do dano pela perda de uma chance, uma vez que a entrega foi realizada dentro do prazo previsto e de conhecimento do autor.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Há observação no acórdão no sentido de que a teoria da perda de uma chance diz respeito à comprovação de um dano causado por terceiro, que inviabiliza totalmente uma expectativa futura. Assim, parece associar a perda da chance com um dano específico. No entanto, não constam informações específicas acerca da natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Na sentença de primeiro grau, ratificada pelo acórdão, mencionase que a aplicação da teoria da perda da chance está adstrita aos casos em que o dano é real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. No caso, entendeu que, mesmo que a autora houvesse participado do processo licitatório, não haveria a garantia de que seria habilitada e, ainda menos, que a sua proposta seria a melhor classificada. Nesse caso, a perda de uma chance seria apenas hipotética, não havendo bases reais para o arbitramento de indenização por essa razão. Não há uma abordagem sobre quais elementos foram apresentados e/ou analisados para se chegar a essa conclusão, tampouco sobre eventuais elementos que a parte autora precisaria apresentar para avaliação das chances sérias e reais.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A sentença fala que houve pequeno atraso, mas não interferiu no certame, pois o próprio prazo dado pelos Correios seria posterior à data de entrega da documentação para o procedimento licitatório. Já o acórdão fala que a entrega foi realizada dentro do prazo previsto e de conhecimento do autor, sendo tal aspecto considerado no afastamento da indenização. A

discussão sobre o prazo de entrega e descumprimento ou não pela ECT perpassa a discussão sobre falha de serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

104.Número do julgado: 5002120-85.2015.4.04.7006

Data de julgamento: 26/09/2017

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação movida contra a Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI, Inteligência Educacional e Sistema de Ensino - IESDE BRASIL S/A e o Estado do Paraná objetivando o registro de diplomas de conclusão de curso de ensino superior (Programa Especial de Capacitação Docente) pela autora, além do pagamento de indenização por danos morais e materiais, bem como lucros cessantes ou perda de uma chance relacionada à efetivação em emprego, devido à negativa de registro de diploma. À época da matrícula no Programa Especial de Capacitação Docente, a autora exercia a função de professora substituta e atendente de biblioteca na condição de estagiária. Houve discussão no âmbito da Segunda Seção do TRF4 sobre o Programa Especial de Capacitação para a Docência da VIZIVALI, bem como direito ao registro de diploma/certificado relacionado a tal Programa e/ou indenização dos participantes. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a VIZIVALI e o Estado do Paraná a indenizar os danos morais e danos materiais consubstanciados na soma de todas as despesas para a realização do curso, da formatura e inscrição em curso complementar. A autora apelou requerendo, entre outras questões, a condenação dos réus ao pagamento de indenização a título de lucros cessantes ou perda de uma chance. O Estado do Paraná e a VIZIVALI também recorreram.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão verificou que, à época da matrícula no programa, a autora exercia a função de professora substituta e atendente de biblioteca na condição de estagiária. Assim, seria flagrante a inobservância do requisito legal necessário para a frequência do curso em questão, que é a qualidade de professor. Com base nisso, entendeu legítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado (com base no precedente na Segunda Seção do TRF4). Quanto à indenização pela perda de uma chance, a parte autora aduz que a negativa do diploma lhe retirou qualquer chance de efetivação e prestação do serviço com a remuneração mínima do piso da categoria. No entanto, o acórdão entendeu que, sendo legítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, seria totalmente descabida a pretensão de pagamento de indenização por lucros cessantes ou por perda de uma chance decorrente da formação superior pretendida. A indenização por danos morais foi concedida pois a VIZIVALI não devia ter permitido que a autora participasse do programa sem observar os requisitos necessários, ao que passo que o Estado do Paraná teria falhado no dever de fiscalização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A indenização pela perda de uma chance parece associada a um dano material no caso concreto, tanto que se fala de lucros cessantes ou perda de uma chance, mas não há considerações específicas a respeito.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A indenização pela perda de uma chance foi afastada no caso concreto pela própria inexistência do direito à diplomação. Entendeu-se que seria legítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado. Portanto, haveria questão antecedente à análise do caráter sério e real da chance perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A indenização por danos morais foi concedida com base na falha da VIZIVALI em admitir que

a autora participasse do Programa Especial de Capacitação Docente e falha de fiscalização por parte do Estado do Paraná. Em relação à indenização pela perda de uma chance, a razão determinante de afastamento foi o descabimento do pedido de registro do diploma, já que a autora era estagiária quando frequentou o programa. Portanto, a negativa de registro seria legítima.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

105.Número do julgado: 5068873-38.2012.4.04.7100

Data de julgamento: 17/05/2017

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra o HCPA objetivando pagamento de indenização por danos morais e materiais (pensão). Aduziu a autora que sua filha foi internada junto ao hospital réu, para submeter-se a "microcirurgia para tumor modular". Embora realizado o procedimento operatório com sucesso, quando ainda no período de recuperação interna no hospital, houve abertura de novo procedimento, em razão do diagnóstico de "septicemia não especificada", "pneumonia bacteriana não especificada" e "insuficiência renal aguda não especificada". Diante da infecção hospitalar, a criança foi encaminhada para a UTI neonatal e para "tratamento com cirurgias múltiplas", mediante realização de Laparotomia Exploradora, que é utilizada para investigar sintomas ou sinais não detectáveis por meio de outros exames, a fim de diagnosticar o paciente. Após a realização da referida cirurgia, a paciente teve alta do procedimento, mas se manteve internada no hospital, vindo a falecer em seguida, por "choque séptico, pneumonia, insuficiência renal, pós-operatório de medula presa", consoante consta em sua certidão de óbito. A autora sustenta que, como o óbito decorreu de infecção hospitalar, presume-se a responsabilidade do réu pelo ocorrido. Conclui caber ao réu demonstrar que não houve conduta alguma que o relacione ao evento danoso. Entende devido o pagamento de indenização por danos morais, visto que o falecimento de sua filha se deu em razão da sua negligência e imperícia. Ainda, pretende a indenização por dano material, reconhecendo-se o direito ao recebimento de pensão, visto que, no futuro, certamente a filha constituiria suporte financeiro para sua mãe, cujos rendimentos são módicos.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O TRF4 ratificou a sentença de primeiro grau, validando a concessão de indenização pela perda de uma chance no caso concreto. Após transcrever a sentença, cujos fundamentos foram adotados como razões de decidir, foram tecidas algumas considerações complementares pelo Tribunal. Foi asseverado que a prova pericial produzida nos autos demonstrou que, se os procedimentos de controles laboratoriais tivessem sido exigidos antes do agravamento da moléstia, poderiam ter evitado a ocorrência do óbito. Portanto, os profissionais médicos não dispensaram os cuidados razoavelmente exigidos pela situação da paciente (controle laboratorial mais rigoroso). Não foram tomadas todas as medidas recomendáveis e cabíveis para evitar ou minimizar o agravamento do quadro da paciente, do que exsurgiria o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e as condutas adotadas pela equipe médica. Consigna-se, ademais, que a adoção da teoria perda de uma chance não tem por finalidade indenizar o evento final (morte), mas sim a frustração de ter sido perdida a oportunidade de se evitar o final trágico.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença de primeiro grau, que é transcrita no acórdão e ratificada pelo TRF4, faz menção ao precedente do STJ que discute a natureza da teoria da perda de uma chance e sua aplicação na área médica, concluindo que mesmo nessa área a perda de uma chance não envolve a mitigação do nexo causal e sim uma forma específica de indenização, que

considera a chance como bem jurídico autônomo. O acórdão reforça a concordância com esse posicionamento ao afirmar que a adoção da tese de perda de uma chance escolhida pela parte autora entre as modalidades de obrigação reparatória não tem por finalidade indenizar o evento final (morte), mas sim a frustração de ter sido perdida a oportunidade de se evitar o final trágico, bem como ao afirmar que os danos relacionados às chances perdidas haverão de ser certos, consequência adequada de determinado fato antijurídico e suficientemente comprovados, se presentes. A partir desses elementos, pode-se concluir que o posicionamento é no sentido de que a perda da chance configura espécie específica de dano. No entanto, não há considerações expressas nesse sentido no acórdão e na sentença (exceto as transcrições de outros julgados).

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão menciona a necessidade de que a chance seja séria e real. Ademais, a sentença e o acórdão mencionam que, segundo a prova técnica, havia chance de sobrevivência para a paciente caso fosse atendida de outro modo (eficiência e imediatidade nas rotinas médicas). Não se aborda de forma expressa se essas chances eram substanciais à luz do quadro da paciente, porém o fato da prova técnica mencionar a existência de uma chance já é tido como suficiente para a concessão da indenização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se inclusive que a responsabilidade do hospital é objetiva, mas a responsabilidade do médico é subjetiva. Assim, a responsabilidade fundada em atendimento e serviços médicos junto a hospitais públicos seria subjetiva, tornando-se indispensável a concorrência de culpa. Pondera-se que entendimento contrário transformaria a obrigação do médico em obrigação de resultado e não de meio. No caso, entendeu-se que não foram tomadas todas as medidas recomendáveis e cabíveis para evitar ou minimizar o agravamento do quadro da paciente.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença de primeiro grau, ratificada pelo acórdão, afirma que no caso de perda da chance deve haver necessariamente uma redução proporcional do valor da indenização, que não deve corresponder ao prejuízo final morte, mas somente à chance perdida. Ademais, ela apresenta parâmetros de indenização de precedentes em que houve a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica e estabelece um valor similar para o caso concreto, sendo que o acórdão confirma tal montante. No acórdão, restou consignado que o essencial seria ponderar que a indenização deve corresponder apenas à fração do dano, e deve ser igual ao grau de probabilidade em que a conduta da parte ré contribuiu para o dano. O percentual específico não fica claro pela transcrição da sentença, mas pode-se denotar a preocupação em se observar a lógica de quantificação própria da perda de uma chance.

106.Número do julgado: 5011534-93.2013.4.04.7001

Data de julgamento: 25/04/2017

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, Estado do Paraná e Autarquia Municipal de Saúde de Londrina objetivando a condenação destes, de forma solidária, ao pagamento de indenização por danos morais ou outro valor a ser arbitrado pela perda de uma chance de sobrevivência e pela frustração da esperança dos pais, em decorrência do falecimento do filho comum. Os autores relatam que foi proposta ação ordinária com o propósito de compelir os réus a viabilizar a implantação do equipamento médico denominado "marcapasso diafragmático", em favor do filho dos autores, que padecia de doença congênita, desde o nascimento, que o impedia de respirar sem a ajuda de aparelho

respirador e exigia que vivesse preso a uma cama, em regime de internação domiciliar. Com o equipamento, seria possível ao paciente locomover-se, já que uma parte é presa externamente ao corpo e outra é implantada internamente no abdômen, próximo ao diafragma. Após o regular trâmite processual, inclusive com a realização de perícia médica, foi proferida sentença na ação ordinária, que condenou os réus a fornecerem o marcapasso diafragmático de que necessitava a criança. Os autores afirmam, entretanto, que os réus não atenderam à determinação judicial no prazo de 120 dias, fixado em sentença, e que o falecimento do menor ocorreu sem que fosse realizado o procedimento cirúrgico.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF4 afastou a indenização por dano moral imposta pela sentença, com fundamento na teoria da perda de uma chance. Entendeu que não haveria prova consistente da alegada culpa dos réus, no caso, negligência no cumprimento da decisão. Ademais, entendeu que não se deveria confundir a conveniência ou não da cirurgia de implante do marcapasso, cuja decisão, inclusive, ficou a cargo do médico responsável - o que foi discutido na sentença que condenou os réus na ação ordinária - com a probabilidade de êxito do procedimento suficiente a gerar a indenização pelo aludido dano moral. No caso concreto, não se vislumbraria a ocorrência de um prejuízo certo, de ordem moral, decorrente da não implantação do marcapasso diafragmático. Era uma tênue esperança. Afinal, o procedimento apenas recentemente estaria sendo realizado no Brasil e para ele nem sequer existiria um protocolo específico aprovado pelo SUS. O laudo médico não daria certeza do sucesso da implantação do marcapasso diafragmático em casos como o paciente em questão, além de evidenciar que mais estudos seriam necessários para tal procedimento. O resultado bem-sucedido da cirurgia não era certo, sendo um juízo de mera possibilidade. Assim, restaria inviabilizada a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso dos autos, por sequer haver comprovação de, ao menos, 50% de êxito na cirurgia.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão menciona que a teoria da perda de uma chance provém do direito francês e em sua origem guardava relação com o lucro cessante, uma vez que essa doutrina dela se utilizou para casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter lucro ou de se evitar uma perda. O acórdão traz, ademais, citação doutrinária que associa a chance perdida a um dano reparável, de ordem material ou imaterial. No caso concreto, a perda da chance parece associada a um dano de ordem moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão traz considerações sobre a necessidade de se caracterizar uma chance séria e real para dar azo à indenização pela perda de uma chance. Com base em elementos da prova pericial, a turma julgadora entendeu não estar caracterizada a ocorrência de um prejuízo certo, de ordem moral, decorrente da não implantação do marcapasso diafragmático. Era uma tênue esperança. Consignou que, a despeito da decisão que determinou a realização da cirurgia, fato é que o procedimento em questão apenas recentemente estaria sendo realizado no Brasil e para ele nem sequer existiria um protocolo específico aprovado pelo SUS. O laudo médico juntado aos autos não daria certeza do sucesso da implantação do marcapasso diafragmático em casos como o paciente em questão, além de evidenciar que mais estudos seriam necessários para tal procedimento. O resultado bem-sucedido da cirurgia, portanto, não era certo, sendo juízo de mera possibilidade, o que inviabilizaria a aplicação da teoria. Não haveria ao menos 50% de chance de êxito na cirurgia, o que se reputou necessário para a aplicação da teoria.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ausência de negligência no cumprimento da decisão. Aduz o acórdão que não haveria prova suficiente sobre a culpa dos entes públicos. Haveria, a bem da verdade, dificuldade dos entes municipais, estaduais e federais no cumprimento de obrigações

solidárias, porque não se especifica com a necessária clareza o que toca a cada um. Ademais, as vacilações dos entes públicos e a demora seriam imputáveis certamente ao ineditismo da cirurgia e aos enormes riscos que envolvia.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

107.Número do julgado: 5000795-50.2012.4.04.7210

Data de julgamento: 07/03/2017

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando o pagamento de indenização por danos morais, estéticos e materiais, em razão de acidente ocorrido durante a prestação do serviço militar, com a condenação ao pagamento dos proventos daí decorrentes, incluindo-se a reparação pela perda de uma chance. A sentença foi de parcial procedência. O autor apelou afirmando que o reconhecimento de culpa da União Federal pelo acidente de trânsito que o vitimou, bem como pelas sequelas suportadas em virtude da omissão e/ou má prestação do atendimento médico imediato e, posteriormente, quando da ruptura das placas metálicas implantadas em sua pelve, conduziria à total procedência da ação. Aduz que o valor indenizatório fixado pela sentença deveria ser majorado, por corresponder a sequelas físicas e emocionais permanentes. Alega que houve desídia no tratamento ministrado, pelo que plausível a perda de uma chance, consubstanciada nas promoções militares seguintes ao seu posto na ativa. A União Federal também recorreu da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Embora o acórdão reconheça que o acidente ocorreu no trajeto entre a residência do autor e a guarnição militar, em horário compatível com o expediente, reputando-se como tendo sido "em serviço", a teor do Estatuto Militar, apenas isso não configuraria o nexos causal com a conduta da Administração. No caso, entendeu caracterizada culpa concorrente da vítima pela escolha, por conta e risco, da bicicleta, sem aparente equipamento de segurança, e de terceiro causador do acidente. Ademais, ao analisar os eventos subsequentes, concluiu que não haveria, em tese, culpa administrativa, quanto ao sinistro em si. A prótese não fora adquirida ou tampouco instalada por Servidor Médico Militar. Não foram utilizadas instalações da Organização Militar, no procedimento. Ademais, haveria razoável dúvida quanto à própria necessidade de nova intervenção cirúrgica, única conduta do hospital militar. Com base nesses elementos, entendeu impossível o reconhecimento da responsabilidade da Administração, de modo que não estaria configurada a hipótese de ilícito ensejador da compensação por danos extrapatrimoniais e estéticos, como também da perda de uma chance. À luz desses elementos, a argumentação do voto indica uma negativa em relação à responsabilidade da Administração. No entanto, frisa-se que, ao final, foi acolhido agravo retido para o fim de acolher a denúncia a lide quanto aos hospitais privados envolvidos, com a anulação da sentença e a determinação de retorno dos autos à origem para reabertura da instrução processual.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Há menção superficial ao pedido de perda de uma chance e posicionamento quanto à negativa de indenização com base em questões gerais relacionadas à responsabilidade civil da Administração.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão nem chegou a abordar a questão do caráter sério e real da chance perdida por concluir que não estaria configurada hipótese de ilícito ensejador da compensação por danos extrapatrimoniais e estéticos, como também da perda de uma

chance. O acórdão sustenta, ademais, que seriam incontroversos os danos à saúde do autor, porém não haveria demonstração suficiente do nexo causal entre o dano sofrido e a conduta pública.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão consigna que nos casos de ato omissivo da Administração, a doutrina e a jurisprudência defenderiam que a responsabilidade civil do Estado passa a ser subjetiva, sendo necessária, assim, a presença do elemento dolo ou minimamente culpa - negligência, imperícia ou imprudência - para sua caracterização. Assim, a responsabilidade encontraria fundamento na teoria da falta do serviço (*faute du service*), segundo a qual o ente estatal somente responde quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. No caso, aparentemente não estaria configurada falta do serviço público, inexistindo prova suficiente de qualquer ilícito por ente público. Não haveria, em tese, culpa administrativa, quanto ao sinistro em si. A prótese não fora adquirida ou tampouco instalada por Servidor Médico Militar. Não foram utilizadas instalações da Organização Militar, no procedimento. Além disso, em relação aos serviços prestados especificamente pelo Hospital Militar, haveria razoável dúvida quanto à própria necessidade de nova intervenção cirúrgica.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

108.Número do julgado: 5000483-50.2011.4.04.7100

Data de julgamento: 21/02/2017

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos materiais e morais, calcando na teoria da perda de uma chance, já que a representação judicial do autor, por meio da Defensoria Pública da União, no bojo de outra ação judicial, foi desidiosa ao não interpor recurso contra decisão proferida em desacordo com jurisprudência do TRF4, a qual seria favorável à reforma de militar em caso de visão monocular. Foi proferida sentença de improcedência da demanda. O autor recorreu requerendo a reforma da sentença, a fim de que houvesse a condenação da União Federal a pagar indenização por danos morais, já que haveria vasta jurisprudência do TRF4 concedendo a reforma a militares em razão de problema de saúde idêntico ao vivenciado pelo demandante, sendo que a possibilidade de provimento a um recurso de apelação, caso interposto pela Defensoria Pública da União, seria grande. Afirma que ter de trabalhar e se manter vinculado ao ambiente castrense por mais de uma década, enquanto detinha direito de se reformar por invalidez, foi fato capaz de causar grave dano moral.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4 manteve a sentença de primeiro grau, que concluiu pelo descabimento da reparação por danos morais e materiais, especialmente sob o fundamento de que a decisão proferida em anterior processo judicial ancorava sua fundamentação basicamente no resultado da prova pericial produzida naqueles autos - indicando não haver incapacidade definitiva para a atividade militar. Em razão disso, poderia se sustentar a baixa probabilidade de êxito naquela ação, movida pelo autor, então representado judicialmente pela Defensoria Pública da União. Nesse contexto, ter-se-ia por inexistente conduta estatal capaz de gerar danos indenizáveis. Ademais, a sentença, que foi transcrita em parte no acórdão, consigna que a teoria da perda de uma chance exige que o dano seja analisado a partir de um juízo de probabilidade e não a mera possibilidade. No caso em análise, não se observaria a aludida "certeza da probabilidade", tampouco prejuízo imediato oriundo da conduta imputada à ré (ausência de recurso em ação judicial).

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão não traz considerações expressas a esse respeito, mas traz elementos que

indicam um posicionamento no sentido de que a perda da chance deve ser analisada sob o prisma do dano. O acórdão menciona que a parte autora baseia seu pedido indenizatório na teoria da perda de uma chance, cujo teor exige daquele que a pleiteia a respectiva demonstração de perda de oportunidade séria e real de alcançar um ganho ou direito proveitoso perseguido, por atuação irregular de terceiro. Ato contínuo, cita trecho de acórdão do STJ que afirma que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro. A sentença, transcrita e acatada pelo acórdão, fala sobre a análise do dano a partir de um juízo de probabilidade. Ademais, cita precedente do STJ que aborda a perda da chance como nova categoria de prejuízo.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Há menção expressa no acórdão sobre a necessidade de que a oportunidade perdida seja séria e real para que se aplique a teoria da perda de uma chance. Além disso, o acórdão confirmou a sentença de primeiro grau que concluiu pelo descabimento da reparação, visto que a decisão proferida no outro processo judicial ancoraria sua fundamentação basicamente no resultado da prova pericial produzida naqueles autos - indicando não haver incapacidade definitiva para a atividade militar. Com base nisso, poder-se-ia sustentar a baixa probabilidade de êxito naquela ação, movida pelo autor, então representado pela Defensoria Pública da União. Não há uma análise mais aprofundada sobre os precedentes favoráveis citados pelo autor, que supostamente dariam embasamento à reforma militar almejada. Contudo, a chance de êxito da demanda em si é analisada. Além disso, a sentença afirma que não se observaria, no caso, a "certeza da probabilidade" exigida para aplicação da teoria da perda de uma chance, tampouco prejuízo imediato oriundo da conduta imputada à ré. Os fatos narrados pelo autor seriam desdobramentos ordinários da hierarquia e da disciplina inerentes à vida castrense, eventualmente supervalorizados em razão do perfil psicológico do autor e inadequação à rotina militar.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que, em se tratando de comportamento omissivo da Administração, incide a responsabilidade objetiva ou subjetiva, a depender das particularidades da situação. Decorrendo o dano diretamente de conduta omissiva atribuída ao agente público, seria aplicável a responsabilidade objetiva. Decorrendo o dano, todavia, de ato de terceiro ou mesmo de evento natural, a responsabilidade do Estado, de regra, assume natureza subjetiva, a depender de comprovação de culpa, ao menos anônima, atribuível ao aparelho estatal. De fato, nessas condições, se o Estado não agiu, e o dano não emerge diretamente deste não agir, ele não foi, em princípio, o causador do dano. Embora não haja uma clara análise sobre a alegação de negligência por parte da Defensoria Pública, a conduta estatal não foi tida como determinante para gerar danos indenizáveis no caso, em virtude da baixa probabilidade de êxito da demanda em que não houve interposição de recurso e pelo fato de que os demais danos de ordem moral narrados seriam desdobramentos ordinários da vida castrense.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

109. Número do julgado: 5017011-82.2013.4.04.7200

Data de julgamento: 25/01/2017

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando a reparação por danos materiais e morais decorrentes do cerceamento de defesa consubstanciado na rejeição liminar da intenção de recorrer manifestada pela autora em Pregão Eletrônico da Advocacia-

Geral da União. A parte autora reclama indenização por danos materiais decorrentes dos lucros que poderia auferir caso se sagrasse vencedora do processo licitatório no qual foi classificada em quinto lugar e teve seu recurso rejeitado de plano, além de indenização por danos morais. Afirma que o ato que rejeitou seu recurso administrativo seria ilegal, porquanto não observou o artigo 4º da Lei nº 10.520/2002. A sentença julgou os pedidos autorais improcedentes e a parte autora apelou, requerendo a reforma da sentença para que fosse julgado procedente o pedido inicial para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão consigna que, no tocante à indenização pela perda de uma chance decorrente da conduta ilícita de outrem, a doutrina e jurisprudência nacional têm admitido a teoria quando: (a) devidamente comprovado o ato ilícito; (b) verificada a viabilidade séria e real da chance, sendo esta consequência natural do desdobramento que os fatos teriam se não houvesse a conduta ilícita; (c) há nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. No caso, entendeu que esses requisitos não estariam caracterizados. O acórdão do TRF4 consigna que a parte autora, em seu recurso administrativo, alegou que os preços apresentados pela empresa vencedora seriam inexequíveis. Ressalta que não foi colacionada aos autos a respectiva decisão administrativa, mas seria possível verificar que os preços apresentados pela autora superaram em muito os da empresa vencedora, além do que foi classificada em quinto lugar e nada arguiu em relação às propostas das demais participantes do certame que a antecederam na lista de classificação. Ademais, não havendo indícios de que a empresa vencedora tenha renegociado o valor contratado ou de que tenha ficado impossibilitada de honrar o compromisso - ao contrário, a prova dos autos demonstraria que houve prorrogação do serviço prestado - cairia por terra o argumento de que o serviço era inexequível nos valores propostos. Pelo exposto, o acórdão ratificou o entendimento da sentença de que não teria sido demonstrada a ocorrência de dano efetivo decorrente do alegado ato ilícito, porque, ainda que acolhido o recurso da autora, esta dificilmente restaria vencedora no certame.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém, parece que a perda da chance é associada com danos materiais no caso concreto, tendo em vista os pedidos relacionados aos lucros que a parte autora poderia auferir com o contrato.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Ressaltou-se que os preços da autora superaram em muito os da empresa vencedora, além do que foi classificada em quinto lugar e somente impugnou a proposta da empresa vencedora, nada arguindo em relação às propostas das demais participantes do certame que a antecederam na lista de classificação. Inclusive, não haveriam elementos a corroborar a argumentação de que a proposta vencedora seria inexequível. Assim, dificilmente a parte autora seria vencedora da licitação, ainda que o recurso administrativo fosse acolhido. Embora a conclusão seja pela ausência de demonstração do nexos de causalidade entre a conduta da Administração e os danos alegados, pode-se depreender análise que envolve o caráter sério e real da chance perdida. Não há uma análise complementar sobre as razões do recurso administrativo e outros aspectos do processo de licitação, sendo que os demais argumentos seriam suficientes para o afastamento do dever de indenizar.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Aborda-se o argumento quanto à ilegalidade do ato da Administração de recusa do recurso e há menção sobre o fato de que, em sede de mandado de segurança, houve o reconhecimento do direito da parte autora de apresentar as razões recursais administrativas contra o resultado do pregão. A configuração de ato ilícito é apontada como requisito de aplicação da teoria da perda de uma chance. No caso, aparentemente, o recurso administrativo era infundado, pois

a proposta vencedora da licitação não era inexequível tal como alegado. De toda forma, o aspecto determinante para rejeição da indenização parece ter sido a ausência de nexo de causalidade, que se relaciona também com a não caracterização de chance séria e real, pois, mesmo que o recurso fosse acolhido, a autora dificilmente seria vencedora do certame.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

110.Número do julgado: 5008776-73.2015.4.04.7001

Data de julgamento: 24/01/2017

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra a União Federal e a UFBA objetivando indenização por danos materiais e morais, em virtude da invalidação de concurso público para docente do magistério superior promovido pela UFBA, em etapa na qual o autor estava habilitado em primeiro lugar. Alegou o autor que, após a anulação do certame pela Administração Pública por problemas técnicos na gravação das provas didáticas e de defesa do memorial de alguns dos candidatos, abandonou a seleção pública e a realização das fases posteriores, restando frustrada sua expectativa de lograr a obtenção do cargo de professor, por conta de ato estatal irregular. Em razão disso, teria perdido a chance de lograr a obtenção do cargo de professor, em decorrência de conduta ilícita, haja vista a falha da organização do certame, sendo-lhe devida indenização em valor não inferior a uma anuidade dos vencimentos no cargo de professor. Alegou, ainda, ter sofrido "dano moral puro" decorrente do sofrimento, constrangimento, situação vexatória e desconforto que sofreu, pois seu esforço fora jogado fora. Toda a situação também teria gerado danos materiais no valor correspondente a duas passagens, de ida e de volta, entre o local de sua residência e da realização das etapas anuladas do certame.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão confirmou a sentença de primeiro grau, no sentido de que a anulação do certame estaria ligada a um caso fortuito, decorrente da falha de equipamento eletrônico utilizado para gravação de provas dos candidatos, sendo impossível imputar à Universidade responsabilidade pelo defeito constatado, não restando outra alternativa senão a anulação do certame, pela Administração, amparada em previsão editalícia. Com isso, ter-se-ia por rompido o nexo de causalidade entre a conduta estatal e os alegados danos sofridos pelo autor. Especificamente em relação à teoria da perda de uma chance, a sentença de primeiro grau, transcrita pelo acórdão, consignou que a constatação do dano decorrente da impossibilidade de se atingir o resultado ou de se evitar uma perda só é verificável quando a situação se consolida em caráter definitivo. Esta circunstância não se amoldaria ao caso, pois fora franqueada nova oportunidade para os candidatos, dentre eles o autor, lograrem aprovação. Não seria, portanto, aplicável a teoria da perda de uma chance, pois a perda da chance não teria se consolidado em situação em que não seria possível remediar ou reverter o quadro que se instalou.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações claras e expressas sobre a natureza jurídica da perda da chance. No entanto, segundo o acórdão, o autor baseia seu pedido indenizatório na teoria da perda de uma chance, cujo teor exige daquele que a pleiteia a respectiva demonstração de perda de oportunidade séria e real de alcançar um ganho ou direito proveitoso perseguido, por atuação irregular de terceiro. Ato contínuo, cita precedente do STJ que classifica a perda da chance como dano específico, consignando que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro. Por outro lado, a sentença transcrita

menciona que a constatação do dano decorrente da impossibilidade de se atingir o resultado ou de se evitar uma perda só é verificável quando a situação se consolida em caráter definitivo. Assim, há elementos que apontam para uma associação da perda da chance com o dano.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão menciona a necessidade de demonstração de perda de oportunidade séria e real de alcançar um ganho ou direito proveitoso perseguido. A despeito disso, não houve análise detida sobre o caráter sério e real da chance perdida no caso concreto. O aspecto determinante para afastamento da indenização foi o rompimento do nexo de causalidade, já que se entendeu que a anulação do certame estaria ligada a um caso fortuito, sendo impossível imputar à UFBA a responsabilidade pelo defeito constatado. A sentença também abordou a necessidade da perda da chance estar definitivamente consolidada, de tal modo que não seja possível remediar ou reverter o quadro que se instalou, o que não se aplicaria ao caso. Em trecho da sentença relacionado à indenização por danos morais, afirma-se que o resultado do concurso ainda dependia de homologação quando da ligação para o autor para informar sobre sua aprovação na primeira etapa. Na ocasião, não havia ato de nomeação, seguido da investidura no cargo. Portanto, não se poderia projetar o grau de certeza alegado pelo autor, pois outras etapas de verificação administrativas ainda estavam pendentes. As considerações não são apresentadas de forma associada à análise da chance perdida, mas sim ao abalo moral sofrido pelo autor.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão apresenta considerações preliminares sobre a responsabilidade civil do Estado em que a aborda a incidência responsabilidade objetiva e/ou subjetiva, inclusive em casos de omissão. Além disso, menciona que, no caso, a Administração atuou em conformidade com os ditames do edital do concurso ao anular o concurso. Segundo a sentença, a falha de gravação não se convolava em falha administrativa, porquanto se inseriu no âmbito dos eventos fortuitos, impassíveis de serem evitados, ainda que se diligenciasse de maneira adequada para a manutenção da normalidade dos trabalhos. Apesar das considerações relacionadas à existência ou não de falha administrativa, a razão determinante para afastamento da responsabilidade foi a quebra do nexo causal.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

111. Número do julgado: 5006363-78.2015.4.04.7101

Data de julgamento: 06/12/2016

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais e pela perda de uma chance relacionada à realização de uma prova de concurso. Alega o autor ser pescador profissional e que, ao tomar ciência do edital de abertura do concurso público para ingresso na Marinha Mercante, no Grupo de Fluviários, realizou a sua inscrição, visto que teria conhecimento na área e forte interesse no cargo em questão. Sustentou que a prova escrita para o ingresso na Marinha Mercante, no Grupo de Fluviários, estava agendada para o dia 14/04/2013. No entanto, a prova foi antecipada de forma unilateral pela Marinha, sem que fosse dada ciência ao autor. A ação foi julgada improcedente em primeiro grau e o autor apelou sustentando que a ré não efetuou qualquer tentativa de contato pessoal. Alegou a ocorrência de ato ilícito por parte da ré ao adiantar a data da prova, causando imenso prejuízo ao autor. Aduziu também que o edital não previa que a data da prova poderia ser alterada e que cabia à ré a notificação pessoal de cada candidato. Nesse contexto, defendeu a ocorrência da perda de uma chance, haja vista a existência de uma oportunidade sólida.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4 acolheu os fundamentos da sentença como razões de decidir, além de tecer considerações complementares. Em suma, entendeu que inexistiu ato ilícito por parte da União Federal e que não houve demonstração do dano. Não houve ato ilícito, já que a alteração da data da prova foi amplamente divulgada, nos mesmos moldes da abertura da seleção. O candidato estava ciente da necessidade de observar a programação para o curso na internet ou mural. Assim, deveria cumprir integralmente as regras do edital, seguindo suas determinações, e não aguardando que a União Federal fosse informá-lo pessoalmente, inclusive quanto ao cumprimento dos prazos e datas estabelecidos. Por isso, o acórdão ressalta que inexistiria razão para revisão do regramento administrativo, eis que ausente qualquer equívoco da Administração ou motivo de força maior. Especificamente em relação à aplicação da teoria da perda de uma chance, a sentença consignou que a mera possibilidade de auferir ganhos futuros não seria suficiente para caracterizar o dano decorrente da perda de uma chance. No caso, o benefício suscitado pelo autor dependia de uma série de fatores, não sendo suficiente para caracterizar o alegado dano.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A partir da sentença, acolhida e transcrita pelo acórdão, a mera possibilidade de auferir ganhos futuros não é suficiente para caracterizar o dano decorrente da perda de uma chance. Portanto, pode-se concluir que há uma associação com a noção de um dano específico. No entanto, não são apresentadas considerações específicas a respeito da natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Na sentença, acolhida pelo acórdão, é trazido um excerto doutrinário que aborda a necessidade de que a chance seja séria e real e consigna-se a necessidade de que seja superior a 50% para dar azo à indenização. A sentença menciona, em seguida, que o postulante dependeria da aprovação na prova cuja data foi alterada e em avaliação física apenas para participar do Curso de formação de Aquaviários. Em caso de conclusão do referido curso, o postulante receberia uma certidão atestando a qualificação para compor a tripulação de embarcações menores do que doze metros, com AB menor do que 50 e potência propulsora menor do que 250 kw, empregadas na Navegação Interior. Ou seja, mesmo em caso de conclusão do curso, a alegada chance perdida pelo postulante ainda não estaria concretizada, pois este receberia apenas uma certidão de qualificação. Portanto, o benefício suscitado pelo autor dependia de uma série de fatores, não sendo suficiente para caracterizar o alegado dano. Embora não se aborde a questão especificamente sob a ótica da caracterização de chance séria e real, pode-se denotar uma análise a respeito. Ademais, o acórdão aborda superficialmente a questão na ementa, ao mencionar que a probabilidade deve ser concreta e não se admitem alegações hipotéticas. Não se verifica análise sobre a experiência do autor e aspectos pessoais relacionados ao certame.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão apresenta considerações sobre a responsabilidade civil do Estado e sustenta ser prescindível a análise da culpa. De todo modo, na fundamentação, aborda-se a ausência de ato ilícito pela Administração, já que divulgou a mudança da data da prova nos meios ordinários e cabia ao autor o monitoramento da questão.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

112.Número do julgado: 5001067-27.2010.4.04.7109

Data de julgamento: 24/08/2016

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT e Rivero e Vieira Ltda. objetivando a condenação destes ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em razão da inobservância dos procedimentos adequados na postagem de recurso interposto perante a Justiça Trabalhista. A parte autora mencionou que, por meio de sua procuradora, interpôs recurso ordinário, utilizando o serviço de protocolo postal, direcionando-o para a cidade de Porto Alegre/RS, mais especificamente para a 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS. Aduziu que o recurso não foi conhecido por intempestivo. Relatou, todavia, que o recurso foi protocolado na Agência dos Correios dentro do prazo, tendo a atendente deixado de observar o procedimento adequado para o protocolo, o que ensejou o não conhecimento do recurso. Discorreu sobre a responsabilidade das rés que deu ensejo a danos morais e materiais pela perda de uma chance. Requereu, ao final, a procedência de sua pretensão. A ação foi julgada parcialmente procedente com a concessão de indenização por danos morais somente. Todas as partes interpuseram recurso de apelação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão majorou o valor da indenização por dano moral, mas manteve o indeferimento da indenização por dano material, consubstanciado na perda de uma chance. Em suma, a sentença, acolhida pelo acórdão, entendeu que houve falha na prestação de serviço e o não recebimento do recurso da autora se deu única e exclusivamente pela inobservância de procedimento por parte de funcionária da Agência dos Correios, que se olvidou de preencher adequadamente o verso da petição, com a afixação de fita, carimbo datador e nome e matrícula do atendente. A ECT seria igualmente responsável pelo ocorrido. No entanto, para a indenização pela perda de uma chance, esta última precisaria restar devidamente demonstrada, segundo um juízo de probabilidade como consequência natural da cadeia causal interrompida pelo evento ilícito. No caso, entendeu que não haveria qualquer comprovação de que a autora obteria êxito em seu recurso no processo trabalhista. Isso porque a análise do mérito do recurso caberia unicamente ao tribunal competente, não podendo o Juízo cível julgar o sucesso do seu pleito. Ademais, o mérito da demanda trabalhista já teria sido analisado pelo juízo de primeiro grau, o qual julgou totalmente improcedentes todos os pedidos formulados pela autora. Assim, seria impossível vincular o dano material sofrido pela autora unicamente à falha de serviço da ECT, pois a procedência do recurso não seria consequência natural e certa do protocolo tempestivo do mesmo. Entendeu-se, portanto, que a frustração da expectativa de obter a modificação da sentença desfavorável ensejaria dano moral.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém, a partir das considerações do acórdão, depreende-se que a perda da chance foi associada aos danos materiais no caso concreto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. A sentença, acolhida pelo acórdão, menciona a necessidade de que se comprove a viabilidade séria e real da chance. No entanto, entendeu que não haveria comprovação de que a autora obteria êxito em seu recurso no processo trabalhista. Isso porque a análise do mérito do recurso caberia unicamente ao tribunal competente, não podendo o juízo cível julgar o sucesso do seu pleito. Ademais, o mérito da demanda trabalhista já havia sido analisado pelo juízo de primeiro grau, que julgou totalmente improcedentes todos os pedidos formulados pela autora na inicial, o que enfraqueceria a tese de viabilidade séria e real da chance de êxito no recurso interposto. A despeito das considerações, a análise levada a efeito não pareceu focada no caso concreto. A análise do recurso sempre cabe ao tribunal competente, mas a discussão é sobre a responsabilidade pela perda da chance de apreciação. Ademais, o fato da decisão de primeiro grau ter sido desfavorável não seria suficiente para afastar a indenização ou então jamais caberia a responsabilidade pela perda de uma chance em situações de perda de prazo para recurso. Ademais, não há qualquer análise sobre eventuais elementos apresentados pela autora para

demonstrar o caráter sério e real da chance perdida ou elementos que precisariam ser apresentados para tanto.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se na sentença sobre a desnecessidade de se perquirir sobre a culpa dos réus. De todo modo, aborda-se a falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

113.Número do julgado: 5023108-49.2014.4.04.7205

Data de julgamento: 10/08/2016

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação de reparação por danos morais e materiais ajuizada em face da União Federal, do Estado de Santa Catarina e do Município de Blumenau/SC. De acordo com a petição inicial, o filho e irmão das autoras nasceu saudável e assim permaneceu até por volta do nono mês de vida. Todavia, após tomar a terceira dose da vacina tríplice, teria passado a enfrentar problemas de saúde e foi diagnosticado como sendo portador da Doença de Leigh, doença rara e congênita, que ataca o sistema nervoso central. No caso do paciente, a doença teria sido causada por substância externa, a vacina. Após o diagnóstico, teria se iniciado a batalha pela implantação do tratamento, tão complexo como a própria doença, que consistia numa dieta hipercalórica e sessões de fisioterapia e fonoaudiologia. O tratamento surtiu efeito, todavia, financeiramente a família não pôde suportar, buscando auxílio nas esferas estatais. Ocorre que as tentativas resultaram infrutíferas e o tratamento foi interrompido. Houve o ajuizamento de ação civil pública para garantir auxílio de entes públicos, porém, segundo as autoras, as substâncias disponibilizadas não eram suficientes, às vezes fornecidas de forma equivocada, outras com validade ultrapassada e a dieta nunca foi feita a contento, vindo o paciente a falecer às vésperas de completar 18 anos de idade. A petição inicial imputa aos requeridos responsabilidade civil por dois fundamentos: (a) a doença teria sido provocada por uma das doses de vacina tríplice em um posto de saúde municipal e (b) o tratamento médico fornecido pelo Poder Público teria sido falho (sendo a perda da chance invocada nesse contexto). O recurso de apelação das autoras está restrito à questão do tratamento médico, sendo que, relativamente à suposta causa da doença, a responsabilidade foi afastada pela sentença e não houve impugnação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Segundo o acórdão, no tocante à alegação de perda de uma chance, o entendimento dominante seria de que somente poderia ser invocada quando a chance que se diz perdida for séria e viável. No caso, entendeu-se que tal situação não estaria caracterizada, visto que o laudo pericial elaborado pela médica geneticista conclui que a síndrome de Leigh não tem cura e consiste em uma doença degenerativa que teria levado a criança a óbito. Ainda, a perita negou que as interrupções no fornecimento dos componentes da dieta prejudicaram o tratamento. Assim, não havia chance de cura, de modo que não haveria como se cogitar de chance a ser perdida. Ademais, o acórdão consigna que, em uma análise global de todo o processo de tratamento do paciente, com duração de vários anos, não se poderia considerar presente uma letargia, uma negligência ou desprezo para com a sua pessoa, sua dignidade ou a de sua família. Houve falhas e erros que, considerada a longa duração do tratamento e a quantidade de itens a serem fornecidos, pareceriam aceitáveis ou, ao menos, toleráveis.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão destaca a necessidade de que a chance que se diz perdida seja séria e viável, e não mera expectativa sem probabilidade de ocorrer. No caso, contudo, entendeu que não haveria chance séria de cura, pois o laudo pericial da geneticista teria afirmado que a síndrome de Leigh não tem cura, e consiste em uma doença degenerativa. Ademais, o mesmo laudo teria respondido negativamente aos questionamentos sobre a possibilidade de que as interrupções no fornecimento dos componentes da dieta prescrita tenham prejudicado o tratamento.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão entendeu que, em uma análise global de todo o processo de tratamento do paciente, com duração de vários anos, não se poderia considerar presente uma letargia, uma negligência, um pouco caso ou desprezo para com a sua pessoa, sua dignidade ou a de sua família.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

114. Número do julgado: 5071595-74.2014.4.04.7100

Data de julgamento: 13/07/2016

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios

Resumo da controvérsia: Ação Ordinária, com pedido de antecipação de tutela, movida contra a UFGRS e a Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - FAURGS, objetivando a anulação do ato administrativo a partir do indeferimento da inscrição da parte autora em seleção pública de apoio para o programa denominado Prime - Primeira empresa Inovadora, com a consequente análise da proposta da autora e divulgação dos critérios objetivos de sua classificação. Alternativamente, pediu a anulação de toda a seleção pública e a condenação das rés em perdas e danos. Narrou a parte autora que se inscreveu no portal inovação para participar dos certames da Finep, sendo que, em 05/04/2009, foi publicado o edital de seleção pública do Programa Primeira Empresa Inovadora. Ocorre que, não obstante a inscrição da autora no Portal Inovação, viu-se excluída do certame pois, ao acessar o portal Prime para a inscrição na seleção pública, constou informação de que o seu CNPJ já estava cadastrado, razão pela qual firmou convicção de que estava inscrita na seleção. Todavia, foi informada posteriormente de que a sua proposta fora desclassificada por ausência de cadastramento no Portal Prime. Disse que recorreu da decisão, mas não obteve êxito no recurso, cujo processamento foi negado em decisão lacônica da Administração. Insurgiu-se contra o indeferimento e pediu a antecipação de tutela para o fim de suspender a seleção até o trânsito em julgado ou, alternativamente, permitir à autora que se inscrevesse na seleção pública, com a análise da proposta e inclusão no treinamento obrigatório que seria realizado, com a consequente aplicação à autora das demais regras aplicadas aos demais participantes.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF4 confirmou a sentença de improcedência da demanda. A sentença de primeiro grau entendeu que a parte autora não logrou comprovar a inconsistência no site para fins de inscrição para o processo seletivo. Portanto, não haveria irregularidade na desclassificação da autora. De todo modo, ainda que assim não fosse, eventual nulidade teria sido sanada nos autos, já que houve deferimento da antecipação de tutela à autora, permitindo que a empresa fosse reincluída no Programa Prime, com a análise da proposta pela Administração Pública. A proposta reapresentada pela participante foi desqualificada, mediante decisão fundamentada, sendo interposto recurso pela parte autora, devidamente analisado pela autoridade administrativa.

O acórdão ressalta especialmente que, em virtude da antecipação de tutela e efetiva análise de proposta, perderia relevo qualquer discussão sobre falha de sistema e, também, sobre a indenização pela perda de uma chance, ficando claro que não havia chance séria e real da empresa ser selecionada no certame. Ademais, o acórdão aborda depoimentos específicos sobre os concorrentes no certame e as características da proposta da empresa autora, a justificar que não havia uma chance séria e real da empresa ser selecionada no certame.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No entanto, há elementos do acórdão que evidenciam que a perda da chance foi associada a danos materiais no caso concreto. Segundo o relatório da sentença, transcrito no acórdão, o pedido de indenização pela perda de uma chance seria pelo valor do edital.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão menciona a necessidade de que a chance seja séria e viável para que haja a concessão de indenização. No caso dos autos, em razão da decisão que deferiu a tutela antecipada, houve efetiva apreciação da proposta submetida pela empresa autora, a qual não foi selecionada. Esse fato foi considerado para justificar a ausência de chance séria e real da empresa se sagrar vencedora no certame, independentemente da falha de sistema narrada. Ademais, o acórdão mencionou depoimentos relacionados à seleção das propostas, sendo que um deles daria conta do fato da proposta da empresa autora não apresentar várias características de inovação, o que era determinante no certame.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Porém esse aspecto não foi determinante no acórdão. A sentença foca na ausência de ilegalidade na decisão de desclassificação da parte autora e falta de comprovação da falha de sistema. Por outro lado, o acórdão foca especialmente no fato de ter havido efetiva análise da proposta, em razão da decisão que deferiu o pedido de antecipação da tutela, e em função disso ter perdido relevo qualquer discussão acerca de falhas no sistema e eventual prejuízo à parte autora por isso provocado.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

115.Número do julgado: 5003178-40.2013.4.04.7121

Data de julgamento: 06/10/2015

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação ajuizada em face da ECT objetivando sua condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais alegadamente causados ao autor em virtude de defeito na prestação de serviço. O autor relatou o ajuizamento de reclamatória trabalhista, em face de seu ex-empregador, postulando o recebimento de cerca de R\$ 300.000,00, relativos a verbas trabalhistas não pagas pela empresa. Inconformado com a sentença de parcial procedência, interpôs recurso ordinário, o qual, todavia, não foi conhecido, porque intempestivo. Assinalou que o recurso foi protocolizado junto à agência da ré Moinhos de Vento, em Porto Alegre/RS, mediante o Sistema de Protocolo Postal, convênio estabelecido entre o TRT4 e a ré. Contudo, o serviço foi prestado com defeito, uma vez que a data registrada pelo funcionário da agência não correspondeu àquela em que, de fato, o recurso foi postado. Postulou, assim, indenização pelos danos causados pela conduta faltosa da ré, fato que foi admitido pelo gerente da agência em que protocolizado o recurso. A ação foi julgada parcialmente procedente e houve a interposição de recurso de apelação por ambas as partes.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão do TRF4 manteve a sentença quase que integralmente, acolhendo o recurso de apelação da ECT apenas em

relação a critérios de atualização da indenização. Foi concedida indenização por danos materiais, com base na teoria da perda de uma chance, e foi afastada a indenização por danos morais. Em relação à indenização por danos materiais pela perda de uma chance, o acórdão acolheu os termos da sentença. Segundo a sentença, o autor postou o recurso dentro do prazo legal, tendo sido tolhido em seu direito de recorrer por falha da parte ré. Ademais, ainda que a utilização do Sistema de Protocolo Postal seja facultativa, isso não significa que daí decorre a isenção de responsabilidade da prestadora de serviço, imputando-se ao advogado a completa responsabilização pela sua má execução, embora reconheça ser do causídico o dever de fiscalização dos dados registrados ou ausência deles, o que poderia influir no montante indenizatório. Sobre a indenização, entendeu que não poderia corresponder à integralidade da verba indenizatória buscada por meio do recurso na esfera trabalhista, já que havia apenas uma expectativa de reversão parcial da sentença. Assim, entendeu-se aplicável a teoria da perda de uma chance, o que foi mantido pelo TRF4.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários):

Sim. A sentença, que é integralmente ratificada pelo acórdão na parte referente aos danos materiais pela perda de uma chance, menciona que a jurisprudência do TRF4 trataria a perda de uma chance como um terceiro gênero de danos materiais. Ademais, traz citação de Sérgio Cavalieri Filho, consignando que ele discorre acerca da perda de uma chance dentro do item pertinente ao lucro cessante. Menciona que não se pode confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito. Ademais, de fato, a sentença diferencia a indenização retratada no caso daquela especificamente relacionada ao dano emergente ou lucro cessante, o que denota a admissão da perda da chance como dano material específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários):

Sim, média. Na sentença transcrita e acolhida pelo acórdão, notadamente em citações doutrinárias e jurisprudenciais, são mencionados os requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance, oportunidade em que a necessidade de uma chance séria e real é ressaltada. Na análise concreta da questão, a sentença menciona que havia a possibilidade de reversão da sentença em segunda instância, sobretudo porque a lide trabalhista foi decidida, basicamente, a partir da interpretação das provas produzidas nos autos, envolvendo questões tanto fáticas quanto de direito e comportando uma diversidade de conclusões. Por outro lado, a probabilidade de reversão da sentença foi sopesada para fins de quantificação da indenização, sendo registrado nesse ponto que o juiz de primeiro grau da lide trabalhista analisou de forma minuciosa as provas. Não há uma abordagem mais específica sobre o caso concreto na esfera trabalhista e argumentos do recurso para fins de avaliação da chance de êxito. Contudo, entendeu-se que a natureza da causa, com ampla instrução probatória, indicaria, ao menos, possibilidade de reversão em grau recursal.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A sentença, acolhida quase que integralmente pelo acórdão, fala de falha na prestação de serviço por parte da ECT e, por outro lado, concorrência do autor para o ocorrido, na medida em que não fiscalizou, por seu advogado, o serviço prestado pela ré.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. Pela descrição da sentença, transcrita no acórdão, pode-se concluir que a juíza de primeiro grau entendeu que seria descabida a concessão de indenização pelo total objetivado no recurso não conhecido na esfera trabalhista, justamente porque havia uma mera expectativa de reversão da sentença. Foi dentro desse contexto que se cogitou a aplicação da teoria da perda de uma chance. Ademais, restou ponderado que o montante de R\$ 20.000,00 seria suficiente para indenizar a chance perdida de prosseguir com a discussão do direito pretendido na Justiça do Trabalho, levando-se em conta: (a) que houve uma minuciosa apreciação dos pedidos em primeiro grau,

concluindo, todavia, pelo seu acolhimento apenas em parte; (b) que a natureza da causa, com ampla instrução probatória, indica, ao menos, a possibilidade de reversão em grau recursal; (c) o valor das parcelas pretendidas e (d) a concorrência do autor para o ocorrido, na medida em que não fiscalizou, por seu advogado, o serviço prestado pela ré.

116.Número do julgado: 5060392-18.2014.4.04.7100

Data de julgamento: 02/10/2015

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação ordinária ajuizada em face da ECT, em razão de alegada desídia na entrega de um livro indispensável para o concurso público que o autor estava prestando. O autor narra que se inscreveu no concurso para Técnico em Educação Ambiental da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul. Para fins de estudo efetuou pela internet a compra de determinado livro constante na bibliografia referida no edital do certame. Afirma que o livro foi postado pelo vendedor no dia 28/01/2014 e entregue apenas em 06/05/2014. Aduz que contatou a agência onde o livro fora postado e recebeu a informação de que o livro não se encontrava mais lá. Afirma que a proximidade do concurso e a ausência do livro fizeram despertar sentimentos de angústia, tensão e nervosismo. Informa que obteve a 14ª posição ao final do certame e que se tivesse havido a entrega do livro no prazo regular teria classificação melhor. Informa que interpôs recurso contra questões da prova e que a banca examinadora, em resposta, mencionou que as respostas podiam ser obtidas no livro não entregue. Assim, pugna pela condenação em danos morais pela perda de uma chance e danos materiais nos valores que teria recebido no cargo pretendido.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida (em parte). Há menções sobre a perda da chance em contextos diferentes no acórdão, sendo que em uma situação a indenização foi concedida e na outra não. A sentença, que acabou mantida, utilizou a teoria para justificar a indenização por danos morais. Consignou que houve falha da ECT na entrega do livro e que, apesar da responsabilidade por tal atraso, que tirou do autor a possibilidade de lograr melhor colocação no concurso, não se poderia confundir a probabilidade de alcançar o objetivo com a chance em si. Assim, com a condenação da ré ao pagamento dos danos materiais que o autor alega ter suportado (vencimentos do cargo), estar-se-ia partindo da certeza da aprovação e conseqüente nomeação para o cargo pretendido, o que não seria possível concluir a partir dos elementos trazidos aos autos. Por outro lado, a hipótese dos autos se coadunaria com os parâmetros da teoria da perda de uma chance, sendo justificável uma indenização a esse título por danos morais. O acórdão menciona que o autor alega ter experimentado prejuízos de ordem material e moral decorrentes do atraso na entrega de livro comprado com o objetivo de preparação para a prova de concurso público, o que acabou por frustrar a expectativa de acerto das questões relativas ao conteúdo do livro e, conseqüentemente, a aprovação no certame em melhor colocação. Entre outros argumentos, baseia seu pedido indenizatório na teoria da perda de uma chance. Afirma que a sentença recorrida analisou com profundidade a prova dos autos e, acertadamente, entendeu existentes danos indenizáveis, decorrentes da demora injustificada na entrega do produto. De outro lado, não se demonstrou a existência de danos materiais indenizáveis, pois o recebimento de valores sem a contraprestação laboral representaria enriquecimento ilícito, além do que não restaram caracterizados, neste particular, os requisitos para a perda de uma chance, de acordo com os parâmetros ofertados pela doutrina e pela jurisprudência. Não se poderia presumir que o autor seria aprovado no concurso. A presunção extraível seria somente a de que, de posse do livro, certamente teria condições de obter resultado melhor no concurso.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não constam informações específicas e considerações expressas a esse respeito. Tanto a sentença como o acórdão trazem excerto de julgado do STJ que trata a perda da chance como dano específico, mencionando que a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. No entanto, o que se verifica é que há uma análise da teoria aplicada em relação a pedidos de indenização por dano moral e material, entendendo-se, no caso concreto, pela aplicabilidade da teoria e da indenização no caso do dano moral e não cabimento em relação ao dano material especificamente alegado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. A sentença menciona que três questões da prova contra as quais o autor ingressou com recurso tinham suas respostas objetivamente apontadas no livro objeto da encomenda e que foi entregue com atraso pela ECT. No entanto, não há uma análise específica sobre a chance do autor acertar as referidas questões e ter uma melhor colocação no concurso. A mera probabilidade de que o autor lograsse melhor colocação no concurso se não fosse o atraso na entrega do livro, pela possibilidade de melhor preparação para responder às questões, ensejaria a reparação por dano moral. O acórdão menciona a necessidade de demonstração de oportunidade séria e real frustrada pela atuação irregular de terceiro. No entanto, em relação ao caso concreto, afirma que não se poderia presumir que o autor seria aprovado no concurso. A presunção extraível seria somente a de que, de posse do livro, certamente teria condições de obter resultado melhor no concurso. Em virtude disso, não seria cabível a indenização por danos materiais, relacionada aos vencimentos do cargo.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A sentença, transcrita pelo acórdão, fala de conduta desidiosa da ECT e ausência de elemento apto a afastar sua culpa exclusiva pela demora na entrega da encomenda.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A indenização pela perda da chance foi concedida com viés extrapatrimonial, tendo sido fixado o valor de R\$ 4.000,00. O valor foi fixado sem explicações relacionadas à probabilidade em si e foi tido como razoável pelo acórdão, pois estaria em conformidade com os critérios de moderação, prudência e com as peculiaridades do caso, inclusive a repercussão econômica da indenização, que deve apenas reparar o dano e não representar enriquecimento sem causa ao lesado. Consigna o acórdão que nessas hipóteses a indenização deve representar uma compensação ao lesado, diante da impossibilidade de recomposição exata da situação na qual se encontrava anteriormente, alcançando-lhe ao menos uma forma de ver diminuídas suas aflições. Outrossim, deve-se buscar o equilíbrio entre a prevenção de novas práticas lesivas à moral e as condições econômicas dos envolvidos.

117.Número do julgado: 5009252-42.2014.4.04.7100

Data de julgamento: 09/09/2015

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação ordinária ajuizada contra o IPEA objetivando indenização por danos materiais e morais, em virtude de arbitrário cancelamento da bolsa de estudos do autor. Pugnou o autor pela condenação do réu ao pagamento de danos materiais no montante equivalente a 11 meses de bolsa ou, subsidiariamente, a cominação de multa em virtude da rescisão contratual. Requereu ainda indenização por danos morais em valor não inferior a 20 salários mínimos, bem como indenização pela perda da chance de renovar o seu contrato no

período de 2010, no valor correspondente a 50% do valor anual da bolsa. Alternativamente, postulou o cumprimento do contrato com termo inicial na data do trânsito em julgado da sentença e com duração de um ano.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A sentença concedeu somente a indenização por danos morais, ao passo que o acórdão acolheu também o pedido de danos materiais equivalente a 11 meses de bolsa. Por outro lado, a sentença rejeitou a indenização pela perda de uma chance e o acórdão ratificou a sentença nesse tocante. No caso, o autor invocou a teoria da perda de uma chance para que fosse indenizado pela renovação contratual referente ao ano de 2010. No entanto, a sentença concluiu pela total ausência de prova de que a renovação se concretizaria, ainda mais considerando a completa falta de interesse do IPEA em manter o autor como bolsista ainda em 2009. Consignou-se que a probabilidade mais concreta, pelo que se teria no processo, seria a de que não aconteceria a renovação para o ano seguinte. Consequentemente, o prejuízo alegado seria irreal e, portanto, não amparado pela teoria da perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não constam considerações específicas sobre a natureza jurídica do instituto. A sentença transcrita no acórdão traz citação sobre a teoria da perda de uma chance afirmando que seria modalidade de obrigação reparatória decorrente da violação de deveres impostos pelo princípio da boa-fé. Constam também considerações no sentido de que o grau de probabilidade do prejuízo a ser evitado é que determinará o valor da reparação e que os danos relacionados a chances perdidas haverão de ser certos, consequência adequada de determinado fato antijurídico e suficientemente comprovados, se presentes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. A sentença, confirmada pelo acórdão nesse ponto, afirma que a probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser certa, séria, plausível e verossímil para que a indenização pela perda de uma chance seja concedida. No caso, esse requisito foi justamente o determinante para se afastar a indenização pela perda de uma chance. Afinal, a sentença concluiu que inexistiria prova de que a renovação da bolsa se concretizaria, ainda mais considerando a completa falta de interesse do IPEA em manter o autor como bolsista ainda em 2009. A probabilidade mais concreta, pelo que se teria no processo, é a de que não aconteceria a renovação para o ano seguinte. Consequentemente, o prejuízo não estaria amparado pela teoria da perda de uma chance. De fato, toda a fundamentação demonstra que o cancelamento da bolsa decorreu da falta de interesse do IPEA em manter o autor como bolsista, de modo que o racional utilizado para indeferimento da indenização pela perda de uma chance é coerente.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ilegalidade no cancelamento da bolsa sem o devido fundamento na portaria aplicável. A rescisão do contrato de bolsa seria, portanto, indevido. Esse aspecto foi determinante para a concessão das demais indenizações, mas não alterou o deslinde da indenização pela perda de uma chance, justamente por se entender não haver chance séria e real de renovação do contrato.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

118.Número do julgado: 5049010-96.2012.4.04.7100

Data de julgamento: 18/08/2015

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Inicialmente, tratava-se de medida cautelar buscando o provimento jurisdicional liminar que determinasse ao HCPA, à Fundação Médica do Rio

Grande do Sul e à Officium Assessoria, Seleção e Habilitação - empresa contratada para a realização de processo seletivo de residência médica - que se abstivessem de homologar e publicar o resultado do "Processo Seletivo Público de Médicos Residentes/2009 para R1 de Especialidades Médicas e para Residência em Áreas de Atuação" até o julgamento definitivo da lide, devido a irregularidades na avaliação do currículo do autor, para, ao final, ter reconhecido o direito a frequentar o programa de residência médica. O autor relatou na petição inicial que obteve o primeiro lugar na etapa inicial do processo seletivo de residência médica de cirurgia do aparelho digestivo. Afirmou que na segunda etapa, à qual o edital atribuiu peso 10, constituída da análise de currículo e arguição, teve reconhecido 3,5 pontos ao currículo e 1,0 ponto na respectiva arguição, enquanto seus concorrentes obtiveram nota máxima nessa fase. Alega, outrossim, que de acordo com os itens previstos no edital, seu currículo deveria alcançar a pontuação total de 4,5 pontos, ou, ao menos 4,31, e que a nota que lhe foi atribuída não foi suficientemente fundamentada. A liminar foi deferida para determinar que os réus deixassem de homologar e publicar o resultado do processo seletivo até o julgamento definitivo da demanda. A decisão foi posteriormente reformada dada a necessidade de profissional médico. Após determinação do Juízo, o autor emendou a petição inicial, requerendo: (a) a conversão da medida cautelar em ação de rito ordinário, a qual denominou de "Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo cumulada com Indenização por Perdas e Danos e Pedido de Antecipação de Tutela"; (b) a citação do segundo colocado no certame; (c) a majoração da pontuação conferida ao seu currículo na segunda fase do concurso mediante reconhecimento da validade dos certificados das atividades extracurriculares e que as horas a elas despendidas fossem consideradas de forma proporcional e (d) a antecipação dos efeitos da tutela para ingressar imediatamente no programa de residência médica, sob pena de perecimento do seu direito e indenização por danos materiais e morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão manteve a sentença nesse particular, que consignou que os critérios definidos no edital do certame não foram observados na análise do currículo do autor. De outra parte, registrou que os recursos administrativos interpostos pelo demandante foram julgados improcedentes e não foi declinada a motivação para o indeferimento. Sem a explicitação dos motivos, seria extremamente difícil aferir a correção daquilo que foi decidido. A falta de motivação no ato discricionário abriria a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetivo controle judicial. De todo modo, não seria mais possível a prestação da tutela específica inicialmente pleiteada, tendo em vista que a residência médica já teria se encerrado havia quase dois anos quando do julgamento pelo TRF4. Portanto, seria o caso de converter o pedido em perdas e danos. Na hipótese dos autos, os atos praticados pelos réus não teriam adotado os critérios editalícios pertinentes, motivo pelo qual deveria ser reconhecida a perda de uma chance relativa a não participação do autor no programa de residência médica. O acórdão afirmou especificamente que, em concurso público, a atuação do Poder Judiciário está adstrita à apreciação da legalidade das normas instituídas no edital ou o descumprimento deste pela comissão ou banca examinadora e seria justamente essa a hipótese dos autos.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença, transcrita e ratificada pelo acórdão, afirmou que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. A sentença registra a necessidade de que a chance seja séria e real

para que haja a concessão de indenização. Em relação ao caso concreto, fez uma análise detalhada do currículo do autor à luz do edital, apontando todos os aspectos que deveriam ter sido considerados pela banca. Ao final, concluiu que os documentos juntados com a petição inicial demonstrariam que o *curriculum vitae* do demandante merecia a obtenção de 4,5 pontos na prova de análise curricular, o que alçaria o autor à condição de primeiro lugar na classificação geral do concurso. Contudo, considerando que a prestação da tutela específica inicialmente pleiteada não seria mais possível, tendo em vista que a residência médica já tinha se encerrado, seria o caso de conversão em perdas e danos.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. De acordo com a sentença, mantida pelo acórdão, restou comprovado que o autor apenas não ingressou na residência médica em razão dos réus terem deixado de apreciar seu currículo de forma adequada e de acordo com os critérios objetivos do edital. Ademais, aborda-se a falta de motivação das decisões relacionadas aos recursos administrativos apresentados pelo autor.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão manteve a indenização fixada em sentença, na qual apenas se afirmou que o montante equivalente a R\$ 20.000,00 consideraria as nuances do caso concreto, revelando-se como suficiente e adequado para bem reparar os danos sofridos pela perda de uma chance, sobretudo porque a equivocada aferição do currículo do autor o afastou da especialização médica para a qual tinha nota mais que suficiente. No entanto, não há detalhamento sobre aspectos específicos de quantificação próprios da perda da chance.

119.Número do julgado: 5032555-22.2013.4.04.7100

Data de julgamento: 27/05/2015

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Frustração relacionada à obtenção de imóvel ou desenvolvimento de atividades em imóveis

Resumo da controvérsia: Ação anulatória de débito fiscal, com pedido de tutela antecipada, por meio da qual o autor pede a suspensão de crédito tributário, com a emissão de certidão conjunta positiva com efeitos de negativa de débitos federais, a fim de evitar a perda da chance da compra de um imóvel. Ao final, postula o cancelamento da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF 2010 e a anulação dos débitos fiscais, bem como o pagamento de indenização pela União Federal por danos morais e por perda de uma chance. Na inicial, o autor narrou que até o ano calendário de 2010, exercício 2011, seus rendimentos autorizavam a declaração de isento do imposto de renda pessoa física. Todavia, em setembro de 2012, alegou ter recebido cobrança efetuada pela Receita Federal em razão de pendências referentes a três DIRPFs relativas aos exercícios de 2008, 2009 e 2010. Sustentou que tais declarações eram fraudulentas, tendo sido entregues em seu nome e sem sua autorização. Alegou que o saldo devedor totalizava o valor de R\$ 4.978,95 e, na data aprazada pelo Fisco, o autor dirigiu-se à Receita Federal, tomou ciência do termo de intimação fiscal, apresentou documentos, prestou os esclarecimentos e formalizou sua manifestação de inconformidade, bem como a declaração de não reconhecimento das DIRPFs 2008, 2009 e 2010, solicitando a correção e baixa das pendências em seu nome, o que gerou a abertura de processo administrativo. Disse que somente em 06/06/2013 o autor recebeu correspondência da Receita Federal informando a baixa das declarações dos exercícios de 2008 e 2009, porém, a declaração relativa ao exercício de 2010 foi analisada posteriormente, pois constava da malha fiscal. Dessa forma, estando o processo administrativo em andamento, sustentou o autor que a Receita Federal deveria ter suspenso a exigibilidade do crédito e emitido a certidão positiva com efeitos de negativa, tendo em vista os indicativos de fraude, bem como

diante do protocolo tempestivo de impugnação ao lançamento. Também aduziu a ocorrência de danos morais e de perda de uma chance, qual seja, a compra de sua casa própria, já que o problema relativo ao exercício de 2010 inviabilizou a tempestiva emissão de certidão conjunta positiva com efeitos de negativa de débitos federais, necessária para obtenção de financiamento.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Aparentemente a indenização pela perda de uma chance é associada aos danos morais no caso em questão. Nesse ponto, o acórdão manteve a sentença, transcrevendo seus fundamentos. A sentença concluiu que o autor comprovou que a relação de débitos perante a Receita Federal efetivamente impediu a perfectibilização do contrato de aquisição do imóvel que estava sendo por ele celebrado. O autor tardou a receber comunicação da Receita Federal sobre a revisão do lançamento referente ao exercício 2010 e conseqüente extinção do débito tributário. Outrossim, a certidão negativa somente foi emitida algum tempo depois dessa comunicação. Portanto, ficou configurado o prejuízo sofrido pelo autor pela ineficiência dos controles da demandada, uma vez que perdeu a chance de comprar seu imóvel em virtude de pendências tributárias que lhe foram indevidamente imputadas. Consignou-se que, ainda que fosse possível admitir a ausência de responsabilidade da Receita Federal pela conferência dos dados no momento da declaração, após o comparecimento do autor e a sua manifestação de inconformidade quanto às DIRPFs referentes aos exercícios 2008, 2009 e 2010, apresentando fortes indícios de que a declaração de rendimentos era fraudulenta, cabia à Administração tomar as providências cabíveis para averiguar o ocorrido, bem como evitar que o particular fosse prejudicado por falha no seu sistema de arrecadação. Conclui, portanto, que ficou demonstrado que houve um ato ilícito capaz de gerar danos, e em sendo o evento danoso decorrência de ato atribuível à ré, consistente na falha do sistema de recepção da DIRPF, restaria configurado o dever de indenizar o autor pela perda da chance de compra do imóvel e por ter sido realizada cobrança indevida de tributo, decorrente de declaração indevida e fraudulenta.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No contexto dos autos, a indenização pela perda de uma chance foi concedida de forma associada aos danos morais. Porém, a sentença e o acórdão não apresentam considerações específicas em relação à natureza jurídica da perda de uma chance. O acórdão cita apenas um julgado que aborda a perda da chance como terceiro gênero de dano material e ainda o faz em contexto diverso, notadamente para demonstrar a razoabilidade do valor de indenização fixado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A sentença, acatada pelo acórdão no tocante à indenização pela perda de uma chance, apenas faz menção a um e-mail apresentado pelo autor que demonstraria que não foi possível dar seqüência à solicitação de financiamento habitacional em razão de pendências junto à Receita Federal. Ademais, entende que a Receita Federal tardou em emitir a certidão negativa dentro do contexto fático narrado. Portanto, estaria configurado o prejuízo sofrido pelo autor pela ineficiência dos controles da demandada, uma vez que perdeu a chance de comprar seu imóvel em virtude de pendências tributárias que lhe foram indevidamente imputadas. Contudo, não há análise específica sobre a necessidade de que a chance seja séria e real e, em relação ao caso concreto, sobre a probabilidade de aquisição do imóvel não fosse o problema da certidão fiscal.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha no sistema de arrecadação.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A sentença entendeu que a sugestão feita pelo autor, no valor de R\$ 107.841,74, seria desproporcional em relação à gravidade do caso.

Isso porque, ainda que o autor tenha perdido a chance de concretizar a compra do imóvel almejado pela negativa de aprovação de seu crédito junto à CEF, seu prejuízo não poderia ser equiparado ao valor do bem, sob pena de enriquecimento ilícito. Diante desse quadro, observando os princípios de razoabilidade e proporcionalidade e considerando as circunstâncias do caso concreto, considerou suficiente e adequado o valor de R\$ 15.000,00. O acórdão entendeu pela adequação do valor de indenização por danos morais à luz do caso concreto, ressaltando a dupla função da indenização (ressarcir a parte afetada e evitar que atos semelhantes venham a ocorrer novamente). Apontou também que a indenização deveria observar: (a) as circunstâncias e peculiaridades do caso; (b) as condições econômicas das partes; (c) a repercussão do fato; (d) a eventual participação do ofendido para configuração do evento danoso; (e) o caráter pedagógico da indenização e (f) a moderação a fim de evitar enriquecimento sem causa. Os critérios utilizados são aqueles ordinariamente utilizados em indenizações por danos morais. Há alguma consideração sobre a impossibilidade de equiparar a indenização ao valor do bem, considerando que houve a perda da chance de concretização da compra, mas ao final foram considerados os critérios aplicáveis aos danos morais.

120.Número do julgado: 5000317-32.2013.4.04.7105

Data de julgamento: 28/01/2015

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a responsabilização da União Federal, por danos morais, sob a alegação de que, no exercício de serviço militar obrigatório durante o ano de 2012, perante o 1º Batalhão de Comunicações de Santo Ângelo/RS, a autoridade determinou que o autor “dobrasse guarda” dentro da organização militar, do dia 02/11/2012 para 03/11/2012, além da qual estava inicialmente escalado (01/11/2012 a 02/11/2012), o que teria sido determinante para o fracasso do autor em prova do ENEM, realizada no dia 03/11/2012, pois cansado física e mentalmente. A sentença julgou a ação improcedente e o autor interpôs recurso de apelação, insistindo que foi obrigado a cumprir duas escalas contínuas, de forma ilegal, o que, notavelmente, prejudicou-o no ENEM. Aduziu que foi submetido a uma carga de trabalho prolongada, em contrariedade às disposições do Regulamento, não tendo o réu sequer tentado resolver a situação de outra maneira que não submetendo o autor à dobra de escala, no dia anterior ao exame que o mesmo iria prestar.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença de primeiro grau, reforçando duas razões para indeferimento do pedido indenizatório. Em primeiro lugar, concluiu que a conduta castrense não foi ilícita, havendo fundamento de validade hábil a autorizar, na data dos fatos, a "dobra de serviço", e dentro da discricionariedade permitida ao agente responsável pela condução administrativa da caserna. Teria sido demonstrada ainda a natureza aleatória da escolha do autor para a escala, não havendo demonstração de qualquer tipo de perseguição, o que tornaria temerária a responsabilização dos réus. Em segundo lugar, consignou-se que o dano invocado, relacionado à perda de uma chance, não restou demonstrado. Nesse ponto, a sentença afirmou que o autor deixou de demonstrar, por exemplo, a frequência a cursinho preparatório ou a aulas particulares para o ENEM, ou, ainda, apresentar cópia do histórico escolar de primeiro e segundo grau atestando notas elevadas e rotineiro empenho estudantil. Nem o curso de graduação pretendido teria sido informado. Portanto, o suposto prejuízo na prova realizada não teria ultrapassado a esfera da mera probabilidade, não se consubstanciando em chance séria e real.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém a sentença e o acórdão parecem se filiar ao entendimento de que a perda da

chance seria um dano específico, pois mencionam que "o dano invocado (perda de uma chance) não restou demonstrado". Vale notar que o autor associou o pleito de indenização a danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Esse foi um dos motivos para a não concessão da indenização pretendida pelo autor. A sentença, mantida e transcrita pelo acórdão, apontou que o autor nada de substancial aportou aos autos. Afirmou que situações importantes para a configuração da noticiada oportunidade perdida, tais como a demonstração de frequência a cursinho preparatório ou a aulas particulares para o ENEM, ou, ainda, a apresentação de cópia do histórico escolar de primeiro e segundo grau atestando notas elevadas e rotineiro empenho estudantil, restaram oportunizadas nos autos. Nem o curso de graduação pretendido pelo autor teria sido noticiado, inviabilizando, por conseguinte, o cotejo em concreto de seu desempenho e a indispensável demonstração de que, caso não tivesse sido submetido à dobra de escala, teria obtido melhor resultado na prova realizada. Registrou-se ainda que as testemunhas pouco souberam informar sobre a rotina de estudos do autor e seu grau de empenho para adentrar a seara universitária. Portanto, não houve demonstração de chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ausência de ato ilícito pela Administração, tendo esse fundamento sido importante para a rejeição do pleito autoral. Entendeu-se, ademais, que haveria fundamento de validade hábil a autorizar, dentro da discricionariedade permitida ao agente responsável pela condução administrativa da caserna, a dobra de serviço. Ademais, teria sido demonstrada a natureza aleatória da escolha do autor para a escala, não havendo demonstração de qualquer tipo de perseguição.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

121. Número do julgado: 5017430-48.2012.4.04.7100

Data de julgamento: 19/08/2014

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a anulação do licenciamento do autor do Exército, com pagamento retroativo, e condenação da União Federal ao pagamento de indenização por danos morais, materiais, perda de uma chance e pensão vitalícia. Nessa toada, a controvérsia cinge-se ao direito do autor de: (a) ser reintegrado às fileiras do Exército desde a data do seu licenciamento; (b) receber os valores devidos atrasados desde o licenciamento; (c) receber tratamento de saúde adequado diante da moléstia que o acomete desde antes do seu licenciamento e (d) receber indenização por danos morais. A sentença julgou a ação improcedente e o autor apelou alegando que o julgado merece reforma porquanto fundamentado em perícia judicial que concluiu pela inexistência de nexo causal entre a patologia adquirida na caserna, indo de encontro ao atestado médico emitido para fins de licenciamento. Nesses termos, requereu a reforma da sentença, para condenar a ré a reintegrá-lo ao serviço militar, com percepção dos pagamentos dos soldos desde a dispensa ilegal até que esteja plenamente curado, bem como condená-la ao pagamento de indenização por danos morais, materiais, perda de uma chance e pensão vitalícia. Alternativamente, pleiteou o retorno dos autos à origem, a fim de que seja designada nova perícia médica.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4, no acórdão, entendeu pela reforma parcial da sentença, mas manteve a rejeição do pleito indenizatório, inclusive pela perda de uma chance. O TRF4 entendeu que, havendo lesão ou doença adquirida em decorrência do serviço na caserna ou durante o período em que esteve nas Forças Armadas,

enquanto não curada, os atos de licenciamento ou desincorporação do militar não poderiam ser levados a efeito. Em consequência, o autor teria direito ao recebimento do soldo e à assistência médico-hospitalar até a recuperação da capacidade laborativa. Portanto, o licenciamento levado a cabo deveria ser revisto. Por outro lado, consignou que o reconhecimento judicial de determinada ilegalidade praticada pela Administração, por si só, não caracterizaria dano moral passível de reparação. Inexistindo situação fática a denotar abalo moral passível de indenização específica, não alcançada pelo desfazimento do ato administrativo irregular, seria infundada a pretensão do autor em relação a esse tópico. Quanto ao pedido de indenização por perda de uma chance, consignou que tal teoria reclama a demonstração de que a atitude comissiva ou omissiva do agente tenha retirado a chance real da vítima conseguir determinado benefício. No entanto, diante da determinação de reintegração do militar, com recebimento do soldo e assistência médico-hospitalar até a recuperação de sua capacidade laborativa, não seria o caso de se falar em danos materiais, perda de uma chance, nem mesmo em direito à pensão vitalícia, uma vez que, conforme demonstrado no laudo pericial, a lesão do autor não o incapacitaria para todas as atividades civis.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não constam considerações específicas, mas o acórdão trata a indenização pela perda da chance de forma autônoma em relação às demais indenizações pleiteadas pelo autor. Ademais, cita acórdão do STJ que qualifica a perda da chance como algo intermediário entre danos emergentes e lucros cessantes, visando reparar precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão menciona a necessidade de se demonstrar a probabilidade concreta de que a chance perdida poderia de fato trazer à vítima o benefício suscitado. Anota também que não bastam alegações hipotéticas. No entanto, no caso, o fato de ter sido determinada a reintegração do militar, com recebimento do soldo e assistência médico-hospitalar até a recuperação de sua capacidade laborativa, tornaria descabida a indenização pela perda de uma chance, especialmente porque, conforme demonstrado no laudo pericial, ainda que a lesão do autor enseje determinadas limitações, não o incapacitaria para todas as atividades civis. Não há uma análise mais detalhada sobre as funções que poderiam ser exercidas e a lesão do autor, mas a conclusão do laudo pericial é genericamente apontada como suficiente para afastar a perda de uma chance séria e real à luz do contexto do processo.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Aborda-se a irregularidade no licenciamento do autor das Forças Armadas. Por outro lado, há ressalva no sentido de que nem toda ilegalidade dá ensejo ao pagamento de indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

122.Número do julgado: 5004117-97.2010.4.04.7000

Data de julgamento: 27/05/2014

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação ajuizada contra o INSS objetivando o pagamento de indenização por danos morais em decorrência do extravio de processo administrativo que indeferiu a concessão do benefício de pensão pela morte do marido da autora. A sentença julgou a ação improcedente e a parte autora apelou sustentando, em síntese, que em virtude da perda do processo administrativo, por atitude negligente do réu, a autora sofreu prejuízos

de ordem moral, em razão de angústia, aflição e mal-estar, que devem ser ressarcidos. Aduziu também que restou configurada a teoria da perda da chance, pois a conduta da ré, ao extravaiar o processo administrativo, causou danos indiretos, pois a demandante teve sua chance de obter êxito em ação judicial reduzida. Insurgiu-se contra a fixação de multa por litigância de má-fé, sustentou ter sofrido abalo moral e pediu a reforma da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4 acatou os fundamentos da sentença como razões de decidir. Segundo a sentença, a ação seria improcedente na medida em que foi possível verificar que a autora teve acesso ao processo administrativo que negou o benefício de pensão pela morte do seu marido e, por conseguinte, ao motivo de seu indeferimento, tanto que ajuizou ação judicial para discuti-lo. Logo, tanto o fato (extravio do processo administrativo) como o dano (perda da chance de obter êxito na concessão do benefício por meio de ação judicial e a angústia/aflição daí decorrente) alegados na ação judicial seriam inverídicos. O acórdão acrescenta que, em vista desse cenário, inexistiriam elementos no feito que permitissem concluir ou, ao menos, presumir que a autora suportou efetivo abalo emocional ou dano à sua honra (objetiva ou subjetiva) em razão do extravio do processo. Tanto que restou comprovado durante a instrução probatória o ajuizamento de ação ordinária, julgada improcedente, na qual a autora questionava o indeferimento administrativo do benefício de pensão por morte.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão consigna que a teoria da perda de uma chance reclama a demonstração de que a atitude comissiva ou omissiva do agente tenha retirado a chance real da vítima conseguir determinado benefício. Ademais, cita acórdão do STJ segundo o qual a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Contudo, não há uma análise específica e detalhada a respeito da natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão menciona que a teoria da perda de uma chance depende da demonstração de uma probabilidade concreta de que a chance perdida poderia de fato trazer à vítima o benefício suscitado. Não bastam alegações hipotéticas. No caso, tendo sido verificado que houve o ajuizamento de ação ordinária para discutir a concessão de benefício, analisada no mérito e julgada improcedente, entendeu-se que na verdade a alegação de extravio do processo administrativo e de perda de chance seriam inverídicas. Além disso, não havia chance séria e real de obtenção do benefício, tanto que restou demonstrada a improcedência da ação ordinária ajuizada pela parte autora para discutir o objeto do suposto processo extravariado. Não há uma discussão sobre eventual prejuízo suportado na ação ordinária pela ausência de autos do processo administrativo. Na verdade, pressupõe-se que as argumentações quanto ao próprio extravio são inverídicas, o que impacta o racional da indenização pleiteada.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não. Na realidade nem se adentra qualquer análise a respeito do extravio dos autos, em virtude do fato de ter sido localizada ação ordinária que discutia o benefício objeto do processo administrativo e, nessa medida, a sentença e o acórdão concluíram que o extravio e o alegado dano pela perda de chance seriam inverídicos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

123.Número do julgado: 5017529-52.2011.4.04.7100

Data de julgamento: 13/05/2014

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra o HCPA objetivando o pagamento de indenização por danos morais e materiais, bem como pensão mensal, em decorrência de negligência no acompanhamento médico prestado pelo hospital em relação a uma doença nos olhos (degeneração macular relacionada à idade - DMRI) que levou a autora à perda de visão de um dos olhos (sendo que no outro já havia se perdido a visão). A autora alega que o réu foi negligente ao não constatar o avanço da doença que lhe fez perder a visão, mesmo com a realização de consultas frequentes. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de condenar o réu a pagar à autora indenização de R\$ 80.000,00 por danos morais e de R\$ 4.839,50 por danos materiais. Apelaram ambas as partes. O HCPA defendeu a ausência de requisitos para a configuração da teoria da perda de uma chance, e ainda, do nexo de causalidade entre sua conduta e o dano alegado pela autora. Requereu, também, a redução da verba honorária. A autora, por sua vez, postulou a reforma da sentença para que a teoria da perda de uma chance fosse desvinculada dos danos morais, com a consequente majoração das indenizações. Reiterou também o pedido de pensão mensal.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão transcreveu a sentença de primeiro grau e se reportou à fundamentação nela contida em relação à indenização pela perda de uma chance (associada à indenização por danos morais no caso concreto). A sentença, após longa descrição dos fatos, concluiu que a autora notou que sua visão estava piorando e procurou o hospital. O médico que a atendia, contudo, presumiu que as queixas da autora decorriam unicamente de equívoco nas lentes que lhe haviam sido receitadas anteriormente, e, sem examinar a visão da autora, limitou-se a receitar novas lentes. Além disso, outro fato de grande relevância para o acolhimento do pedido teria sido o fato de que a autora somente foi informada que sofria de DMRI em consulta realizada em 17/03/2010, quando o problema já era irreversível. Portanto, a falha em relação ao dever de informação - embora impossível determinar em que extensão - teria contribuído para diminuir as chances da autora de minorar o dano à visão, pois, se soubesse da doença, poderia ter procurado tratamento assim que notou a primeira piora de sua visão. Por outro lado, o perito afirmou que o tratamento a essa doença não tem eficiência indiscutível e não se sabe como a autora reagiria a ele. Ainda que não se possa ter certeza de que o tratamento seria eficaz - e, caso fosse, de qual seria a extensão dessa eficácia -, entendeu-se que, devido à falha cometida pelo réu, a autora perdeu a chance de se submeter ao tratamento a tempo, o que poderia ter diminuído os danos causados pela doença.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém, no caso concreto, pode-se inferir que a perda da chance é associada a um dano moral. A sentença afirma que a verba indenizatória fixada diz respeito à perda da chance e aos danos morais, pois a chance que a autora perdeu foi a de evitar a perda da sua visão, que foi o que lhe causou o dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. A sentença, acolhida pelo acórdão, faz uma análise detalhada das provas e fatos para concluir pelo cabimento da indenização pela perda de uma chance. Conclui que houve negligência no atendimento médico, pois o médico presumiu que as queixas da autora decorriam unicamente de equívoco nas lentes que lhe haviam sido receitadas anteriormente, e, sem examinar a visão da autora, limitou-se a receitar novas lentes. Além disso, demorou-se muito tempo para informar a autora que ela sofria de DMRI. A falha em relação ao dever de informação teria contribuído para diminuir as chances da autora de minorar o dano à visão, pois se soubesse poderia ter procurado tratamento anteriormente. Sobre a efetividade do tratamento, a sentença se reporta a excertos do laudo pericial e conclui que o tratamento não teria eficiência indiscutível e não se sabe como a

autora reagiria a ele, mas haveria chance de estabilização da doença a partir do tratamento. Não há expressa abordagem sobre o requisito da chance séria e real dentro desse contexto, mas pode-se depreender que a conclusão quanto à caracterização de uma chance indenizável é extraída a partir da prova técnica. Ademais, o acórdão não faz uma análise quanto à probabilidade de estabilização da visão, porém entende que a autora tinha direito a ter a chance de se tratar no tempo devido e tal direito foi tolhido pela falha do réu.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de negligência no atendimento médico e especialmente falha no dever de informação.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença, ratificada pelo acórdão, apresentou acórdãos diversos de situações similares de perda de visão para buscar parâmetros de indenização e concedeu uma indenização um pouco inferior àquelas arbitradas nesses outros acórdãos de perda da visão, considerando que: (a) a autora já apresentava problemas de visão no olho esquerdo e que (b) mesmo que ela soubesse da sua doença e procurasse tratamento a tempo, não seria certo que o tratamento funcionaria. Não há uma discussão sobre a probabilidade em si, mas a incerteza do tratamento foi considerada na quantificação da indenização.

124.Número do julgado: 5002259-31.2010.4.04.7000

Data de julgamento: 13/05/2014

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação ordinária ajuizada contra o INSS objetivando a condenação deste ao pagamento de indenização por danos morais pelo extravio do processo administrativo de concessão de aposentadoria ao autor. Aparentemente, o autor invoca a teoria da perda de uma chance relacionada ao pedido de indenização por danos morais, sob o fundamento de que o extravio teria gerado a perda da chance de revisão do benefício previdenciário. Foi proferida sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir e o autor apelou da referida sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença de primeiro grau e se reportou às razões de decidir ali constantes. A sentença concluiu pela falta de interesse de agir do autor, na medida em que foi captada a existência de ação revisional de benefício previdenciário, ainda sem sentença. Assim, não poderia se dizer que houve perda da chance de revisão do benefício, porquanto haveria ação em curso, sem decisão definitiva, razão pela qual a necessidade de acionar o Judiciário para requerer a condenação do réu em danos morais pelo extravio do procedimento administrativo não estaria definitivamente assentada no mundo dos fatos. Por outro lado, o INSS, com base nos documentos anexados no processo, teria promovido simulação de cálculo de aposentadoria por idade, com base na relação de salários de contribuição, o que resultou em diferenças em favor do autor. Tais documentos poderiam ser anexados pelo autor no procedimento de revisão de benefício como prova do direito pretendido. O acórdão acrescentou que a teoria da perda de uma chance diz respeito à comprovação de um dano causado por terceiro, que inviabiliza totalmente uma expectativa futura, hipótese que não estaria configurada nos autos. Ademais, inexistiria prova de que o autor suportou efetivo abalo emocional ou moral em razão do extravio do processo. Eventual diligência perante o INSS e outras medidas adotadas para requerer cópia do processo administrativo, bem como a ciência de seu extravio, não teriam o condão de caracterizar dano moral.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão afirma que a teoria da perda de uma chance diz respeito à comprovação de

um dano causado por terceiro, que inviabiliza totalmente uma expectativa futura, hipótese que não estaria configurada nos autos. No entanto, não há explicação adicional sobre a natureza jurídica do instituto. Pela descrição apresentada, pode-se associar o dano pela perda da chance a um dano moral no caso concreto, devido ao pleito formulado pelo autor nesse sentido e fundamentação no acórdão para rejeitar a indenização por dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A questão da caracterização de chance séria e real não é sequer aventada na sentença ou acórdão, já que se verificou a existência de ação judicial que discutia a revisão do benefício previdenciário, ainda sem decisão, de modo que não estaria sedimentada a necessidade de ir à juízo para buscar uma indenização por danos morais pelo extravio do processo. Foi justamente por isso que se concluiu pela falta de interesse de agir. Ou seja, ainda não haveria confirmação de que houve de fato uma chance perdida. Adicionalmente, o acórdão afirma inexistir prova de que o autor suportou efetivo abalo emocional ou moral em razão do extravio do processo. Eventual diligência perante o INSS e outras medidas adotadas para requerer cópia do processo administrativo, bem como a ciência de seu extravio, não teriam o condão de caracterizar dano moral. Quando muito, tratar-se-ia de mero dissabor, o que não seria suficiente para gerar o dever de indenizar.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não. Considerando que foi localizada ação revisional do benefício previdenciário, entendeu-se que a necessidade de ir à juízo para discutir o extravio do processo não estaria sedimentada. Assim, não se discutiu efetivamente a questão do extravio em si.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

125.Número do julgado: 0012936-70.2008.4.04.7100

Data de julgamento: 05/12/2013

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação ajuizada contra o CEFET de Pelotas (ora Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sulriograndense) e o DETRAN com o escopo de obter a condenação dos réus ao pagamento de uma indenização por dano moral em valor não inferior a 500 salários mínimos e indenização por dano material, no valor mensal do salário da função de instrutor de trânsito teórico e prático, acrescido do valor correspondente a aula/dia, desde 31/05/2005 até o trânsito em julgado do feito, bem como a devolução dos valores dispendidos junto ao CEFET (R\$ 1.400,00) e o valor do alvará de credenciamento junto ao DETRAN (R\$ 80,25). Narrou o autor que, em 1995, sofreu acidente, vindo a perder por completo a visão do olho esquerdo. Em 31/10/1996, obteve sua primeira carteira de habilitação, na qual não constava qualquer restrição ao exercício de atividade remunerada. Em 1998, foi editada Resolução que vedou o exercício de atividade remunerada na direção de veículos a pessoas com visão monocular. Aduziu que, em abril de 2005, sem saber da restrição, inscreveu-se no Curso de Instrutor de Trânsito Teórico/Prático, junto ao CEFET, juntando uma série de documentos, inclusive sua CNH. Habilitado, frequentou o curso, obteve o certificado correspondente e credenciou-se junto ao DETRAN, após ter fornecido vasta documentação. Posteriormente, o autor passou a residir em Charqueadas/RS, tendo então deixado currículo no CFC oficial a fim de obter vaga. Numa de suas idas ao CFC, o funcionário pediu para ver sua CNH, ocasião em que lhe informou que não poderia exercer atividade remunerada, em razão da visão monocular. Aduziu ter questionado o DETRAN acerca da sua situação, sem ter obtido resposta até a data do ajuizamento da ação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A indenização pela perda de uma chance foi rejeitada pela sentença e o autor aparentemente não recorreu desse aspecto,

embora sejam apresentadas considerações a respeito na ementa do acórdão. Contudo, em razão da transcrição da sentença, é possível saber a fundamentação utilizada em relação a esse pleito indenizatório. Em resumo, o acórdão acatou a sentença, utilizando seus fundamentos como razões de decidir. A sentença, por sua vez, concluiu que houve indevida omissão do Poder Público. Precisamente, houve falha do CEFET ao aceitar a matrícula do autor no curso de instrutor, considerando a visão monocular. Tendo em vista que não havia informações referentes às limitações aos portadores de visão monocular nos documentos que arrolavam os requisitos para a formação como instrutor, constatou-se que o autor não teve acesso às informações corretas e não tinha como saber que estava impedido de exercer tal atividade remunerada. O demandante agiu de boa-fé ao se matricular no curso e cabia ao CEFET, por ocasião do pedido de matrícula do demandante, indeferi-lo, esclarecendo-o da vedação de atividade remunerada. Essa falha foi determinante para a concessão de indenização por danos morais, entendendo-se que o autor teve uma expectativa de laborar na profissão que lhe aprazia, a qual foi incentivada indevidamente pelos atos negligentes dos réus e, posteriormente, frustrada quando estes perceberam que a condição peculiar do autor não lhe permitia o exercício da atividade almejada. Por outro lado, não seria cabível a indenização por danos materiais, já que a habilitação não servia como garantia de obtenção de vaga no mercado de trabalho, e tampouco caberia a indenização pela perda de uma chance de exercício efetivo da profissão, visto que, desde que obteve o credenciamento junto ao DETRAN até o momento em que o funcionário do CFC lhe informou de que não poderia exercer atividade remunerada, ao demandante nunca foi efetivamente oferecida uma vaga de instrutor.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Contudo, no caso concreto, a indenização pela perda da chance parece associada a um dano material, sendo abordada em capítulo da sentença com esse título.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Não se aborda expressamente a necessidade de que a chance seja séria e real para justificar a indenização. Contudo, a sentença fala de descabimento da indenização por danos materiais, já que o fato do autor ter concluído um determinado curso que lhe propiciava uma certa habilitação não seria garantia alguma de que ele viria a obter uma posição no mercado de trabalho, a teor das estatísticas oficiais acerca da população economicamente ativa. Ademais, aduz que tampouco haveria falar em perda de uma chance, uma vez que, desde que obteve o credenciamento junto ao DETRAN até o momento em que o funcionário do CFC lhe informou de que não poderia exercer atividade remunerada, ao demandante nunca foi efetivamente oferecida uma vaga de instrutor. Portanto, pode-se concluir que foram analisados elementos relacionados à probabilidade de recebimento de remuneração pelo efetivo exercício da profissão e, por outro lado, foi ressaltada genericamente a não apresentação de documentos que evidenciem o oferecimento de vaga efetiva de instrutor ao autor.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A sentença acatada pelo acórdão defende a necessidade de demonstração do elemento culpa em casos de responsabilidade por omissão. Nesse sentido, fala-se de omissão indevida do Poder Público e falha ao ter sido aceita a matrícula do autor no curso de instrutor.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

126.Número do julgado: 5003100-46.2012.4.04.7100

Data de julgamento: 05/12/2013

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais e materiais em razão de terem sido prestadas informações equivocadas sobre o tempo computável para aposentaria do cargo de médico, o que fez com que o autor trabalhasse durante período no qual já poderia ter se aposentado. Aduz o autor que exerceu a função de médico por 39 anos, seis meses e 11 dias visando à aposentadoria, mas foram-lhe prestadas informações equivocadas sobre o tempo computável, não sendo consideradas as licenças-prêmio em dobro, tendo gozado uma delas por orientação de agente público. Aduziu que requereu a aposentadoria em 2006, mas esta foi negada, sem se considerarem as peculiaridades do seu caso, o que o prejudicou material e moralmente, até porque foi convidado para um cargo de diretoria na UNIMED, que não pôde assumir porque ainda prestava serviço público, deixando de obter uma melhor condição de vida. Asseverou ter tido sofrimentos de índole psicológica, não só por ter de trabalhar por mais tempo, mas pela perda de uma chance e porque passou a labutar sem prazer, como mero dever. Alegou que o dano material estaria relacionado com o valor das contribuições que pagou desde a data em que poderia se aposentar, postulando sua devolução em dobro. Sustentou estarem presentes o dano, o nexa e a culpa do réu, razão pela qual seriam cabíveis as indenizações postuladas. Foi proferida sentença de improcedência, a qual foi desafiada por recurso de apelação do autor.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF4 acatou as razões de decidir da sentença de primeiro grau, na qual, após análise do arcabouço normativo e jurisprudencial aplicável, consignou-se que o autor poderia ter solicitado sua aposentadoria em 2007, quando reunia os requisitos para tanto e não o fez, não podendo imputar tal fato à União Federal. Não poderia, ademais, alegar desconhecimento da lei, pois a ninguém cabe tal alegação. A sentença também aponta que a indenização pela perda de uma chance estaria relacionada à alegada oportunidade de dirigir a UNIMED, contudo nada nos autos denotaria que tal oportunidade existiu. Portanto, não se poderia aplicar a teoria e nem conceder a reparação. O acórdão acrescenta, nesse particular, que a teoria da perda de uma chance reclama a demonstração de que a atitude comissiva ou omissiva do agente tenha retirado a chance real de a vítima conseguir determinado benefício. Portanto, a sentença não mereceria retoque nesse ponto.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença acolhida pelo acórdão transcreve excerto de julgado do STJ que consigna que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. O acórdão cita a ementa do mesmo julgado do STJ e menciona que a perda de uma chance reclama a demonstração de que a atitude comissiva ou omissiva do agente tenha retirado a chance real de a vítima conseguir determinado benefício. Com exceção das transcrições de julgados do STJ, não são apresentadas considerações específicas sobre a natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. A sentença e o acórdão ressaltam a necessidade de se demonstrar uma probabilidade concreta (chance séria e real) para que seja cabível a indenização pela perda de uma chance. No caso concreto, afirma-se que isso não teria sido demonstrado já que o autor sequer apresentou provas da alegada oportunidade de dirigir a UNIMED, que supostamente não teria sido assumida em razão do autor ainda prestar serviço público. Diante da ausência de provas, a possibilidade de concessão de indenização com base na teoria foi afastada. Não foram apresentadas considerações específicas sobre os documentos que poderiam ser apresentados para demonstrar que a chance era séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que a concessão de aposentadoria voluntária depende de requerimento administrativo da parte, de forma que não se pode imputar à União Federal atitude desidiosa ou enriquecimento sem causa. Cabia ao autor ter solicitado a aposentaria quando reunia os requisitos para tanto e sua inércia não poderia ser imputada à União Federal.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

127.Número do julgado: 5007014-98.2010.4.04.7000

Data de julgamento: 03/12/2013

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação do INSS ao pagamento de indenização por danos morais em decorrência do extravio de processo administrativo relativo a benefício previdenciário do autor, que continha documentos originais que estavam sob a guarda do ente público e que jamais foram recuperados. A sentença julgou a ação improcedente e o autor interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que em virtude da perda do processo administrativo por atitude negligente do réu, sofreu prejuízos, tendo em vista que pretendia ter acesso aos documentos correlatos para instruir ação judicial em que iria pleitear a revisão do seu benefício. Aduziu que restou configurada a teoria da perda da chance, pois a conduta do réu, ao extraviar o processo administrativo do autor, não causou danos diretos, mas sim indiretos, pois o demandante teve sua chance de obter êxito na ação revisional de benefício reduzida, tendo em vista terem sido perdidos os documentos contidos no processo administrativo, os quais demonstrariam a legitimidade do pleito revisional. Alegou ter sofrido abalo moral e pediu a reforma da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão confirmou a sentença e usou seus fundamentos como razões de decidir. A sentença, por sua vez, entendeu não estarem presentes os requisitos para configurar a responsabilidade civil do INSS ao pagamento de danos morais ao autor. Embora efetivamente tenha ocorrido o extravio do processo administrativo atinente ao benefício de auxílio suplementar acidente de trabalho, consignou que não houve demonstração de que esse fato efetivamente tenha ocasionado dano de ordem moral ao autor. Na petição inicial o autor aduz que o extravio da documentação em questão prejudicou a possibilidade de ingressar com ação para pleitear a revisão do seu benefício de aposentadoria por invalidez. No entanto, seria necessária demonstração acerca do próprio recebimento ou não de aposentadoria por invalidez. Além disso, seria necessário demonstrar, minimamente, que o extravio do processo administrativo teria o condão de retirar a possibilidade de revisão do benefício. Assim, a parte autora deveria indicar precisamente os documentos ali constantes cujo extravio inviabilizou o pedido de revisão do benefício. No entanto, o autor apenas apresentou alegações genéricas a esse respeito. Ademais, a sentença ainda registra que algumas alegações do autor sequer se mostrariam verídicas. Por exemplo, o autor afirmou que o extravio do processo implicou na perda da comprovação dos vínculos de emprego que mantinha, mas os vínculos estariam devidamente registrados perante o INSS. Portanto, inexistiria demonstração mínima de que o autor perdeu a chance de obter a revisão administrativa ou judicial de benefício previdenciário.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença, acolhida pelo acórdão, menciona que a teoria da perda de uma chance reclama a demonstração de que a atitude comissiva ou omissiva do agente tenha retirado a chance real da vítima conseguir determinado benefício. Por outro lado, em virtude do pleito formulado pelo autor, associa a perda da chance com um dano moral, asseverando que não

foi demonstrado um dano moral decorrente da perda da chance de obter a revisão administrativa ou judicial de benefício previdenciário, em razão do extravio do processo administrativo. A sentença também cita precedente do STJ que afirma que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Contudo, não são tecidas considerações mais específicas a respeito da natureza jurídica da perda da chance na sentença e no acórdão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. A sentença e a ementa do acórdão mencionam a necessidade de se demonstrar a probabilidade concreta de que a chance perdida poderia de fato trazer à vítima o benefício suscitado. Consignam que não bastam alegações hipotéticas. No caso, a sentença, acatada pelo acórdão, entende que isso não foi evidenciado, já que o autor precisava demonstrar se percebia aposentadoria por invalidez e precisava indicar, expressamente, quais documentos foram extraviados e que impediriam a revisão em questão. Isso porque a afirmação de que o extravio do processo implicaria óbice absoluto à revisão do benefício apenas seria possível de ser formulada a partir da constatação da imprescindibilidade de documentos lá constantes. Pondera que a ausência de indicação exata de quais documentos foram extraviados impediria, inclusive, que se analisasse se a falta de tais documentos constituía realmente óbice intransponível à revisão do valor do benefício. Isso porque seria possível, por exemplo, que parte desses documentos fosse obtida junto à empresa empregadora. Esses aspectos foram tidos como determinantes para a avaliação da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance e se relacionam com a necessidade de demonstração de que foi tolhida chance séria e real. Não há indicação mais detalhada sobre eventuais documentos que poderiam subsidiar a caracterização de uma chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A sentença apresenta um grande arcabouço teórico sobre responsabilidade, incluindo considerações sobre a necessidade de prova do elemento culpa. Ademais, afirma que de fato houve extravio de autos. No entanto, outros aspectos foram determinantes para afastar a indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

128.Número do julgado: 5026749-83.2011.4.04.7000

Data de julgamento: 04/09/2013

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação ajuizada contra a ECT objetivando a condenação desta ao pagamento de indenização por danos materiais, tendo em vista o extravio de produtos da autora, que foram encaminhados via Sedex à Marinha do Brasil. Afirmou a autora que participou de licitação junto ao Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro - COMRJ para fornecimento de 10.000 quilogramas de xarope de glicose, da qual foi vencedora, por ter ofertado seu produto com menor preço em relação aos demais concorrentes. Na sequência, foi aberta a fase de aceitação das propostas, motivo pelo qual deveria entregar amostras de seus produtos entre os dias 21 e 22/03/2011. Informou que, no dia 18/03/2011, enviou as amostras necessárias por meio de Sedex, cujo prazo de entrega é de até dois dias úteis. Falou que a encomenda, no entanto, chegou ao seu destino somente no dia 25/03/2011 e, em razão do atraso, a autora foi desclassificada do certame. Sustentou a responsabilidade objetiva da parte ré e atribuiu aos lucros cessantes o valor de R\$ 45.834,90.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão manteve a sentença e adotou seus fundamentos como razões de decidir. Ponderou que seria incontroverso o fato de que a ré entregou com atraso a correspondência enviada pela autora e que o número da correspondência foi mencionado pelo leiloeiro do Centro de Obtenção da Marinha/RJ, como sendo referente às amostras da empresa entregues no dia 25/03/2011. Haveria nexo de causalidade entre a conduta da ré - que atrasou a entrega da correspondência - e a perda da possibilidade de firmar contrato por parte da autora, sendo aplicável a teoria da perda de uma chance, conforme precedentes de situações similares. A sentença aborda também a caracterização de chance séria e real de celebração do contrato. O acórdão acrescentou que, diante do conjunto probatório, haveria o dever da ECT de indenizar os danos materiais, pois os elementos presentes nos autos seriam suficientes para corroborar as alegações da autora, caracterizado o nexo causal entre o vício existente no serviço prestado pela ré (entrega tardia de Sedex) e a desclassificação na licitação.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. A ementa do acórdão conceitua a perda da chance como terceiro gênero de dano material. No voto em si não há menção a esse respeito, exceto em julgado citado na sentença, a qual, por sua vez, foi transcrita no acórdão.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. A sentença, acatada e transcrita pelo acórdão, menciona a necessidade da chance perdida ser séria e real em transcrição doutrinária. Embora fosse possível um maior detalhamento teórico sobre tal requisito, há uma abordagem forte relacionada ao caso concreto. A sentença aborda aspectos específicos do caso concreto ao tratar da quantificação da indenização, oportunidade em que afirma que a probabilidade de obtenção do benefício deve influenciar o valor de indenização, conforme diretrizes de aplicação da teoria da perda de uma chance. Afirma que seria ínfima a possibilidade da autora não vir a ser contratada, pois foi vencedora no certame, sua amostra foi aprovada, restando apenas a remessa de documentação pertinente relativa à Fase Aceitabilidade da Proposta, a Proposta de Preço e documentação relativa à Aceitação. Além disso, a autora teria comprovado que já foi vencedora em várias licitações junto ao Comando da Marinha e do Exército.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. A sentença consignou que, tratando-se de indenização por aplicação da teoria da perda de uma chance, a sua quantificação "dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria." No caso concreto, pondera que era ínfima a possibilidade da autora não vir a ser contratada, em razão dos trâmites da licitação e histórico da autora em outras licitações junto ao Comando da Marinha e do Exército. Nesse sentido, entendeu por arbitrar a indenização a ser paga pela ré em 90% do valor apontado a título de lucros cessantes, ou seja, em R\$ 41.251,41, com as atualizações cabíveis. O valor de indenização foi mantido no TRF4, tendo havido apenas alterações relacionadas a aspectos dos juros de mora.

129.Número do julgado: 5000211-51.2010.4.04.7210

Data de julgamento: 16/07/2013

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação indenizatória promovida em face da União Federal em razão de acidente ocorrido durante o serviço militar. Foi solicitada indenização por danos morais e estéticos, pela perda de uma chance (pois em razão do acidente o autor perdeu a

oportunidade de ser aprovado no concurso da Polícia Militar para o qual vinha se preparando), bem como indenização de férias. Foi proferida sentença de parcial procedência que sofreu reforma no TRF4 apenas para afastar a indenização por danos morais, sendo mantida nos demais pontos. Inicialmente, a pesquisa indicou o acórdão referente aos embargos de declaração opostos por ambas as partes. A União Federal embargou alegando omissão quanto aos ônus sucumbenciais e o autor embargou alegando, entre outros pontos, que o acórdão foi omissivo relativamente à alegação recursal de 'perda de uma chance' e de 'indenização de férias'. O autor requereu a supressão das omissões apontadas e a atribuição dos efeitos infringentes aos embargos de declaração. Como o acórdão referente aos embargos de declaração apresentava informações parciais, houve também análise do acórdão da apelação, para a devida complementação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão referente aos embargos de declaração assevera que, de fato, o acórdão da apelação restou omissivo em relação a outras verbas indenizatórias que não a indenização por dano moral. Ao reproduzir a sentença, o acórdão teria deixado de confirmar que os demais pontos suscitados no recurso de apelação do autor, exceto a questão do dano moral, foram mantidos por seus próprios fundamentos. Assim, os embargos de declaração do autor foram acolhidos para sanar as omissões apontadas, acrescentando ao voto e ao acórdão um parágrafo de esclarecimento. O parágrafo deixou expresso que a sentença deveria ser mantida por seus próprios fundamentos em relação ao pleito de 'perda de uma chance'. Segundo a transcrição da sentença, constante no acórdão da apelação, a situação narrada pelo autor envolveria uma chance de realização muito pequena. Aduziu o autor que, em razão do acidente sofrido, perdeu a chance de ser aprovado no concurso público para o Curso de Formação de Soldados do ano de 2005, realizado pelo Estado de Santa Catarina, para o qual se inscreveu e cuja prova ocorreu quatro dias após o acidente, ocasião em que estava hospitalizado. Asseverou que fez cursos preparatórios e vinha estudando diariamente para o concurso. Alegou, ainda, que em concursos posteriores não mais pôde inscrever-se, pois teria ultrapassado a idade limite exigida para a participação em concursos desta natureza (26 anos), e ainda que inexistisse tal óbice, os editais vedariam seu ingresso na carreira em virtude da prótese (ou enxerto) e da cicatriz permanente. No entanto, a sentença ponderou que seria muito difícil analisar as chances de êxito antes mesmo a realização da primeira prova, considerando que o autor precisava ser aprovado em diversas avaliações posteriores e, ainda, no curso de formação. Ademais, a relação candidato/vaga no referido concurso era de aproximadamente 17,33, o que significa que as chances do autor ser aprovado eram de apenas 5,76%.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A sentença transcrita no acórdão de apelação e que foi mantida em relação à indenização pela perda de uma chance consigna que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador da perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Consta que se enquadrariam na teoria aquelas situações em que não se trata de dano específico, já que não se identifica um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduzem a um dano hipotético. A partir dos esclarecimentos, pode-se depreender uma tendência em se considerar a perda da chance como um dano específico, mas a sentença não é clara e expressa a esse respeito.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Uma das razões determinantes para se afastar a indenização pela perda de uma chance foi justamente o fato da chance envolvida ser remota. A sentença registra a necessidade de que a chance seja séria e real. No caso concreto, entende que seria extremamente difícil aferir, antes mesmo da realização da primeira prova, as chances do autor ter ingressado na carreira militar por meio do concurso público em questão, para o que precisaria ser aprovado em avaliações de conhecimento, médico/odontológica, psicológica,

física, além de investigação social e, ainda, ser aprovado no curso de formação. Ademais, no concurso teriam sido ofertadas 216 vagas para pessoas do sexo masculino para o local pretendido pelo autor, para as quais concorreram 3.744 candidatos. Assim, a relação candidato/vaga no referido concurso era de aproximadamente 17,33, o que significa, em um aspecto objetivo, que as chances do autor ser aprovado eram de apenas 5,76%. Tudo isso demonstraria que seriam baixas as chances de aprovação no concurso, sem prejuízo das demais alegações quanto à impossibilidade de participação em concursos posteriores pela idade e sequelas do acidente (também rebatidas pela sentença). A sentença não aborda especificamente a possibilidade de outros elementos serem aptos a reforçar a existência de chance séria e real de aprovação, mas analisa aspectos relacionados ao concurso, etapas necessárias para aprovação e relação candidato/vaga.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão da apelação afastou a indenização por danos morais por entender que, se o acidente não foi ocasionado nem pelo autor, nem pelo atirador, nem por falha na manutenção das peças, nem por força da natureza, trata-se de caso fortuito, o que afasta a responsabilidade do Estado, porquanto não havendo conduta ilícita dolosa ou culposa por parte dos requeridos, tanto na forma comissiva como omissiva, restaria afastado o nexo de causalidade, logo, não haveria dever de indenizar. Adicionou que seria pacífico no TRF4 o entendimento de que deve ser afastada a indenização por dano moral caso não demonstrada a 'falha' ou a 'falta' do serviço público para com o militar.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

130.Número do julgado: 5013611-83.2010.4.04.7000

Data de julgamento: 21/05/2013

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da ECT ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão de falha no serviço de entrega de correspondência. Afirma o autor que, em razão dessa falha, não recebeu telegrama o convocando para a apresentação de documentos e realização de exames médicos pertinentes a um concurso público, no qual aprovado para o cargo de técnico de segurança, junto à empresa Transpetro. Aduz que, em decorrência do fato, foi preterido na ordem de classificação, perdendo a chance de integrar os quadros da Transpetro, o que lhe seria favorável em face das condições de trabalho e remuneração inerentes ao cargo que deixou de ocupar. Pede a concessão de indenização por danos morais e danos materiais, considerando o que efetivamente deixou de ganhar se estivesse empregado na estatal, computados os salários, gratificações, adicionais e demais vantagens e benefícios sociais em comparação ao que passou a perceber e/ou, sucessivamente, seja fixada uma indenização com base na remuneração que seria auferida pelo mesmo limitada a um período de 24 meses, ou outro valor como melhor entender e fixar o juízo. A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a ECT ao pagamento de indenização por danos morais de R\$ 20.000,00. A ECT interpôs recurso de apelação e o autor interpôs recurso de apelação adesivo para concessão da indenização por danos materiais ou, ao menos, majoração da indenização por danos morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. A sentença de primeiro grau foi quase que integralmente mantida (apenas com a redução do valor da indenização por danos morais) e transcrita no acórdão. Segundo a sentença, a pretensão do autor estaria fundada na teoria da perda de uma chance. Após considerações sobre a teoria e sobre o caso concreto, a sentença conclui que foi demonstrada a falha no serviço dos Correios, que tirou

do autor a oportunidade de obter uma situação futura melhor, com a obtenção de novo emprego, na medida em que era provável a sua nomeação na Transpetro, gerando a efetiva perda de uma chance. A ré teria causado gravame ao autor, cabendo responsabilizá-la por isso - sem a perquirição de culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva - com a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Ao tratar especificamente da perda da chance, afirma a sentença que, caso fosse efetivamente recebida a correspondência em referência, é certo que ainda passaria o autor pelas demais etapas do concurso, que incluíam a comprovação dos requisitos descritos no edital, além de exames de saúde e curso de formação. Contudo, seria inegável que a probabilidade de que o autor se sagra-se aprovado em referidas etapas era grande, podendo-se afirmar que efetivamente o autor perdeu chance real de ingressar nos quadros da Transpetro como técnico de segurança. Vale notar que a ementa do acórdão traz menção à teoria da perda de uma chance associada aos danos materiais, que foram afastados. Contudo, não há outras considerações a esse respeito na fundamentação do acórdão.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações claras e expressas sobre a natureza jurídica do instituto. A sentença transcreve trecho de precedente do STJ em que se afirma que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. O excerto prossegue afirmando que a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético. No caso concreto, a partir da transcrição da sentença, a indenização pela perda de uma chance parece associada aos danos morais. Embora a parte autora tenha recorrido do indeferimento da indenização por danos materiais, não se verifica análise específica na decisão a esse respeito. Consta apenas breve menção na ementa do acórdão e também invocando a teoria da perda de uma chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. Segundo a sentença, transcrita no acórdão, caso fosse efetivamente recebida a correspondência em discussão, o autor ainda passaria pelas demais etapas do concurso, que incluíam a comprovação dos requisitos descritos no edital, além de exames de saúde e curso de formação. Contudo, seria inegável que a probabilidade de que o autor se sagra-se aprovado em referidas etapas era grande, podendo-se afirmar que efetivamente o autor perdeu chance real de ingressar nos quadros da Transpetro como técnico de segurança. Vale notar que a sentença também menciona que o autor foi classificado em terceiro lugar no concurso e foi eliminado por não comparecer à convocação para entrega de documentação de escolaridade e realização de exames médicos. Não há uma análise sobre questões específicas do concurso (quais requisitos do edital ainda precisariam ser comprovados) e sobre a possível manutenção da colocação do autor com a análise da documentação de escolaridade e realização de exames médicos. Ademais, em relação aos danos materiais, a ementa do acórdão menciona que havia alguma incerteza no tocante à nomeação, sem aprofundamento.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora a sentença mencione a desnecessidade de aferição de culpa, fala-se de falha na prestação do serviço por parte da ECT, que tirou do autor a oportunidade de obter uma situação futura melhor, com a obtenção de novo emprego, na medida em que era provável a sua nomeação na Transpetro.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. A sentença fixou a indenização por danos

morais em R\$ 20.000,00. Não há transcrição dos trechos da sentença referentes à fixação do *quantum* indenizatório, mas o acórdão entendeu por reduzir o montante arbitrado a esse título. Aduziu que, considerando a natureza do dano, o princípio da razoabilidade, a impossibilidade de serem fixados valores que ocasionem o enriquecimento indevido e os parâmetros utilizados pelo TRF4, os danos morais poderiam ser reduzidos para R\$ 5.000,00. Embora se mencione a natureza do dano (o que poderia estar relacionado à teoria da perda de uma chance), não há consideração expressa sobre os parâmetros de quantificação próprios da teoria e sobre a aplicação de eventual coeficiente redutor. No tocante aos danos materiais eventualmente associados à perda de uma chance, a única referência é feita na ementa e sem quaisquer comentários sobre aspectos de quantificação de valor, inclusive por não ter sido concedida indenização a esse título. O autor havia solicitado indenização a título de danos materiais compreendendo o que deixou de ganhar se estivesse empregado na função e/ou, sucessivamente, indenização com base na remuneração que seria auferida limitada a um período de 24 meses ou outro valor fixado pelo juízo.

131.Número do julgado: 5000518-32.2010.4.04.7104

Data de julgamento: 22/01/2013

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais, materiais e pela perda de uma chance, promovida contra a Fundação Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA, em razão da autora não ter prestado as provas do concurso público para docente na área de ciência política, para o qual se inscreveu, em virtude da falta de comunicação das datas, horários e local de realização das provas do certame. A autora sustentou que: (a) ingressou com a ação indenizatória ante a desídia da UNIPAMPA em não lhe informar a data das provas do concurso público, pretendendo indenização por lhe ter sido retirada a oportunidade de prestar as provas; (b) ainda que não se pudesse ter certeza de sua aprovação, o fato da ré lhe ter tolhido o direito de participar do certame por ter deixado de informá-la acerca das datas, horários e local de realização das provas bastaria para configurar o ilícito cometido, pois dedicou grande parte do seu tempo aos estudos e sequer pôde tentar a sua almejada aprovação, o que lhe causou frustração; (c) o edital continha previsão no sentido de que os candidatos com inscrições homologadas receberiam por correio, com aviso de recebimento, e por correio eletrônico, a comunicação das datas, horários e local de realização do concurso, mas as intimações por correio eletrônico não foram feitas; (d) faria jus, diante da falha cometida pela UNIPAMPA na condução do concurso público, a uma reparação por danos morais, materiais e pela perda de uma chance, equivalente a R\$ 177.583,34.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório da autora. Embora tenha concluído que houve falha no procedimento, seja porque as comunicações eletrônicas não foram expedidas como determinava o edital, seja porque as cartas com aviso de recebimento não se mostraram eficazes para intimação dos candidatos, essa constatação não significaria que a pretensão indenizatória devesse prosperar. Em primeiro lugar, porque, não tendo havido prestação de trabalho, seria indevido qualquer pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa, sendo essa a orientação predominante da Corte Especial do STJ, para a qual inexistente qualquer direito à indenização, salários ou reflexos funcionais na carreira decorrente de nomeação tardia em cargo público em decorrência de decisão judicial, raciocínio que seria aplicável à hipótese dos autos. Em segundo lugar, porque a teoria da perda de uma chance reclama a demonstração de uma chance séria e real. Contudo, no caso, não haveria como aferir quais as efetivas chances que a autora tinha de ser aprovada no certame, pois os argumentos

relacionados com a sua capacitação, grau de escolaridade e quantidade de obras publicadas não necessariamente afastariam o aspecto de probabilidade. O acórdão ressalta ainda que a autora demorou para contatar a Universidade para se inteirar das informações que faltavam, não sendo crível que uma pessoa altamente instruída, que houvesse se preparado largamente para um concurso, não acessasse qualquer outro meio que proporcionasse a informação. Por fim, o acórdão também destaca que apenas uma vaga foi preenchida e houve oferta da vaga remanescente, com reabertura do prazo de inscrição, sendo que a segunda prova foi aplicada no dia 19/10/2009 e não há notícia de que a autora a tenha prestado.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão cita precedente do STJ que afirma que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Ademais, diante do caso concreto, pode-se associar a indenização pela perda de uma chance aos danos materiais, em função da ponderação pelo TRF4 no sentido de que, não tendo havido prestação de trabalho, afigurar-se-ia indevido qualquer pagamento, sob pena de enriquecimento sem causa. Contudo, o acórdão não é claro e expresso em relação à natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão do TRF4 consigna a necessidade de que a chance perdida seja séria e real. Em relação ao caso concreto, afirma que, embora tenha havido falha da UNIPAMPA ao deixar de remeter as intimações eletrônicas aos candidatos cujas inscrições foram homologadas, não seria possível aferir quais as efetivas chances que a autora tinha de ser aprovada no certame, pois os argumentos relacionados com a sua capacitação, grau de escolaridade e quantidade de obras publicadas não necessariamente afastariam o aspecto de probabilidade. Assim, a falta de elementos para demonstrar a existência de uma chance séria e real foi um dos motivos determinantes para o afastamento da indenização. Contudo, o acórdão não explica se seria possível explorar outros aspectos para fins de aferição acerca da seriedade da chance perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão reconhece a falha da UNIPAMPA ao deixar de remeter as intimações eletrônicas aos candidatos cujas inscrições foram homologadas, no entanto conclui que essa falha não seria suficiente para dar ensejo à indenização pleiteada. Inclusive, em certa medida, o acórdão aponta uma culpa concorrente da parte autora ao afirmar que ela não foi diligente na verificação das informações sobre a prova. Nesse ponto, afirma que ela teria demorado muito para contatar a Universidade e não seria crível que uma pessoa altamente instruída, que houvesse se preparado largamente para um concurso, não acessasse qualquer outro meio que proporcionasse a informação, como, por exemplo, a página eletrônica da Universidade.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

132.Número do julgado: 5022686-40.2010.4.04.7100

Data de julgamento: 27/11/2012

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais e materiais em razão de falha na prestação de serviço pela ECT. Aduz a empresa autora que enviou no dia 19/01/2010, para ser entregue no dia 20/01/2010, por Sedex 10, envelope contendo documentos relativos à sua participação em certame de licitação do tipo menor preço, da Secretaria Municipal de Saúde, para fornecimento de materiais de limpeza e desinfecção de

materiais hospitalares. No entanto, a entrega efetivou-se somente no dia 22/01/2010, inviabilizando sua participação no certame. Diante da falha do serviço, requer a indenização por danos materiais por ela suportados, correspondente ao lucro que deixou auferir ao ser desclassificada do certame licitatório, e pelos prejuízos morais decorrentes do abalo da sua imagem perante o Município de Curitiba/PR e o mercado, bem como pela expectativa criada e perdida em decorrência da má prestação do serviço contratado.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão do TRF4 acabou por conceder a indenização por danos morais, por maioria de votos, mas rejeitar a indenização pela perda de uma chance, com viés de dano material, por unanimidade. A esse respeito, consignou que, embora demonstrada a falha na prestação dos serviços pela ECT, a chamada perda de uma chance não se concretizou na situação, porquanto não houve demonstração dos fatos de forma a evidenciar um juízo de probabilidade suficiente a reconhecer-se a vitória da autora no certame licitatório. Ainda que a ECT tivesse entregado a correspondência no prazo indicado, não havia certeza, mas apenas um juízo de probabilidade, que a proposta apresentada pela parte autora fosse vencedora da licitação, pois outros dados impediriam um melhor juízo acerca da probabilidade. Isso porque a apresentação de menor preço não seria o único requisito para a consagração do vencedor, também concorrendo a habilitação, relativamente às qualificações jurídica, fiscal e econômico-financeira, ao lado da qualificação técnica. Nesse contexto, a probabilidade da real e séria chance de vencer a licitação não teria sido suficientemente demonstrada pela parte autora, porque os dados parciais colacionados aos autos não permitiriam um juízo seguro que a mesma tivesse êxito no certame. Um dos desembargadores, ao declarar voto, apontou que poderia ter sido realizada uma prova contábil para comprovar o prejuízo decorrente da não execução do contrato, indicando a possibilidade de alteração do mercado internacional, alguma cotação do produto, de modo que a prestação do serviço por aquele preço poderia acabar saindo mais caro para a parte autora, sendo melhor não ter ganho o certame.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão não aborda de forma clara e expressa a natureza jurídica do instituto, mas cita acórdão do STJ que afirma que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nota-se, ademais, que toda a análise em relação à aplicação da teoria é feita em tópico destinado à indenização por danos materiais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O voto do relator traz um contexto histórico e internacional sobre a teoria da perda de uma chance e ressalta que sua aplicação depende da demonstração de possibilidades de sucesso sérias e reais. Porém, no caso concreto, faltariam elementos suficientes para demonstrar a probabilidade de êxito no certame, o que foi fator determinante para a rejeição do pedido de indenização por danos materiais. Nesse particular, consignou-se que, ainda que a ECT tivesse entregado a correspondência no prazo indicado, não havia certeza, mas apenas um juízo de probabilidade, de que a proposta apresentada pela parte autora fosse vencedora da licitação, pois outros dados impediriam um melhor juízo acerca da probabilidade. Isso porque a apresentação de menor preço não seria o único requisito para a consagração do vencedor, também concorrendo a habilitação, relativamente às qualificações jurídica, fiscal e econômico-financeira, ao lado da qualificação técnica. Assim, a probabilidade de chance séria e real de vencer a licitação não teria sido suficientemente demonstrada. Embora o acórdão aborde aspectos específicos da licitação, tendo se constatado que a autora tinha apresentado o menor preço em um dos itens da licitação, seria

conveniente um maior detalhamento sobre o que poderia ser explorado em relação aos demais requisitos do certame para que ficasse comprovada uma chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão reconhece a falha na prestação do serviço pela ECT, o que foi determinante para a concessão da indenização por danos morais, mas não para a concessão da indenização por danos materiais, devido aos requisitos associados à aplicação da teoria da perda de uma chance. Nota-se, ademais, que a necessidade de configuração de conduta ilícita é ressaltada na abordagem sobre a perda da chance.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

133.Número do julgado: 5008012-17.2011.4.04.7102

Data de julgamento: 19/06/2012

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação ordinária em face da UFSM, com pedido de antecipação de tutela, objetivando seja declarado o direito da autora a receber a bolsa do programa de Doutorado através de seleção isenta e objetiva, bem como a reavaliação em disciplinas com nomeação de orientador idôneo e disponibilização de recursos físicos (laboratórios) e humanos (assistentes e funcionários) durante todo o transcorrer do curso. Caso seja irreversível a revisão dos atos administrativos, postula indenização substitutiva equivalente à teoria da perda da chance, no valor de R\$ 120.000,00, supostamente adequada à chance de ascensão profissional, cidadã, financeira e intelectual que obteria com o Doutorado, bem como danos morais, no valor de R\$ 30.000,00, independentemente da reversibilidade ou não do ato. Em antecipação de tutela, a autora requereu a sua manutenção no Programa PRAE, bem como a manutenção de posse do abrigo na Casa Estudantil, nomeação de orientador nas disciplinas matriculadas e disponibilização de recursos físicos e humanos. Narra a autora que foi aprovada na seleção para Doutorado em Bioquímica Toxicológica, em 12º lugar. Sustenta que houve equívoco em sua classificação, e que, por este motivo, não recebeu a bolsa de estudos que era de seu direito. Afirma que instaurou procedimento administrativo junto ao Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da UFSM, mas não foi observado o contraditório. Alega ser vítima de perseguição, porquanto após o referido processo, teve orientação negada por todos os professores. Afirma que, sem orientação, estaria impossibilitada de cursar as cadeiras para as quais se matriculou. O pedido de antecipação de tutela foi indeferido e a sentença julgou improcedente o pedido formulado na inicial. A autora recorreu sustentando que foi reprovada em duas disciplinas por discriminação dos professores e que, com tal reprovação, perdeu o direito de permanecer na Casa do Estudante. Sustenta que, no momento em que a Coordenação do Programa assume em ata a obrigação de orientar a autora, o ônus da prova incumbiria a ré. Assim, não sendo apresentado qualquer documento comprovando que foi designado orientador à autora, seria cabível a indenização pela perda da chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4, no acórdão, consigna que a autora fundamenta o pedido de indenização pela perda de uma chance no alegado equívoco na avaliação dos currículos. No entanto, segundo o acórdão, da mera comparação dos currículos da autora e do candidato classificado em 10º lugar não se extrairia prova cabal da incorreção no somatório da pontuação da autora no processo seletivo e, por conseguinte, da ilicitude do ato administrativo que indeferiu o seu pedido de bolsa. Há uma análise específica em relação a alguns aspectos do currículo como publicação de artigos, mestrado acadêmico, etc. Ademais, validando premissa da sentença, afirma-se no acórdão que a bolsa de estudos concedida ao outro candidato foi obtida pelo projeto de pesquisa desenvolvido

pelo orientador daquele aluno e não concedida pela Coordenação do Curso (via CNPq), em razão de sua classificação no certame, o que afastaria a tese ventilada na inicial. Nessa linha, aponta que nenhum dos candidatos teria direito adquirido à bolsa de estudos em função de suas classificações, porquanto o processo seletivo era tão somente para o ingresso no Doutorado, sendo a concessão de bolsas em função do desempenho. O acórdão refuta as alegações de que teria havido orientação de professores para a autora não recorrer administrativamente e de inobservância do contraditório no processo administrativo. Quanto à perseguição (negativa de orientação pelos professores) e reprovação nas disciplinas nas quais estava matriculada, ponderou-se que a Coordenação do Curso tinha assumido a obrigação de orientar a autora somente no caso desta não encontrar orientador com disponibilidade e a autora tardou para repassar tal informação à Coordenação do Curso, o que ensejaria a confirmação da sentença, pois não comprovado o nexo de causalidade entre a conduta da UFSM e a não concessão da bolsa de estudos ou reprovação da autora nas disciplinas e consequente perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários):

Não. Não são apresentadas considerações claras e expressas a respeito da natureza jurídica do instituto. No entanto, o acórdão consigna que a indenização pela perda de uma chance é aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura e melhor, sendo o requisito exigido doutrinária e jurisprudencialmente a evidente possibilidade/probabilidade de êxito, além dos requisitos gerais: dano, ato ilícito e nexo de causalidade. Assim, a indenização não seria pela perda da vitória no processo seletivo, mas pela perda da possibilidade de concorrer com real possibilidade de ganhar. O acórdão cita também julgado do STJ que afirma que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários):

Sim, média. O TRF4 ressalta a necessidade de caracterização do requisito consubstanciado na possibilidade/probabilidade da chance perdida para que a teoria possa ser aplicada. Em relação ao caso concreto, conclui que o Poder Judiciário não poderia analisar a correção do processo seletivo, em especial da pontuação atribuída aos candidatos, até mesmo porque juntados apenas os currículos da autora e do candidato classificado em 10º lugar. A partir da análise dos dois currículos não se extrairia prova cabal da incorreção no somatório da pontuação da autora no processo seletivo e, por conseguinte, da ilicitude do ato administrativo que indeferiu o pedido de bolsa. Nesse particular, são analisados aspectos relacionados à publicação de artigos, realização de mestrado, entre outros. Ademais, o acórdão aponta que nenhum dos candidatos teria direito adquirido à bolsa de estudos em função de sua classificação, porquanto o processo seletivo era tão somente para o ingresso no Doutorado, sendo a concessão de bolsas de estudo, em função do desempenho, uma possibilidade, mas não um direito. Não se tem uma análise mais detalhada sobre aspectos relacionados à possibilidade de obtenção de bolsa, mas os demais elementos, em tese, já seriam suficientes para afastar a indenização pela perda de uma chance relacionada à questão da concessão da bolsa e evidenciam uma avaliação sobre o caráter sério e real da chance tida como perdida. Ademais, em relação à ausência de orientador, o motivo determinante de afastamento da indenização foi a culpa da própria autora, já que a Coordenação do Curso teria assumido a obrigação de orientar a autora somente no caso desta não encontrar orientador com disponibilidade e ela demorou para repassar essa informação.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Um dos aspectos sopesados pelo acórdão é, por exemplo, o fato de que, a partir da mera

comparação dos currículos da autora e do candidato classificado em 10º lugar, não se extrairia prova cabal da incorreção no somatório da pontuação da autora no processo seletivo e, por conseguinte, da ilicitude do ato administrativo que indeferiu o seu pedido de solicitação de bolsa.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

134. Número do julgado: 2007.72.00.015359-0

Data de julgamento: 14/06/2012

Órgão julgador: TRF4 - Segunda Seção

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais e materiais em decorrência de ato perpetrado pela ECT, qual seja o atraso de dias na entrega de correspondência por meio do serviço Sedex 10, contendo documentos para participação de licitação. Em virtude do atraso, a parte autora teria perdido o prazo para concorrer ao certame, com legítimas expectativas de lograr êxito. O acórdão analisado versa sobre os embargos infringentes opostos pela ECT. O acórdão referente ao recurso de apelação havia condenado a ECT ao pagamento de indenização por dano material pela perda da chance e indenização por dano moral.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Foram acolhidos os embargos infringentes, afastando-se a indenização pela perda de uma chance e a indenização por danos morais. Em relação à teoria da perda de uma chance, entendeu-se que, malgrado demonstrada a falha na prestação dos serviços pela ECT, a perda de uma chance não teria se concretizado, porquanto os fatos não estariam suficientemente demonstrados de tal forma a evidenciar um juízo de probabilidade suficiente a reconhecer-se a vitória da autora no certame licitatório. Em primeiro lugar, havia imprecisão quanto ao endereço a justificar, ainda que parcialmente, a falha no serviço. Em segundo lugar, ainda que a ECT tivesse entregado a correspondência no prazo e local indicados, não havia certeza que o destinatário protocolaria a proposta no prazo certo perante a licitante. Em terceiro lugar, outros dados impediriam um melhor juízo acerca da probabilidade, quais sejam: (a) cópia apenas parcial do edital de licitação, sendo indispensável a íntegra do documento para se avaliar a existência da real possibilidade da proposta apresentada ser vencedora, já que o preço não é o único requisito para a consagração do vencedor, também concorrendo a habilitação, relativamente às qualificações jurídica, fiscal e econômico-financeira, ao lado da qualificação técnica (nada disso teria sido demonstrado); (b) ausência de ata de julgamento da concorrência, de modo a comprovar a empresa vencedora do certame e (c) ausência de provas da efetiva contratação da obra.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão até cita trechos do voto vencedor no acórdão de apelação, em que há classificação da perda de chance como um terceiro dano material, ao lado dos lucros cessantes e danos emergentes, enfatizando que não equivale à indenização por dano moral, embora possa servir como agregador do dano moral. No entanto, esse voto não restou acolhido ao final do julgamento dos embargos infringentes. No acórdão dos embargos infringentes propriamente dito pode se inferir uma diferenciação em relação aos danos morais, ao menos no caso concreto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. Essa foi a razão do afastamento da indenização pela perda de uma chance concedida no acórdão da apelação. O voto vencedor traz explicação sobre a necessidade do caráter sério e real da chance perdida para a concessão de indenização. Em detida análise, entendeu-se que a probabilidade da real e séria chance de vencer a licitação

não restou suficientemente demonstrada pela parte autora, porque os dados parciais colacionados aos autos não permitiriam um juízo seguro de que a mesma teria êxito no certame. Apesar de demonstrada a falha na prestação dos serviços pela ECT, foi ressaltado que, em primeiro lugar, havia imprecisão quanto ao endereço a justificar, ainda que parcialmente, a falha no serviço. Em segundo lugar, ainda que a ECT tivesse entregado a correspondência no prazo e local indicados, não havia certeza, mas apenas um juízo de probabilidade de que o destinatário protocolaria a proposta no prazo certo perante a licitante. Em terceiro lugar, outros dados impediriam um melhor juízo acerca da probabilidade, quais sejam: (a) cópia apenas parcial do edital de licitação, sendo indispensável a íntegra de tal documento para se avaliar a existência de real possibilidade da proposta apresentada ser vencedora, já que o preço não é o único requisito para a consagração do vencedor, também concorrendo a habilitação, relativamente às qualificações jurídica, fiscal e econômico-financeira, ao lado da qualificação técnica (nada disso teria sido demonstrado); (b) ausência de ata de julgamento da concorrência, de modo a comprovar a empresa vencedora do certame e (c) ausência de provas da efetiva contratação da obra.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se sobre a falha na prestação do serviço e também somente elementos relacionados a uma culpa concorrente, como a imprecisão quanto ao endereço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

135. Número do julgado: 5008318-98.2011.4.04.7000

Data de julgamento: 18/04/2012

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Serviços jurídicos da Defensoria ou extravio de autos de processos

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação do INSS ao pagamento do valor equivalente a 1.000 salários mínimos, a título de indenização por danos morais, em decorrência do extravio do processo administrativo de benefício de aposentadoria do autor. O autor afirma que o INSS, que responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, extraviou seu processo administrativo de benefício de aposentadoria e, em razão disso, acarretou a perda da chance de pleitear a revisão de sua aposentadoria. A sentença julgou a ação improcedente e o autor recorreu reiterando seus argumentos.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Pelo que se pode depreender do acórdão, a perda de uma chance foi invocada de forma relacionada à indenização por danos morais, já que aparentemente esse foi o único pleito indenizatório formulado pelo autor. Contudo, o TRF4 entendeu que, embora o extravio do processo administrativo concessivo da aposentadoria do autor por tempo de contribuição fosse um fato incontroverso, o dano moral não estaria configurado. Isso porque o INSS comprovou que reconstituiu o processo administrativo a partir de dados existentes nos Sistemas Prisma e Plenus, o que possibilitaria ao autor, se assim entendesse conveniente, postular a revisão do valor de sua aposentadoria, de modo que sem aplicação a teoria da perda de uma chance. Em adição, consigna-se que o autor traz apenas alegações genéricas, sem conseguir comprovar efetivamente a ocorrência do dano, requisito essencial para o reconhecimento do direito à indenização. Deveria ter comprovado de forma concreta eventual dor, angústia e sofrimento relevantes a causar grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade, o que não foi feito no caso.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Pode-se até inferir que a teoria da perda de uma chance é invocada de forma associada ao dano moral no caso concreto, em razão do próprio pleito formulado pelo autor. Contudo, não há uma análise específica a respeito da natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não aborda tal requisito. Na realidade, a indenização por danos morais foi afastada pelo fato de que, a despeito do extravio, o INSS comprovou que reconstituiu o processo administrativo a partir de dados existentes nos Sistemas Prisma e Plenus, o que possibilitaria ao autor, se assim entendesse conveniente, postular a revisão do valor de sua aposentadoria, de modo que sem aplicação a teoria da perda de uma chance. Portanto, à luz dessas considerações, não haveria qualquer chance perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão traz algumas considerações sobre a responsabilidade objetiva do Estado e desnecessidade de indagação sobre culpa. No caso concreto, aponta que seria incontroverso o extravio, mas, por outro lado, o INSS teria reconstituído o processo administrativo, a partir de dados existentes nos Sistemas Prisma e Plenus. Essa última constatação interferiria na própria caracterização do dano alegado.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

136.Número do julgado: 2007.72.00.012995-2

Data de julgamento: 07/03/2012

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Prisão durante o regime militar e impactos daí decorrentes

Resumo da controvérsia: Ação ordinária contra a União Federal objetivando o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 300.000,00, em razão de alegados danos à imagem e traumas psicológicos, mais o valor de R\$ 200.000,00, a título de perda de uma chance, tudo em decorrência da condição de preso político do autor. O autor consigna que seria anistiado político e teria sofrido perseguição política no período de 1971 a 1976, tendo sido preso e torturado em duas ocasiões e sofrido traumas psicológicos irreversíveis. Segundo o autor, teria sido elaborado laudo de avaliação psiquiátrica em decorrência do processo da Comissão de Anistia que apontaria as consequências das ações a que foi submetido e concluiria que ele padece de transtornos mentais. Pede indenização por danos morais e pela perda de uma chance, aparentemente relacionada ao fato de ter sido "tolhido" de viver em sociedade, como um cidadão, ou de constituir família, pelas consequências traumáticas do fato.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Entendeu-se que a condição do autor de perseguido e preso político foi demonstrada. Inclusive, o autor já teria recebido, em sede administrativa, reparação econômica pelos danos sofridos em razão da sua militância política, nos idos de 1964. A indenização recebida seria referente aos danos materiais, não havendo vedação para a acumulação dessa reparação econômica com a indenização por danos morais. Nesse sentido, no acórdão, decidiu-se pela concessão da indenização por danos morais, porém a indenização pela perda de uma chance foi afastada. Nesse ponto, ressaltou-se a necessidade de se tratar de chance séria e real e, ademais, a vedação à reparação de danos hipotéticos. No caso concreto, não passaria do campo das hipóteses o fato de ter sido "tolhido" de viver em sociedade, como um cidadão, ou de constituir família, ainda que o laudo médico tenha atestado as consequências traumáticas das experiências sofridas, mas que poderiam ter sido minimizadas por meio de tratamento psicológico adequado. Ademais, estaria superada a questão da necessidade de ser indenizado por não ter ocupado vaga em concurso público no qual foi aprovado, em virtude da reparação econômica pela Comissão de Anistia, em prestação mensal permanente e continuada.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém o acórdão traz uma citação doutrinária de Fernando Noronha que parece colocar a questão sob a ótica do dano, fazendo uma análise dos danos resultantes da perda da chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O TRF4 menciona a necessidade de se averiguar o caráter real e sério da chance para que se justifique a indenização com base na teoria da perda de uma chance. Em relação à hipótese concreta, entende que os danos alegados estariam no campo das hipóteses no tocante ao fato de ter sido o autor "tolhido" de viver em sociedade, como um cidadão, ou de constituir família, ainda que o laudo médico tenha atestado as consequências traumáticas das experiências sofridas, mas que poderiam ter sido minimizadas por meio de tratamento psicológico adequado. Ademais, estaria superada a questão da necessidade de ser indenizado por não ter ocupado vaga em concurso público no qual foi aprovado, em virtude da reparação econômica pela Comissão de Anistia, em prestação mensal permanente e continuada. Não há uma análise mais específica a respeito da seriedade das chances envolvidas, mas o acórdão pondera a questão ao afirmar que os danos alegados relacionados à convivência em sociedade estariam no campo das hipóteses e que o autor poderia ter mitigado eventuais impactos psicológicos com tratamento adequado.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A ementa registra que os danos ligados às chances perdidas não de ser danos certos, isto é, danos que não só sejam consequência adequada de um determinado fato antijurídico. Ademais, tendo sido reconhecida a condição de perseguido e preso político, pode-se inferir uma análise sobre antijuridicidade, o que foi determinante para a concessão de indenização por danos morais. Contudo, em relação à indenização pela perda de uma chance, essa antijuridicidade não foi suficiente para desencadear a responsabilização estatal.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

137.Número do julgado: 2007.72.00.015359-0

Data de julgamento: 14/12/2011

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais, materiais e pela perda de uma chance por falha na prestação de serviço público por parte da ECT (atraso na entrega de correspondência para processo licitatório, remetida via Sedex). Relatou a parte autora que enviou, por Sedex 10, envelope contendo documentos relativos à sua participação em concorrência promovida pela CEB Distribuidora S/A e que, embora a ré tenha se comprometido a entregar a carta até as 10h do dia seguinte ao da postagem, o fez com dois dias de atraso, o que inviabilizou a participação da autora no certame, acarretando os danos materiais, relacionados aos custos advindos da elaboração da proposta, danos morais, consubstanciados no estresse, transtorno e sofrimento em ver seu trabalho malograr, escapando de seu currículo obra de vulto, bem como pela perda de uma chance, considerando que o valor da proposta da autora era inferior ao da empresa que se sagrou vencedora na licitação.

Observação: o acórdão da apelação foi objeto de embargos infringentes, quando então foi afastada a indenização pela perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida (porém, em embargos infringentes, houve revisão da questão). Por maioria de votos, vencido o relator (que mantinha a sentença nesse ponto), a turma julgadora do TRF4 entendeu por conceder a indenização pela perda de uma chance. Em todos os votos, restou consignada a ocorrência de falha na prestação do serviço. Em voto-vista, o desembargador consignou que ficou demonstrado que a concorrência teve como parâmetro de escolha o "melhor preço". Sem receber o envelope da autora, por atraso na entrega dos correios, a licitação terminou tendo

como vencedora a empresa Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S/A, cuja proposta aceita foi no valor de R\$ 14.003.451,92, enquanto a proposta da parte autora era inferior (R\$ 12.559.378,80). Nesse contexto, estaria evidenciada a possibilidade/probabilidade de êxito, além dos requisitos gerais: dano, ato ilícito e nexo de causalidade. A indenização seria pela perda da possibilidade de concorrer com real possibilidade de ganhar. Ademais, foi também concedida indenização por danos morais e por danos materiais (despesas com postagem e licitação). Sobre a indenização pela perda de uma chance, o relator havia entendido pelo descabimento, sob o fundamento de que não haveria prova razoável a demonstrar que, em razão do evento danoso, o prejudicado deixou de auferir lucro. A sentença entendeu que a indenização pela perda da chance não sairia do campo das hipóteses, pois não haveria demonstração suficiente sobre a empresa que se sagrou vencedora no certame e, também, no sentido de que a parte autora superaria a fase de habilitação, bem como pelo fato de que haveria discricionariedade da Administração Pública na decisão de contratar.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. O voto vencedor classifica a perda da chance como terceiro gênero de dano material. Afirma que a indenização pela perda de uma chance difere da indenização por danos emergentes e por lucros cessantes, enfatizando, ainda, a doutrina que não equivale à indenização por dano moral. Entretanto, o reconhecimento do ato ilícito que configure perda de oportunidade razoável seria elemento agregador do dano moral.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O voto vencedor aborda o requisito consubstanciado na caracterização de chance séria e real. Ademais, conclui pela existência de chance séria e real no caso concreto pelo fato da proposta da empresa autora ter sido em preço inferior àquela da empresa vencedora do certame. Tal elemento seria suficiente para demonstrar a possibilidade/probabilidade de êxito. Não há uma análise sobre a possibilidade da autora superar a fase de habilitação e outros aspectos relacionados às etapas e requisitos do certame. Por outro lado, a sentença de primeiro grau aborda outros elementos para refutar a caracterização de chance séria e real. Nesse sentido, afirma que não haveria demonstração suficiente sobre a empresa vencedora do certame, tampouco no sentido de que a autora lograria sucesso na fase de habilitação. Aponta, ainda, a ausência de direito subjetivo à contratação, pois se trataria de questão afeta à discricionariedade administrativa.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço pela ECT.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O voto vencedor consignou que a indenização não poderia corresponder ao efetivo resultado final, porque trata da chance de obtê-lo e não de sua efetiva obtenção, de modo que o *quantum* deveria ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este fazendo incidir um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final. No caso, a autora teria afirmado (sem impugnação da ré) que, da média obtida em casos análogos, o lucro giraria em torno de 8% do valor da obra, o que equivaleria a R\$ 1.004.750,30. Assim, entendeu-se pela condenação da ré pelo dano material decorrente da perda da chance, em face da possibilidade/probabilidade frustrada por ato ilícito atribuído à ECT, tendo como adequado o valor de indenização correspondente a 50% da expectativa de lucro, ou seja, 4% do valor da obra, equivalente a R\$ 500.000,00.

138.Número do julgado: 5002679-06.2010.4.04.7204

Data de julgamento: 29/03/2011

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação ordinária em face da ECT objetivando o pagamento de indenização por danos morais e materiais em virtude do extravio de material enviado para a seleção em programa televisivo. O autor aduz, em síntese, que se inscreveu para o programa televisivo Big Brother Brasil 8 e remeteu pelo correio todo o material de inscrição (ficha, foto e vídeo) com aviso de recebimento, porém o material teria sido extraviado sem chegar ao destino. Defende que a conduta culposa da ECT acarretou a não inscrição e participação no programa, com a quebra da expectativa de receber o prêmio principal de R\$ 1.000.000,00 e prêmios acessórios. A sentença julgou a ação improcedente e o autor interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença com a concessão de indenização por danos materiais e morais.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF4 manteve a sentença de improcedência de demanda e adotou seus fundamentos como razões de decidir, acrescentando algumas considerações. A sentença ponderou que inexistiria nos autos prova de que o destinatário efetivamente não recebeu a correspondência objeto da lide, o que cabia à parte autora comprovar. De todo modo, ainda que se considerasse o extravio, seria o caso de julgar improcedentes os pedidos do autor. Em relação à indenização pela perda de uma chance, consignou que se trataria de pedido indenizatório com base em evento futuro e incerto. Isso porque o autor não buscaria o ressarcimento pela perda dos objetos enviados (ficha de inscrição, fotos e vídeo), mas sim pela suposta perda da oportunidade de participar da seleção de candidatas ao programa Big Brother Brasil 8 e de, na hipótese de ser selecionado, concorrer ao prêmio de R\$ 1.000.000,00 e outras vantagens. No acórdão, o TRF4 acrescentou que não estaria configurada a teoria da perda de uma chance. Afinal, seria incerto se o autor venceria o programa, não sendo possível acolher o pedido reparatório por danos materiais, os quais devem ser comprovados. A indenização por danos morais também foi afastada.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Pode-se depreender que a perda da chance está associada ao pleito de danos materiais no caso concreto, mas não há nada específico no acórdão a respeito da natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. A sentença, acatada pelo acórdão, não fala expressamente sobre o requisito acerca da existência de chance séria e real, mas consigna que não haveria como crer que o autor tivesse a certeza que iria alcançar seu objetivo, qual seja, vencer o programa. Pensar desta forma seria transitar no campo da hipótese. Isso porque, para que um participante vença o programa, obrigatoriamente, há que se observar uma trajetória, ou seja, inicialmente o inscrito deve ser selecionado para entrar na casa pertencente ao programa, posteriormente vencer 13 "paredões", participar de provas de resistência física, psicológica e finalmente ganhar a simpatia do público para que este vote a seu favor, elegendo-o vencedor. O acórdão, por outro lado, fala expressamente sobre a necessidade de que a chance seja avaliada conforme o grau de probabilidade de sua realização. No caso, entende que, na linha descrita pela sentença, seria incerto se o autor venceria o programa.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Não. Um argumento usado pela sentença e pelo acórdão para decidir pela improcedência da ação foi a ausência de comprovação de extravio. Ou seja, não teria havido comprovação do não recebimento da correspondência pelo destinatário. Em virtude disso, não se aborda nem mesmo a questão da falha de serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

Data de julgamento: 01/12/2010

Órgão julgador: TRF4 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização pelo atraso na entrega de documentos que serviriam à participação em licitação. Pelo acórdão não fica claro qual a natureza da indenização pleiteada pela parte autora. No entanto, foi proferida sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 13.483,02, correspondente ao lucro da licitação que a autora pretendia participar. A ECT interpôs recurso de apelação e requereu a improcedência da ação indenizatória.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão entendeu que a ECT falhou em cumprir a entrega da correspondência da parte autora. Por haver ilícito imputável à ECT, que não cumpriu os termos contratados, incumbiria a ela o dever de indenizar a autora pela perda da chance de participar do procedimento licitatório. No entanto, o TRF4 registra que, em se tratando de perda de uma chance, seria demasiada a indenização arbitrada pelo julgador monocrático, que arbitrou a reparação no valor esperado de lucro da licitação que a autora pretendia participar. Afinal, não seria possível concluir que a autora seria vitoriosa no certame, sendo que, em todo o caso, não teve de prestar o serviço e correr os riscos envolvidos na atividade. Portanto, manteve a indenização pela perda de uma chance, mas em valor inferior àquele fixado em sentença.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A partir da análise do acórdão, pode-se concluir que a indenização pela perda da chance parece associada a um dano material no caso concreto, tanto que a sentença concedeu indenização no valor do lucro que a empresa esperava auferir caso se sagrasse vencedora no certame. Apesar disso, não são apresentadas considerações específicas sobre a natureza jurídica do instituto.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há transcrição da sentença, que fixou a indenização pela perda de uma chance no valor que a empresa esperava lucrar com o procedimento licitatório. De todo modo, o TRF4 questiona esse valor, justamente porque não seria possível concluir que a autora seria vitoriosa no certame, sendo que, em todo o caso, não teve de prestar o serviço e correr os riscos que a atividade envolve. Contudo, não há qualquer análise sobre o requisito consubstanciado na configuração de chance séria e real da empresa se sagrar vencedora do certame. Não há detalhamento sobre os documentos extravaviados, propostas apresentadas ou qualquer aspecto de habilitação do certame.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se em falha na prestação do serviço pela ECT e de ato ilícito dentro desse contexto.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim (em certa medida). O TRF4 reduziu o valor de indenização fixado em sentença, correspondente ao lucro que a empresa esperava auferir no procedimento licitatório. Consignou que não seria possível concluir que a autora seria vitoriosa no certame, sendo que, em todo o caso, não teve de prestar o serviço e correr os riscos da atividade. Assim, considerando as particularidades do caso e fazendo uso do poder de cautela do magistrado, arbitrou a indenização devida em R\$ 3.000,00. Contudo, não apresentou explicações sobre a probabilidade considerada e outros aspectos para fixação do valor à luz da teoria da perda de uma chance.

140.Número do julgado: 0007032-16.2001.4.04.7100

Data de julgamento: 09/11/2010

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação indenizatória em que foi requerida a condenação do HCPA por erro médico (negativa de realização de exame de tomografia). A petição inicial narra que, apesar de pedidos da autora, os médicos que a tratavam negavam a realização de tomografia, o que ocorreu somente seis anos após, acarretando-lhe perda de parte da visão e incapacidade laboral completa, sem prejuízo do sofrimento que experimentou ao longo deste período. Daí o requerimento de indenização por perdas e danos, incluindo danos morais e estéticos (500 salários mínimos). A sentença condenou o réu ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, consubstanciada no montante de R\$ 25.000,00. O recurso de apelação do HCPA sustenta a ocorrência de condenação *extra petita*, bem como inexistência de dano.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Segundo consta no acórdão, o trabalho pericial revelaria que a autora não estava sendo tratada adequadamente e que se a tomografia tivesse sido realizada anteriormente e tivesse sido descoberto o astrocitoma (se existente naquela época), seria indicado o tratamento cirúrgico, pois para esse tumor é indicada a cirurgia para retirada como tratamento de eleição. A seguir, perguntada se a autora perdeu alguma chance de tratamento, respondeu a perita que perdeu a chance de antecipação do diagnóstico e tratamento, porém não existiriam sequelas neurológicas mensuráveis. Diante disso, o TRF4 entendeu que a sentença andou bem ao condenar o réu à indenização decorrente da perda da chance de um tratamento com mais indicação, perda essa que poderia, de modo real e concreto, ter mudado o rumo da enfermidade e da condição de saúde da autora. Ademais, o acórdão consignou que da impossibilidade de uma afirmação peremptória acerca da relação de causalidade necessária entre a retirada cirúrgica e o desaparecimento da epilepsia, conforme esclarecimentos da perita, não decorreria a conclusão pela inexistência da perda de uma chance. O tratamento cirúrgico seria adequado e recomendado, sendo, efetivamente, uma chance real e atual de cura, ainda que não possa ser considerado infalível. Aduz que dificilmente pode-se afirmar que a realização, em concreto, de determinado procedimento é infalível para melhoria das condições de saúde de alguém, visto que há sempre a possibilidade de imprevistos e acidentes.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. A partir de alguns elementos do acórdão, pode-se entender por uma tendência de associar a perda da chance a uma espécie de dano. O acórdão traz precedente que afirma que a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. Ademais, o acórdão menciona que os precedentes citados revelariam que a responsabilidade pela perda de uma chance se verifica quando houver conduta negligente, adicionada à probabilidade de dano real, atual e certo. Complementa afirmando que a chance perdida deve se referir a um prejuízo sério e real. Ademais, ao responder questionamento sobre a ausência de causalidade necessária entre a retirada cirúrgica e o desaparecimento da epilepsia, o TRF4 afirma que o tratamento cirúrgico era adequado e recomendado, sendo, efetivamente, uma chance real e atual de cura, ainda que não possa ser considerado infalível.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão usa termos para se referir à chance perdida que parecem associadas ao requisito da seriedade e realidade. Ademais, se reporta a um laudo pericial que serve para fundamentar a aplicação da teoria da perda de uma chance. Não é possível inferir das transcrições do laudo pericial uma análise sobre a probabilidade concreta de mudança da forma de desenvolvimento da patologia em função da realização do exame e do tratamento. De todo modo, há um embasamento técnico para se afirmar que a ausência do exame em momento anterior fez com que a parte autora perdesse a chance de um tratamento mais indicado. A perita é perguntada sobre o que mudaria se houvesse a realização do exame em momento anterior e fosse descoberto o astrocitoma, respondendo

que seria indicado o tratamento cirúrgico. Ademais, a perita afirma que a autora perdeu a chance de antecipação do diagnóstico e tratamento, mas não existiriam sequelas neurológicas mensuráveis. Com base nisso, reputou-se correta a condenação à indenização pela perda da chance de um tratamento com mais indicação, perda essa que poderia, de modo real e concreto, ter mudado o rumo da enfermidade e da condição de saúde da autora. O acórdão consigna, ainda, que o tratamento cirúrgico era adequado e recomendado, sendo, efetivamente, uma chance real e atual de cura, ainda que não possa ser considerado infalível. **Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários):** Sim. Fala-se que a responsabilidade pela perda de uma chance se verifica quando houver conduta negligente, adicionada à probabilidade de dano real, atual e certo. Ademais, segundo se depreende do acórdão, o laudo pericial concluiu que a autora não estava sendo tratada corretamente.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não é possível precisar. Sabe-se que a sentença fixou a indenização pela perda de uma chance em R\$ 25.000,00. No entanto, o acórdão não adentra especificamente a questão do *quantum* indenizatório e tampouco transcreve a sentença para que se possa analisar o racional de fixação do valor. No tocante à indenização pela perda de uma chance, o acórdão apenas mantém a sentença de primeiro grau, sem considerações sobre o montante indenizatório (sendo que o recurso de apelação foi parcialmente acolhido apenas para suspender a execução dos honorários advocatícios).

141.Número do julgado: 1999.71.00.029982-0

Data de julgamento: 31/03/2009

Órgão julgador: TRF4 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação ordinária proposta contra o HCPA visando ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, tendo em vista a omissão do réu por não comunicar o autor sobre sua contaminação pelo vírus da hepatite C. A sentença julgou a ação improcedente, por entender ausente o nexo causal entre a conduta do agente e o dano alegado, sustentando que, à época em que o autor realizou a primeira doação de sangue (agosto de 1993), não havia norma regulamentadora da necessidade de comunicação ao doador de eventual contaminação que viesse a ser constatada. O autor interpôs então recurso de apelação em face da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. A turma julgadora acatou, no acórdão, as razões de decidir do parecer apresentado pelo Ministério Público e reformou a sentença, para conceder a indenização pleiteada. Em suma, entendeu-se que o réu tinha o dever de informar ao autor que no seu exame de sangue havia sido constatado o vírus da hepatite C, o que possibilitaria o começo do tratamento necessário para amenizar a doença e evitar eventuais complicações. Assim, estaria configurada a perda de uma chance, demonstrada pela frustração que o autor passou por não saber com antecedência do seu estado de saúde. No caso, a não prestação de informação no que se refere à saúde do autor violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, aduz-se que seria inadmissível o descumprimento por qualquer autoridade, por inércia ou omissão, do dever que a Constituição Federal lhe determina. Assim, poderia se constatar o nexo causal entre a omissão do hospital e a perda da preciosa chance do tratamento precoce, devendo ser reconhecida a responsabilidade do réu em indenizar os danos causados ao autor. Registra-se, ainda, que, não restou comprovado pelo Hospital o envio de correspondência solicitando o comparecimento do autor ao serviço de hemoterapia, sendo certo que o Hospital tinha conhecimento do endereço do autor na época.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O parecer do Ministério Público traz alguns excertos de doutrina sobre o assunto, nos quais há aspectos gerais de conceituação e também considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso de dever de informação. No entanto, não constam considerações claras e expressas sobre a natureza jurídica do instituto. Ademais, ainda de acordo com o referido parecer, pode-se depreender que a indenização concedida é associada a um dano moral no caso concreto. Nesse particular, restou consignado que seria devida a indenização, pois houve violação de direitos fundamentais. A reparação do dano moral estaria prevista na Constituição Federal.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não aborda o requisito consubstanciado na necessidade de configuração de chance séria e real e, ademais, não há uma análise específica sobre as chances relacionadas a um tratamento da hepatite C e impactos de um potencial tratamento precoce na vida do autor. O parecer do Ministério Público acatado pelo acórdão fala da perda de chance de um tratamento precoce, mas não analisa o aspecto da seriedade da chance perdida. Entendeu que a omissão suprimiu a possibilidade de tratamento precoce e isso seria suficiente para a indenização. Ademais, no caso, a perda da chance é associada a um dano moral e, também, relaciona-se com uma falha quanto a um dever de informação, já que o autor tinha direito de saber do seu estado de saúde. Nesse passo, também não há análise sobre a seriedade de chance perdida, mas simplesmente uma construção em torno do dever de informação.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que o direito à saúde não foi respeitado, pois quando foi realizado o exame e se constatou o vírus, o réu deveria ter tido a iniciativa de informar e fazer o possível para encontrar o doador que apresentou a anomalia sanguínea.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão simplesmente fixa a indenização por danos morais no valor de 200 salários mínimos sem quaisquer considerações e detalhamento dos aspectos que foram considerados. Não há uma abordagem sobre os critérios de mensuração dos danos morais e tampouco sobre aplicação de regras próprias da indenização pela perda de uma chance.

142.Número do julgado: 0005677-87.2011.4.05.8200

Data de julgamento: 31/01/2019

Órgão julgador: TRF5 - Primeira Turma

Matéria de fundo: Outras hipóteses

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização por danos morais suportados em decorrência da utilização de documento falso, consubstanciado em certidão de tempo de serviço emitida pela Capitania dos Portos. A utilização do referido documento teria ensejado o ajuizamento de uma ação penal contra o autor, bem como a improcedência de ação para concessão de anistia. A sentença julgou procedente o pedido do autor para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00. A União Federal e o autor interpuseram recurso de apelação em face da sentença. A União Federal requereu a reforma da sentença para afastar qualquer indenização. O autor requereu a reforma da sentença ao argumento de que: (a) deveria ser majorada a indenização arbitrada e (b) inexistiria irregularidade na concessão de aposentadoria ao autor pelo INSS.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. No acórdão, entendeu-se pela inexistência de ato ilícito decorrente do ajuizamento de ação penal para apurar a prática de estelionato, supostamente praticado mediante a utilização de documento ideologicamente

falso. A atuação do MPF teria sido lastreada na existência de indícios da prática do delito. Ademais, a atuação do MPF e do Poder Judiciário não teria se dado ao arrepio da lei, de modo que inexisteriam elementos a justificar o dever de indenizar pela União Federal. Ademais, o processo criminal teria tramitado de forma regular, com a observância das garantias processuais, culminando com a absolvição do autor. Quanto aos danos morais pela improcedência da pretensão do autor de obtenção da reparação econômica de caráter indenizatório, requerida com supedâneo na Lei da Anistia, entendeu o acórdão pela reforma da sentença. Isso porque, segundo consta, no referido processo, a juíza, a despeito de ter levado em conta a falsidade do documento, examinou os requisitos necessários para a concessão da anistia, tendo-os afastado expressamente. Na ocasião, não vislumbrou qualquer indício de que o afastamento do autor se deu por razões de perseguição política. Uma vez negada ao autor a fruição do benefício por não haver comprovado que o seu afastamento do serviço público se deu por motivação política, não haveria que se falar na prática de qualquer conduta ilícita e, via de consequência, na existência de dano. Inexistiria, portanto, o dever de indenizar prescrito e não seria o caso de falar na perda de uma chance, como consignado em sentença.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Ao que parece a perda da chance foi associada ao dano moral na sentença, mas a indenização foi afastada pelo TRF5 sem uma análise sobre a natureza jurídica da perda da chance.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A indenização foi afastada porque, a despeito de ter sido aventada a questão da falsidade do documento no processo de concessão da anistia, teria havido análise sobre os requisitos para tanto, com a conclusão de que o autor não faria jus ao benefício. Assim, inexistiria ato ilícito a justificar a indenização e, portanto, não seria o caso de se falar em perda da chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Abordou-se a ausência de ato ilícito na propositura da ação penal, diante dos indícios que justificaram a atuação do MPF. Além disso, a atuação do Poder Judiciário também teria sido em conformidade com a lei. Também há afirmação quanto à ausência de ato ilícito ao se abordar a negativa de fruição do benefício da anistia pelo autor, já que este não teria comprovado que o seu afastamento do serviço público se deu por motivação política.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

143.Número do julgado: 0002152-81.2012.4.05.8000

Data de julgamento: 18/09/2018

Órgão julgador: TRF5 - Segunda Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos materiais e morais pelo atraso na entrega de correspondência que teria ocasionado a perda de uma chance pelo autor de concorrer em seleção de Curso de Mestrado em Filosofia da Universidade Federal de Sergipe, no ano de 2012.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença e adotou seus fundamentos como razões de decidir, acrescentando algumas considerações complementares. Consignou que a entrega da correspondência fora do prazo previsto no edital não decorreu de uma falha na prestação do serviço postal, tendo se verificado no caso uma contingência previsível que poderia ter sido evitada, caso o autor houvesse agido com a prudência do “homem médio”, optando pelo serviço de Sedex 10 ou 12, com prazo contado em horas, o qual seria mais expedito, embora um pouco mais caro. A alegação de dano não

seria suficiente para a configuração da responsabilidade civil, a qual dependeria ainda da prova da ilicitude e do nexo de causalidade. Considerando que não teria sido evidenciado o atraso na entrega da correspondência, visto que o serviço de Sedex o prazo é contado em dias não em horas, restaria descaracterizada a suposta conduta ilícita da ECT e, bem assim, o nexo de causalidade entre a alegada falha do serviço e o dano.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão não efetuou qualquer análise a respeito da teoria da perda de uma chance, por entender que não teria sido demonstrada conduta ilícita da ECT e nexo de causalidade com o dano alegado.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A indenização foi afastada porque não teria sido sequer evidenciado o atraso na entrega da correspondência, estando descaracterizada a suposta conduta ilícita da ECT e, bem assim, o nexo de causalidade entre a alegada falha do serviço e o dano. Caberia ao autor ter contratado serviços como Sedex 10 ou 12 para assegurar a entrega, agindo com diligência diante da situação. Dentro desse contexto, não houve análise sobre a chances do autor em relação ao Curso de Mestrado.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. A ausência de conduta antijurídica pela ECT foi fator determinante para afastar qualquer dever de indenizar. A respeito, consignou-se que, quanto à decisão de contratar o serviço por influência da informação incorreta do funcionário, os documentos dos autos dariam conta que o prazo de entrega de encomendas via Sedex simples é contado em dias, de modo que o infortúnio alegado decorreu da má escolha do serviço pelo autor, que preferiu privilegiar a economicidade. Ademais, o autor não teria logrado comprovar que a correspondência foi recebida pela destinatária (Universidade Federal de Sergipe) e muito menos com atraso.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

144. Número do julgado: 0006555-37.2010.4.05.8300

Data de julgamento: 09/03/2017

Órgão julgador: TRF5 - Primeira Turma

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, o Estado de Pernambuco e o Município de Recife/PE objetivando o fornecimento de remédio. Foi prolatada sentença na demanda convertendo a obrigação de dar coisa certa (fornecimento do medicamento Lucentis Ranibizumabe, para o tratamento de Degeneração Macular Relacionada à Idade), em perdas e danos, no valor de R\$ 15.000,00. Em seu recurso de apelação, o autor pede a majoração do valor da indenização para R\$ 150.000,00, por se tratar de dano à integridade física irreversível (perda da visão do olho direito) e que atinge idoso. Os entes públicos também interuseram recurso de apelação contra a sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão manteve a sentença no tocante à concessão da indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance. Aduziu que, na data da perícia, o medicamento já não se fazia mais necessário, porque adveio supervenientemente a cicatrização da membrana ocular, e o fármaco apenas é indicado quando a membrana está ativa. Em laudo complementar, o perito judicial teria asseverado que autor estava cego do olho direito. A partir dos exames apresentados pelo autor, o perito teria observado que, em angiografia de 20/11/2009, a membrana estava ativa, ao passo que, em exame de 13/05/2011, a membrana já estava cicatrizada. O autor ajuizou a demanda em 12/05/2010, embasada em receituário médico de abril de 2010, que atestou a necessidade do medicamento. Houve o deferimento de tutela antecipada, para a entrega do

medicamento pelos réus, do qual eles foram cientificados em 24/05/2010. No entanto, o cumprimento da decisão judicial apenas ocorreu em fevereiro de 2011. Assim cotejando esses dados com a informação prestada pelo perito, de que a demora no tratamento “pode levar ao aumento da lesão e pior prognóstico”, concluiu que, em razão da demora no fornecimento do medicamento, o autor perdeu a chance de obter o controle de sua enfermidade. Portanto, caberia a indenização pela perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão cita precedentes que mencionam a necessidade de configuração de chance séria e real para a aplicação da teoria da perda de uma chance, porém não aprofunda o requisito. Em relação ao caso concreto, o acórdão constatou que, embora tenha havido o deferimento de tutela antecipada para a entrega do medicamento pelos réus e eles tenham sido cientificados em 24/05/2010, o cumprimento da decisão judicial apenas ocorreu em fevereiro de 2011. Ademais, o perito afirmou em seu laudo que a demora no tratamento poderia levar ao aumento da lesão e pior prognóstico. Assim, seria possível concluir que, em razão da demora no fornecimento, o autor perdeu a chance de obter o controle de sua enfermidade. Portanto, caberia a indenização pela perda de uma chance. Não há uma análise detida sobre o percentual e caráter sério e real dessa chance, mas há embasamento técnico para a conclusão alcançada.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora não se mencione de forma expressa, pode-se afirmar que há análise sobre a antijuridicidade ao se abordar a demora no cumprimento da decisão judicial.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão apenas manteve a indenização fixada em sentença, no valor de R\$ 15.000,00, por entender compatível com as peculiaridades do caso concreto, não se mostrando exorbitante, nem ínfima. Não há informação sobre os parâmetros exatos que nortearam a sentença e considerações sobre aspectos de quantificação próprios da teoria da perda de uma chance.

145.Número do julgado: 2008.82.00.006784-0/02

Data de julgamento: 06/12/2016

Órgão julgador: TRF5 - Segunda Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização em razão da nomeação tardia para cargo de Papiloscopista da Polícia Federal, após determinação judicial. Em um primeiro momento, o TRF5 reconheceu ao candidato em concurso público, que teve a sua nomeação indevidamente retardada, o direito à percepção de danos materiais, fixados no valor da remuneração que lhe seria paga desde a data da posse (descontados valores auferidos em outras funções), e de danos morais, fixados no valor de R\$ 15.000,00. Os autos retornaram do STF, que deu provimento a um recurso para que fossem observadas as disposições do art. 543-B do CPC/73, em face do julgamento do RE 724.347, em que foi reconhecida a repercussão geral da questão relativa ao direito dos candidatos aprovados em concurso público à indenização por danos materiais em decorrência da demora na nomeação determinada judicialmente. O acórdão analisado diz respeito à decisão do TRF5 após o retorno dos autos do STF.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Constou no acórdão que o STF adotou a seguinte tese em sede de repercussão geral: “Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus à indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade

flagrante.”. No acórdão anterior do TRF5, a tese adotada e acatada teria sido a da perda de uma chance, não havendo menção a qualquer arbitrariedade flagrante. Sendo assim, entendeu-se que o acórdão recorrido estaria em dissonância com o entendimento firmado no STF, razão pela qual deveria ser reformado, afastando-se a indenização outrora concedida.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários):

Não. No acórdão em questão não houve análise de particularidades referentes à teoria da perda de uma chance, sendo a indenização afastada em razão do entendimento do STF firmado em repercussão geral e constatação quanto à ausência de arbitrariedade flagrante.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A indenização foi afastada em razão do entendimento do STF firmado em repercussão geral, sem análise sobre particularidades da teoria da perda de uma chance e, bem assim, sobre o caráter sério e real da chance tida como perdida. Entendeu-se pela inexistência de arbitrariedade flagrante, que seria o único aspecto que poderia eventualmente alterar a conclusão quanto ao cabimento de indenização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Diante da tese firmada em regime de repercussão geral, que preconiza o descabimento de indenização em caso de posse determinada por decisão judicial, salvo situação de arbitrariedade flagrante, houve uma análise superficial sobre a caracterização dessa exceção. Nesse sentido, apenas se consignou a ausência de referência no acórdão anterior a qualquer arbitrariedade flagrante.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

146.Número do julgado: 0004174-85.2012.4.05.8300

Data de julgamento: 06/10/2015

Órgão julgador: TRF5 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, o Estado de Pernambuco e o Município de Recife/PE objetivando indenização por força da omissão dos entes públicos, que teria resultado no falecimento da genitora da autora. Segundo consta, a genitora da autora, pessoa idosa, com 88 anos, sofreu um Acidente Vascular Cerebral - AVC, em 22/09/2010, restando internada no Hospital da Restauração, localizado na cidade do Recife. Por força de recomendação médica, houve a solicitação para internação da paciente em leito de UTI, porém isso não ocorreu de forma voluntária, sendo necessário o ajuizamento de ação específica e obtenção de decisão liminar para tanto. Foi obtida decisão liminar em 07/10/2010, porém a decisão não foi cumprida imediatamente, tendo ocorrido um atraso injustificado no cumprimento, de sorte que a internação somente ocorreu em 14/10/2010, data do falecimento da paciente.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão consignou que a sentença não reconheceu ter ocorrido o falecimento da mãe da autora em decorrência da falta de fornecimento de leito de UTI, pois não haveria prova de que a morte teria sido evitada se disponibilizado o leito a partir do momento em que foi transferida para o Hospital da Restauração. Para fundamentar o reconhecimento da responsabilidade, a sentença considerou que a falta do atendimento médico-hospitalar apropriado "suplantou a possibilidade de que tivesse a chance de superar o problema de saúde e sobrevivido". O fundamento da sentença reside, portanto, na responsabilidade na qual se indeniza a própria chance perdida. O TRF5 concordou com a sentença, asseverando que, não obstante a gravidade do estado de saúde da mãe da autora, que já teria chegado ao Hospital da Restauração em estado de inconsciência, a conduta omissiva dos entes públicos,

especialmente no tocante ao remanejamento da paciente para hospital da rede privada em razão da falta de vagas em UTI, teria quebrado a legítima expectativa de atendimento de acordo com a recomendação médica. Embora houvesse relato de que "o prognóstico da paciente era grave e, mesmo na UTI, poderia ter evoluído para o óbito", entendeu que não se poderia perder de vista que a possibilidade de alguma recuperação da paciente não foi descartada, não existindo prova nos autos que descartasse um "processo de melhor convalescência". Assim, o SUS, mesmo com determinação judicial, teria privado a mãe da autora de receber um tratamento digno (recomendado dentro das possibilidades materiais do serviço público de saúde), que talvez pudesse lhe garantir uma sobrevida, devendo ser reconhecido o dever de indenizar pelos entes públicos que deixaram de cumprir a liminar.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não são apresentadas considerações claras e expressas sobre a natureza jurídica do instituto. No entanto, fala-se que o fundamento da sentença residiu na responsabilidade na qual se indeniza a própria chance perdida. Ademais, cita-se precedente do STJ que fala do direito autônomo referente à "oportunidade de gozar da companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo de melhor convalescência". Portanto, há indicativos de classificação como dano específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Não são apresentadas considerações sobre o requisito consubstanciado na configuração de chance séria e real para justificar aplicação da teoria da perda de uma chance. Embora haja depoimento de médica no sentido de que o quadro da mãe da autora era grave e, mesmo na UTI, o seu quadro poderia ter evoluído para óbito, o acórdão afirma que não se poderia perder de vista que a possibilidade de alguma recuperação da paciente não foi descartada, não existindo prova nos autos que descartasse um "processo de melhor convalescência". Segundo o acórdão, isso seria suficiente para embasar a aplicação da teoria da perda de uma chance. Portanto, não se tem uma prova técnica que sustente a existência de chance séria e real de sobrevida e/ou processo melhor de convalescência, mas o acórdão aborda a ausência de prova que descarte essa chance.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falta de atendimento médico-hospitalar adequado e dever de indenizar por parte dos entes públicos que deixaram de cumprir a liminar do Juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (negligência no cumprimento de ordem judicial).

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Houve a redução da indenização no acórdão, mas não há considerações expressas que permitam concluir que decorreu das diretrizes da perda da chance. Havia sido estabelecido, em sentença, o valor de R\$ 60.000,00 e houve redução para R\$ 10.000,00. Consignou-se no acórdão que o valor pela chance perdida deveria ser mitigado, especialmente considerando que houve, ainda que tardiamente, a disponibilização da vaga, bem como pelo fato de que, no período entre a entrada no Hospital da Restauração e a data do óbito, teria ocorrido uma melhora no estado de saúde a justificar a desnecessidade de remanejamento para a UTI.

147.Número do julgado: 0805391-62.2014.4.05.8300

Data de julgamento: 14/05/2015

Órgão julgador: TRF5 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando a reintegração do particular ao serviço militar e indenização pelas diferenças salariais e pelos danos morais sofridos. A sentença, reconhecendo ter sido o caso de culpa concorrente, afastou a hipótese de indenização a título de diferenças salariais ou danos morais. O autor interpôs recurso de

apelação alegando que a sentença incorreu em equívocos, pois: (a) confundiu o mérito da ação, cujo cerne é relativo a não promoção do militar ao posto de cabo; (b) não haveria que se falar em culpa concorrente, uma vez que o autor foi o único prejudicado, restando claro que houve culpa exclusiva da União Federal e (c) afastou a teoria da perda de uma chance, quando, na verdade, quem deu causa ao imbróglio foi a Marinha, tendo esta sido responsável pela extinção do vínculo.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença, consignando que o pedido espontâneo de baixa da Marinha, a renúncia expressa ao direito sobre o qual se fundava a ação mandamental anterior, que visava à efetivação da matrícula e habilitação do autor no curso de formação de cabos, e a posse em cargo público da Prefeitura de Olinda/PE demonstraram, de maneira inequívoca, o desinteresse do autor em permanecer vinculado àquela instituição militar. Portanto, a sentença teria corretamente concluído, diante dos fatos apresentados, pela improcedência do pedido de reintegração do militar ao serviço ativo, afastando, por conseguinte, as hipóteses de indenização pelas diferenças salariais e por danos morais. Quanto ao pedido alternativo de indenização no valor de R\$ 100.000,00, com base na teoria da perda de uma chance, que também foi julgado improcedente, entendeu que o autor não logrou demonstrar a culpa da União Federal. Assim, inexistindo nos autos prova de que o pedido de exoneração do cargo público foi motivado pela União Federal, não haveria como cogitar a possibilidade de indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. No tocante ao pedido de indenização pela perda de uma chance, o acórdão entendeu que o autor não logrou demonstrar a culpa da União Federal e, inexistindo prova de que o pedido de exoneração do cargo público foi motivado pela ré, não haveria como cogitar a possibilidade de indenização, nem mesmo pela perda de uma chance. Assim, não houve análise sobre o caráter sério e real da chance perdida.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Essa foi a razão do afastamento da indenização pela perda de uma chance. Consignou-se que, inexistindo nos autos prova de que o pedido de exoneração do cargo público foi motivado pela União Federal, não logrando demonstrar a culpa da ré, não haveria como cogitar a possibilidade de indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

148.Número do julgado: 0803426-49.2014.4.05.8300

Data de julgamento: 07/05/2015

Órgão julgador: TRF5 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT e a Petroquímica - Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco - CITEPE objetivando indenização por danos materiais e morais sofridos em virtude da desclassificação do autor em concurso para o cargo de "Operador Têxtil I" na CITEPE, decorrente do não comparecimento à etapa de comprovação de requisitos comunicada através de telegrama, o qual não foi entregue pela ECT. A sentença julgou improcedente o pedido de condenação da CITEPE ao pagamento de indenizações referentes a danos materiais e morais pela desclassificação do autor no referido concurso e julgou parcialmente procedente o pleito em relação à ECT, condenando esta ao pagamento de indenização por danos morais, com fundamento na teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a desclassificação do autor decorreu de falha na entrega de telegrama de convocação para comparecimento a uma das etapas do concurso. O autor interpôs recurso

de apelação sustentando, em síntese, que a CITEPE foi também culpada e causadora do prejuízo, uma vez que negou a concessão de uma nova chance para cumprimento da etapa de comprovação de requisitos, mesmo depois de informada acerca da inocorrência da entrega do telegrama por falha da ECT. Ademais, pediu a majoração do valor arbitrado a título de danos morais, com fundamento na teoria da perda de uma chance. A ECT também interpôs recurso de apelação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença, consignando que de fato não haveria ato ilícito praticado pela CITEPE ao desclassificar o candidato, considerando as disposições do edital, tampouco fundamento para atribuir culpa ao autor, já que não houve prova de que a convocação foi publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da Fundação Cesgranrio. Caberia a condenação da ECT pela falha na prestação do serviço que resultou na desclassificação do autor, porém somente a título de danos morais, em virtude do abalo e frustração decorrentes da desclassificação. O TRF5 entendeu que a situação não se enquadraria dentro da hipótese da teoria da perda de uma chance, nem no conceito de lucro cessante, o qual deve compreender aquilo que o autor razoavelmente deixou de lucrar. Embora a falha da prestação do serviço tenha resultado na desclassificação do autor, não haveria como garantir que o candidato seria aprovado na etapa para a qual foi convocado e na seguinte, não sendo possível arbitrar uma indenização por danos materiais referente ao montante do salário que ganharia até se aposentar. Vale notar que a sentença havia consignado a impossibilidade de quantificar o dano decorrente da chance perdida pela impossibilidade de realização de um cálculo da provável vantagem que seria obtida pelo autor caso a chance não tivesse sido frustrada, razão pela qual entendeu inviável a condenação em danos materiais, condenando a ECT apenas por danos morais.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão traz considerações que podem levar ao entendimento de que se impõe uma diferenciação entre os lucros cessantes, a perda da chance e os danos morais. Ademais, enquanto a sentença utilizou a teoria da perda de uma chance para respaldar a indenização a título de danos morais, o acórdão a associou aos danos materiais. Porém, não consta uma análise detalhada sobre a perda da chance e sua natureza jurídica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão aponta que não haveria como garantir que o candidato seria aprovado na etapa para a qual foi convocado e na seguinte, não sendo possível arbitrar uma indenização por danos materiais referente ao montante do salário que ganharia até se aposentar. Apesar disso, não constam menções ao requisito consubstanciado na necessidade de demonstração de uma chance séria e real e não há nenhuma análise sobre aspectos pessoais do autor e particularidades do concurso, tais como número de vagas, entre outras.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Foi reconhecida a falha no serviço, sendo tal aspecto determinante apenas para a indenização a título de danos morais.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

149.Número do julgado: 0001081-57.2011.4.05.8104

Data de julgamento: 26/03/2015

Órgão julgador: TRF5 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Acidentes decorrentes de más condições em rodovia

Resumo da controvérsia: Ação contra o DNIT objetivando indenização por danos morais, danos materiais e estéticos em razão de acidente de trânsito provocado pela existência de buraco na pista e pelas más condições da rodovia BR-116, Km 56,4, nas proximidades de Pacajus/CE. O acidente ocasionou a morte de três pessoas que se encontravam em um

veículo, que se chocou a um caminhão, e danos físicos a um dos autores, que conduzia uma motocicleta no momento da batida. A teoria da perda de uma chance foi invocada por um dos autores, que entendia devida, a título de danos materiais, a inclusão de pensão mensal referente à morte de sua filha, a qual, caso estivesse viva, se formaria em enfermagem e passaria a contribuir para a renda familiar. Tal autor defendeu que a teoria da perda de uma chance deveria ser aplicada ao caso considerando que, uma vez que sua filha já havia concluído mais da metade do curso, existia uma probabilidade maior que 50% de que ela se formasse e exercesse a profissão.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF5 entendeu que o boletim de acidente de trânsito informaria a existência de vários buracos e remendos na pista, especialmente no local do acidente, de modo que não haveria discussão acerca da responsabilidade da ré. O acórdão entendeu por manter os valores de pensão mensal e danos materiais atribuídos em sentença, mas reduziu os valores de indenização a título de danos morais. Quanto ao pedido de um dos autores relacionados à teoria da perda de uma chance, entendeu-se que não haveria como acatar a aplicação de tal teoria com vistas a incluir na indenização o pagamento de uma pensão mensal referente a 2/3 do piso salarial da profissão de enfermeira, a qual, caso estivesse viva, a filha deste autor provavelmente exerceria. Isso porque não seria possível garantir que, mesmo tendo a vítima concluído metade do curso ao tempo do acidente, ela iria concluir sua graduação. Não haveria, portanto, dano certo ou algo que razoavelmente se deixou de lucrar. Destarte, a situação não se enquadraria dentro da hipótese da teoria da perda de uma chance, nem no conceito de lucro cessante, uma vez que não haveria garantia real de que a vítima ia exercer a profissão de enfermeira.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não constam considerações específicas acerca da natureza jurídica da perda de uma chance. No entanto, há uma diferenciação em relação aos danos morais e, em certa medida, em relação aos lucros cessantes (embora o acórdão aborde as duas hipóteses ao tratar do pedido do autor de inclusão da pensão pela profissão que sua filha possivelmente iria exercer).

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão não detalha a necessidade de que a chance seja séria e real para dar respaldo a uma indenização. Afirma genericamente que não seria possível garantir que, mesmo tendo a vítima concluído metade do curso de enfermagem ao tempo do acidente, ela iria concluir sua graduação. Diante disso, não haveria dano certo. A situação não se enquadraria dentro da hipótese da teoria da perda de uma chance, nem de lucro cessante, ante a inexistência de garantia real de que a vítima em questão de fato iria exercer a profissão de enfermeira. No entanto, o acórdão não aborda aspectos relacionados à situação concreta, como qualidades da vítima, situação da família, inclusive para ponderar a chance efetiva de haver um auxílio ao pai.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora se aborde a responsabilidade objetiva e a desnecessidade da prova de culpa, o acórdão aborda a comprovação de existência de buracos na pista e o nexo de causalidade entre este fato e o acidente de trânsito. O foco é principalmente o nexo de causalidade e não a antijuridicidade ou culpa, embora possa se concluir por uma constatação a esse respeito, ainda que implícita.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

150.Número do julgado: 0803131-64.2013.4.05.8100

Data de julgamento: 26/06/2014

Órgão julgador: TRF5 - Primeira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da UFC a homologar a aprovação da autora em concurso e a nomeá-la para o cargo de técnica administrativa psicóloga organizacional. Subsidiariamente, pugna a autora pela condenação da UFC no pagamento da quantia de R\$ 84.280,80, pela perda da chance da autora de ser nomeada para o cargo público mencionado. Aduz a autora que prestou concurso público para provimento de cargos técnico-administrativos em educação e restou aprovada na sexta colocação, empatada em número de pontos com o quinto colocado. Afirma que o desempate teria ocorrido conforme determinado na cláusula 8.4 do edital e a cláusula 8.5 do mesmo edital aduz expressamente que "nenhum dos candidatos empatados na última classificação de aprovados será considerado reprovado", razão pela qual todos os candidatos que obtivessem o mesmo número de pontos do último colocado seriam considerados aprovados. Contudo, somente foram homologados no referido concurso os cinco primeiros colocados, ficando a autora fora da lista de homologação. Prossegue afirmando que teria sido comunicada verbalmente que ela não seria aprovada por força de decreto que determinava que, no caso de concursos com apenas uma vaga, o número de candidatos homologados seria igual a cinco. Todos os candidatos aprovados no concurso teriam sido nomeados. Vencido o prazo do concurso de 2010, foi lançado novo edital para provimento do mesmo cargo ao qual a autora havia concorrido em 2010 e, também tendo sido ofertada apenas uma vaga, desta vez teriam sido aprovados 12 candidatos. A sentença julgou a ação improcedente.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença e acolheu sua fundamentação. Em suma, consignou que a autora informa que ficou na sexta colocação, tendo o desempate com a quinta colocada ocorrido conforme o disposto no item 8.4 do edital. Portanto, não se aplicaria o item 8.5 do edital, que somente seria aplicável caso o empate permanecesse, mesmo com a aplicação dos critérios do item 8.4 do edital. Ademais, o outro edital questionado, de 2013, somente teria sido lançado depois de vencido o prazo do concurso de 2010, de modo que, ainda que a autora fizesse jus à aprovação no certame ocorrido em 2010, ela não teria o alegado direito à nomeação, uma vez que não há que se falar em nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas após expirado o prazo de validade do concurso. Consignou ainda que o simples fato de todos os cinco candidatos aprovados no certame de 2010 terem porventura sido nomeados não asseguraria de modo algum que um sexto candidato que, por hipótese, tivesse sido aprovado, fosse igualmente nomeado. Sendo impossível o acatamento do pleito principal, ficaria prejudicado o pedido subsidiário de pagamento de indenização, baseado no suposto ato ilícito praticado pela UFC consistente em "não homologar candidata aprovada com mesma pontuação do último classificado", o que teria gerado a perda de uma chance da autora de ser nomeada no cargo público. Contudo, a ausência de aprovação da autora não padeceria de nenhuma irregularidade. Finalmente, constou que o simples fato da Administração, no certame de 2013, ter divulgado resultado final com 12 candidatos para o cargo de assistente social não teria o condão de obrigá-la a aumentar o número de aprovados em certame anterior, inclusive já expirado, mormente quando o número de aprovados no concurso de 2010 obedeceu expressa previsão editalícia.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão não chegou a analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance, por entender que a ausência de aprovação da autora no concurso de 2010 não padeceu de nenhuma irregularidade.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não chegou a analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance, por entender que a ausência de aprovação da autora no concurso de 2010 não padeceu de nenhuma irregularidade.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Essa foi a razão do afastamento da indenização. Entendeu-se que a ausência de aprovação da autora no concurso de 2010 não padeceu de nenhuma irregularidade, tendo sido seguidos os preceitos do edital.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

151. Número do julgado: 0008278-57.2011.4.05.8300

Data de julgamento: 27/05/2014

Órgão julgador: TRF5 - Segunda Turma

Matéria de fundo: Inércia para cumprimento de ordem judicial ou adoção de providências administrativas

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, o Estado de Pernambuco e o Município de Camaragibe/PE objetivando indenização por danos morais em razão da omissão estatal que teria levado ao falecimento do genitor do autor. Aduz o autor que seu pai foi acometido de câncer no sistema nervoso central, com diagnóstico feito em setembro de 2010. Teria então procurado atendimento médico na rede pública, quando foi submetido a tratamento cirúrgico em outubro de 2010, indicando-se para a continuidade do seu tratamento o medicamento "temozolamida", capaz de gerar melhora e sobrevida. Tal medicamento teria custo elevado, razão pela qual o requereu na rede pública (Estado de Pernambuco), ante a inexistência de condições econômicas para a sua aquisição. O fornecimento foi recusado sob o fundamento de competir aos "Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACON" e "Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON", sendo de valor muito elevado para ser adquirido pela rede pública. O genitor ingressou com ação judicial visando à obtenção da referida medicação. A tutela antecipada foi inicialmente indeferida, decisão essa reformada em grau de recurso. Antes que a medicação fosse fornecida, seu genitor veio a falecer. Em virtude desses fatos, afirma terem incorrido os réus em conduta ilícita, decorrente da negativa em fornecer a medicação necessária, razão pela qual é solicitada indenização por danos morais. A sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial, para condenar os réus ao pagamento de R\$ 25.000,000, a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor, invocando a teoria da perda de uma chance. Foram interpostos recursos de apelação pelo autor, Estado de Pernambuco e Município de Camaragibe/PE.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão entendeu que não estaria configurado qualquer descumprimento por parte dos entes públicos, uma vez que o falecimento do pai do autor se deu no prazo de cumprimento da decisão judicial. Ademais, não aproveitaria ao autor o fato de ter recebido a medicação pleiteada em 01 de junho de 2011, meses após a morte de seu genitor, pois o medicamento temozolamida não constaria da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS. Pontuou que o Estado, em sua atividade normal, não se porta como particular, porém sujeito a rígidas e inflexíveis normas que regem os procedimentos de compras, também aplicados aos medicamentos, o que justificaria a demora ocorrida neste excepcionalíssimo caso. Além disso, não teria sido demonstrada de forma cabal a perfeita eficácia ou a utilidade do tratamento com a referida droga, ou seja, não se sabia da real probabilidade de cura do paciente se fosse submetido ao tratamento, mesmo porque tudo indicaria um avançado estágio de propagação da doença, dado o exíguo tempo transcorrido entre o diagnóstico e o óbito. O panorama apontaria então para a inexistência de nexo causal entre o evento morte, razão de pedir dos danos morais, e qualquer conduta ilícita do Estado, que se comportou estritamente dentro dos parâmetros normais exigidos pelas normas da Administração Pública. Ademais, apesar da tese veiculada na sentença, de aplicação da teoria da perda de uma chance – utilizada em indenizações

decorrentes de erro médico –, a exigir que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, entendeu-se que não se aplicaria ao caso concreto, pois sequer teria sido demonstrada a responsabilidade civil.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão entendeu que não seria o caso de aplicação da teoria da perda de uma chance, pois sequer teria sido demonstrada a responsabilidade civil. O panorama dos autos apontaria para a inexistência de nexo causal entre o evento morte, razão de pedir dos danos morais, e qualquer conduta ilícita do Estado, que se comportou estritamente dentro dos parâmetros normais exigidos pelas normas da Administração Pública. Nesse contexto, não houve uma análise detida a respeito das particularidades da teoria e natureza jurídica da perda da chance. A relação de causalidade é estabelecida entre o evento final e não com a perda da chance, mas a ausência de conduta ilícita aparentemente seria suficiente para afastar a indenização.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão consigna que a teoria da perda de uma chance exige que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, o que indica uma abordagem - ainda que superficial - sobre o caráter sério e real da chance perdida. Ademais, afirma-se no acórdão que inexistiria demonstração da perfeita eficácia ou utilidade do tratamento com a droga, ou seja, não se sabia da real probabilidade de cura do paciente se fosse submetido ao tratamento, mesmo porque, tudo indicaria um avançado estágio de propagação da doença. De toda forma, registra que a teoria da perda de uma chance não se aplicaria ao caso concreto, pois não teria sido demonstrada a responsabilidade civil. Inexistiria conduta ilícita e nexo de causalidade entre a conduta dos entes públicos e o resultado morte.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ausência de conduta ilícita pelos entes públicos, já que o falecimento se deu dentro do prazo para entrega do remédio, arbitrado em decisão judicial. Ademais, mesmo que a entrega ocorreu meses depois, isso seria justificado pelo fato do medicamento não constar da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS e o Estado, em sua atividade normal, não se portar como particular, estando sujeito a rígidas e inflexíveis normas que regem os procedimentos de compras, também aplicados aos medicamentos. A ausência de conduta ilícita parece ter sido determinante para afastar a indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

152.Número do julgado: 0800015-11.2013.4.05.8404

Data de julgamento: 08/10/2013

Órgão julgador: TRF5 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação de indenização contra a ECT por danos materiais cumulados com danos morais e perda de uma chance. A demanda objetiva indenização pelos danos sofridos em virtude da ausência de entrega de correspondência contendo a documentação relativa a uma concorrência realizada pela CEF. Afirma a autora que enviou, através da ECT, correspondência contendo a documentação relativa à proposta para uma concorrência, cujo objeto era a seleção de pessoas físicas/jurídicas para comercializar, por meio do regime de permissão, as lotéricas administradas pela CEF. Entretanto, a ECT enviou a correspondência de volta à remetente, o que frustrou sua participação na licitação. A sentença julgou procedente o pedido, condenando a ECT a pagar R\$ 29,10 a título de danos materiais e R\$ 5.000,00 a título de danos morais, bem como R\$ 40.680,00 a título de indenização pela perda de uma chance. Houve interposição de recurso de apelação pela ECT e recurso adesivo da autora.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão manteve a sentença no tocante à concessão da indenização. No caso, entendeu que a autora sofreu prejuízos em decorrência do extravio de sua correspondência. Nesse contexto, seria passível de restituição o valor pago aos Correios para a remessa da documentação por Sedex e seria possível admitir ainda a mensuração do dano material causado pela teoria da perda de uma chance, quantificado a partir da mitigação do valor do resultado que se deixou de obter, visto que há que se diferenciar o resultado perdido da possibilidade de consegui-lo. Consignou, ainda, que restando evidenciada a falha no sistema de Correios, com a devolução da correspondência ao remetente, sem entrega ao destinatário, não haveria como negar a negligência da ECT, que levou a autora a passar por transtornos de ordem moral e material. Foi também mantida a indenização por danos morais concedida pela sentença.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações expressas sobre a natureza jurídica do instituto. O acórdão traz precedente do STJ em que consta que a teoria da perda de uma chance vem sendo admitida como uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Ademais, afirma que seria admitida a mensuração do dano material causado pela teoria da perda de uma chance, quantificado a partir da mitigação do valor do resultado que se deixou de obter, visto que há que se diferenciar o resultado perdido, da possibilidade de consegui-lo. Pode-se afirmar que o acórdão tende a admitir a perda da chance como dano específico e parece associar com dano material no caso, mas não há esclarecimento expresso a respeito.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. Não há menção no acórdão sobre a necessidade de que a chance seja séria e real para dar azo à indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance. Ademais, não há uma análise específica sobre a configuração de chance séria e real no caso concreto. Afirma-se que a autora postou documentação ofertando lance para participação na concorrência pública, mas a ECT teria enviado a correspondência de volta à remetente, frustrando sua participação no certame. Não há considerações adicionais no acórdão sobre o certame, suas etapas e os demais lances ofertados.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço e negligência.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão confirmou a indenização concedida pela sentença pela perda de uma chance. O *quantum* indenizatório foi fixado pelo juízo de primeiro grau em R\$ 40.680,00, partindo da premissa que a autora perceberia um salário mínimo por mês, multiplicando-se pelo número de meses do prazo da permissão reduzido pela metade. Na ementa, ao justificar a indenização, consigna-se que se admite a mensuração do dano material com a teoria da perda de uma chance a partir do valor do resultado que se deixou de obter, mitigado. O valor foi reduzido pela metade em razão da mitigação pela perda provável.

153.Número do julgado: 0014021-03.2010.4.05.8100

Data de julgamento: 24/10/2013

Órgão julgador: TRF5 - Primeira Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação contra a FUB, o INEP e a Fundação Cesgranrio objetivando a realização da prova do ENEM ou indenização em razão de problema com a inscrição no exame. O autor relata que formulou requerimento de inscrição no ENEM-2010, não logrando a emissão regular do documento de inscrição em razão de problemas na identificação do seu CPF. Nesse contexto, o autor não teve a sua inscrição no certame confirmada e, por

consequente, não participou das provas. A sentença extinguiu o processo, sem resolução de mérito, ante a ausência das condições de ação, em relação ao pedido de realização da prova, bem como em relação à ilegitimidade passiva da FUB, julgando, outrossim, improcedente o pleito indenizatório. Em recurso de apelação, pugna o autor pela reforma da sentença para, em síntese, condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais com base na teoria da perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão manteve a sentença e adotou os seus fundamentos como razões de decidir. A sentença entendeu que, a partir do acervo probatório dos autos, inexistiriam elementos que evidenciassem a conduta ilícita ou negligente dos réus, seja por ação ou omissão, a ensejar o dever de indenizar, nem tampouco pressupostos indispensáveis da responsabilidade civil dos mesmos. Quanto à indenização, apontou que a não efetivação de inscrição em certame, decorrente de problemas no sítio oficial do ENEM, por si só, não tipificaria grave ofensa à honra do autor, da qual pudesse decorrer dano moral. No caso, inobstante o autor não ter alcançado a participação no certame, causando-lhe certo aborrecimento, a pretensão autoral fundada na perda de uma chance estaria edificada em meras conjecturas, a partir de suposta possibilidade de ingressar em uma faculdade, o que demonstra a mera perspectiva de um dano, não sendo, pois, aplicável a teoria da perda de uma chance a caracterizar dano moral indenizável, que exige a caracterização de chance séria e real. O autor, portanto, não teria se desincumbido de demonstrar os fatos constitutivos do direito alegado, não havendo que se falar em obrigação de indenizar. Por fim, o TRF5 complementa aduzindo que, ainda que se considerasse ter havido erro na efetivação da inscrição relacionado ao CPF do autor, tal fato, além de não restar provado nos autos, não estaria afeto à responsabilidade do INEP.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. No caso, considerando o pedido do autor, a teoria da perda de uma chance foi de certa forma associada aos danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão adotou os fundamentos da sentença que ressalta o posicionamento do STJ no sentido de que a teoria da perda da chance seria admitida "aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade.". Ademais, o acórdão ressalta que o TRF5, alinhado com o STJ, teria se posicionado no sentido de que a "teoria da perda de uma chance tem como pressuposto a ocorrência de uma chance séria e real (...)". Em relação ao caso concreto, a sentença ponderou que, inobstante o autor não tenha alcançado a participação no certame, causando-lhe certo aborrecimento, a pretensão autoral fundada na perda de uma chance estaria edificada em meras conjecturas, a partir de suposta possibilidade de ingressar em uma faculdade, o que demonstraria a mera perspectiva de um dano, não sendo, pois, aplicável a teoria da perda de uma chance a caracterizar dano moral indenizável.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de ausência de prova de conduta ilícita ou negligente dos réus, seja por ação ou omissão, a ensejar o dever de indenizar.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

154.Número do julgado: 0003980-67.2012.4.05.8500

Data de julgamento: 12/09/2013

Órgão julgador: TRF5 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação objetivando a condenação da União Federal ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, a título de danos materiais, e danos morais pelo

não deferimento do pedido do autor de prorrogação de prazo para posse, que seria necessário para o cumprimento da exigência de apresentação de relatórios médicos, não previstos no edital do concurso para o cargo de técnico judiciário do TRT5. Alegou o autor que foi aprovado em concurso do TRT5, tendo sido nomeado em 29/12/2011. Teria providenciado toda a documentação necessária, e sido informado que a sua posse se daria no dia 19/01/2012, sendo que, nesse mesmo dia, iria iniciar um treinamento para os novos servidores, e que, primeiramente, teria que comparecer ao centro médico do tribunal para levar todos os exames requeridos. No dia 19/01/2012 compareceu ao referido órgão, com toda a documentação requerida no edital, bem como os exames solicitados através do site do TRT5 como necessários para a sua admissão e posse. No entanto, a médica do TRT5 informou que não iria emitir atestado sem que antes o autor trouxesse pareceres dos médicos que acompanhavam um tratamento. O autor conseguiu somente um dos relatórios e requereu administrativamente uma prorrogação de prazo. Contudo, o pedido foi indeferido. O segundo relatório foi emitido um dia após o término do prazo, motivo pelo qual não pôde tomar posse no cargo de técnico judiciário do TRT5, perdendo qualquer possibilidade de permuta para o seu Estado, além dos benefícios do novo concurso, como aumento de subsídio, dentre outros. A sentença julgou os pedidos procedentes em parte, condenando a União Federal ao pagamento de indenização por danos materiais, pela perda da chance, consistente nas diferenças financeiras entre o valor da remuneração do cargo de técnico judiciário do TRT5 e as remunerações recebidas pelo autor, em decorrência de outro cargo por ele ocupado pelo prazo de cinco anos, bem como ao pagamento de danos morais. Ambas as partes interpuseram recurso de apelação.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF5 reformou a sentença, entendendo que seria hipótese de culpa exclusiva da vítima, não havendo comprovação de nexo de causalidade. Isso porque, o autor foi nomeado em 29/12/2011 e somente compareceu ao TRT5 em 19/01/2012, já passados mais de 20 dias da sua nomeação, mesmo sabendo dos problemas de saúde que possuía, correndo o risco de que algum imprevisto ocorresse, como de fato ocorreu. Acrescentou que não haveria como obrigar o tribunal a prorrogar o prazo para a posse, em decorrência de exames médicos complementares, sob a alegação de falta de prazo, quando o órgão não concorreu para isso. Caberia ao autor ter providenciado, o mais rápido possível, os relatórios solicitados aos médicos particulares que o acompanhavam. Além disso, pontua-se no acórdão que o autor desejaria receber ressarcimento por cargo que não pretendia exercer.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão não chegou a abordar especificidades da teoria da perda de uma chance, considerando que foi suscitada a culpa exclusiva da vítima como excludente de responsabilidade, com o afastamento do nexo causal.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não chegou a efetuar uma análise sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance por entender pelo afastamento da responsabilidade por estar caracterizada culpa exclusiva da vítima.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Embora o acórdão não aborde especificamente a negativa de prorrogação do prazo para entrega dos documentos, afirma que, diante da situação relatada, a médica, não sendo especialista e após consultar a chefia médica do tribunal, solicitou o relatório dos especialistas que acompanhavam o autor. Não sendo a médica perita especialista, a exigência de exames complementares estaria dentro da normalidade, sendo postura dotada de diligência e prudência e dentro do exercício regular de direito. Portanto, a médica teria agido corretamente ao solicitar os relatórios médicos e cabia ao autor, sabendo da sua condição, ter providenciado os relatórios com antecedência.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

155.Número do julgado: 0003003-84.2012.4.05.8400

Data de julgamento: 18/06/2013

Órgão julgador: TRF5 - Segunda Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos morais. O autor alega que estava matriculado em curso de línguas na Espanha e pretendia cursar mestrado em gastronomia naquele país, necessitando, para tanto, da emissão do visto de estudante pelo consulado espanhol, o que não aconteceu devido ao extravio de correspondência. A sentença julgou procedente o pedido formulado, para condenar a ECT ao pagamento de R\$ 2.000,00 a título de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor. A ECT interpôs recurso de apelação em face da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão manteve a sentença, consignando que, a partir da prova dos autos, restaria evidenciada a existência de conduta lesiva, evento danoso de responsabilidade da ECT e nexo de causalidade, o que daria direito à indenização por dano moral. O dano moral seria aquele que atinge um bem de natureza não patrimonial do sujeito, um dos direitos personalíssimos, tais como a honra, a vida privada, a imagem, etc., os quais são insuscetíveis de aferição valorativa, mediante cálculo matemático, para fins de ressarcimento. Afirma, ademais, que a teoria da perda de uma chance também seria aplicável à hipótese, transcrevendo trecho da sentença com citação doutrinária a respeito da teoria. Ponderou, inclusive, que o autor poderia realizar o curso em outro momento, o que foi sopesado na quantificação da indenização.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não constam considerações específicas e expressas. Porém, em razão do pedido formulado, tem-se que a teoria da perda de uma chance está associada aos danos morais no caso concreto. Ademais, o acórdão, transcrevendo trecho da sentença, cita excerto doutrinário que dispõe que "a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético" e que "a indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo."

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. A perda da chance foi associada a um dano moral e, nessa medida, reputou-se suficiente analisar a existência de conduta lesiva, evento danoso de responsabilidade da ECT e nexo de causalidade. O acórdão até transcreve trecho da sentença em que consta citação doutrinária sobre a teoria da perda de uma chance que menciona a necessidade de que o resultado esperado seja razoável e não uma possibilidade aleatória. No entanto, a menção não é feita sob o enfoque do requisito consubstanciado na caracterização de chance séria e real e, ademais, não constam quaisquer considerações adicionais sobre o assunto. Vale notar que o acórdão, acompanhando a sentença, afirmou que haveria a possibilidade de realização do curso posteriormente, o que parece ter sido sopesado na quantificação da indenização.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de conduta lesiva, embora não expressamente de falha na prestação do serviço, embora essa seja uma consequência do reconhecimento de que houve extravio da correspondência.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão manteve a sentença que fixou

indenização a título de danos morais e, na justificativa, apenas menciona os parâmetros usuais de indenização por danos morais. Ressalta a necessidade do magistrado fazer uma estimativa ponderada, considerando alguns critérios como a gravidade do dano, a reputação da vítima, a sua situação familiar e socioeconômica, as condições do autor do ilícito, dentre outros, cuidando-se, de outro lado, para que o valor não seja tão grande de forma que se transforme em enriquecimento ilícito da vítima e insolvência do ofensor, nem tão pequeno que se revele inexpressivo. Enfatizou, ademais, a possibilidade de realizar o curso posteriormente.

156.Número do julgado: 0000549-89.2011.4.05.8102

Data de julgamento: 14/02/2013

Órgão julgador: TRF5 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos morais e materiais, em virtude do atraso na entrega de correspondência pela ECT. A encomenda continha documentos necessários para realizar a matrícula no PROUNI e, em razão do atraso, o autor não pôde apresentar a documentação na data especificada da referida matrícula e, assim, ter acesso a uma bolsa integral de estudos no curso de Direito da Faculdade Integrada da Grande Fortaleza - FGF.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão do TRF5 reformou a sentença, concedendo indenização a título de danos morais. A perda da chance foi aparentemente associada aos danos morais no caso. Consignou-se que seria a hipótese de perda da chance de realizar a matrícula no PROUNI e, bem assim, de cursar a FGF. O TRF5 ponderou que o autor assumiu um risco ao remeter os documentos no penúltimo dia. Afinal, embora os serviços dos Correios sejam relativamente confiáveis, imprevistos podem acontecer em qualquer atividade. Por outro lado, seria incontroverso que a ECT atrasou a entrega da correspondência em alguns dias, o que, em tese, foi suficiente para inviabilizar a inscrição no PROUNI e, assim, o acesso a uma bolsa integral de estudos no curso de Direito da FGF. Nesse sentido, em relação aos danos morais, ponderou que, embora não haja certeza de que o autor lograria êxito no seu intento, fato é que lhe foi retirada a possibilidade de se submeter ao processo seletivo proposto pelo programa do Governo e que poderia lhe conceder bolsa para os seus estudos. Ademais, constou que o pedido de indenização por danos materiais deveria ser concedido no tocante ao valor da postagem e gastos realizados com a documentação enviada, mas tal reembolso já havia sido efetuado.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Sim. Restou consignado que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causado não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. O acórdão contém afirmação de que a doutrina sobre o tema enquadra a teoria da perda de uma chance em categoria de dano específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão concluiu que, embora tenha havido culpa concorrente do autor, seria incontroverso que a ECT atrasou a entrega da correspondência, o que foi suficiente para inviabilizar a inscrição no PROUNI e, assim, o acesso a uma bolsa integral de estudos no curso de Direito da FGF. Aborda-se o fato de que inexiste certeza de que o autor lograria êxito no seu intento, mas lhe foi retirada a possibilidade de se submeter ao processo seletivo proposto pelo programa do Governo e que poderia lhe conceder bolsa para os seus estudos. Assim, não há menção propriamente à necessidade de que a chance seja séria e real para que seja concedida indenização, tampouco uma análise desse requisito à luz

do caso concreto. A indenização foi concedida a título de danos morais pela frustração da chance de se inscrever no PROUNI. As considerações sobre a natureza jurídica da teoria perpassam a questão da probabilidade da chance, mas de forma extremamente superficial e sem enfoque no requisito consubstanciado na existência de chance séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que é incontroverso que a ECT atrasou a entrega em alguns dias, o que constitui falha do serviço. Por outro lado, o acórdão reconheceu que o autor assumiu o risco de remeter os documentos no penúltimo dia, o que foi considerado na fixação da indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. O valor foi fixado considerando parâmetros de fixação de danos morais, sem qualquer consideração sobre as particularidades da quantificação no caso de perda de uma chance. Consignou-se que, em indenizações por danos morais, o magistrado deve considerar critérios como a gravidade do dano, a reputação da vítima, a sua situação familiar e socioeconômica, as condições do autor do ilícito, etc. Ademais, considerando a divisão da causalidade do dano entre a vítima e a ECT, entendeu-se por razoável a fixação dos danos morais no valor de R\$ 1.000,00.

157.Número do julgado: 2007.81.02.001224-1

Data de julgamento: 10/01/2013

Órgão julgador: TRF5 - Terceira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação objetivando indenização por danos materiais e morais em razão de atraso na entrega de correspondência por parte da ECT. O autor aduziu ser estudante e que iria prestar vestibular no Estado da Paraíba, tendo preparado toda a sua documentação e enviando-a por Sedex para seu irmão, no fito de que este fizesse a sua inscrição para o vestibular na Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. Contudo, devido ao atraso dos Correios na entrega da correspondência, não logrou sua inscrição, porque já esgotado o prazo. O fato o teria deixado transtornado, pois há muito se preparava para o ingresso em universidade pública, pagando, inclusive, cursinho no valor de R\$ 164,00 mensais. Pugnou, assim, por indenização por danos materiais e morais no valor de R\$ 30.000,00. Na sentença, considerou-se que a indenização seria devida em função da perda de uma chance, de modo que, quanto maior a certeza de que aquela chance perdida iria resultar em um benefício perdido, maior seria o montante da reparação. Assim, fixou o importe de R\$ 232,50, o equivalente a meio salário mínimo, à época. O autor interpôs recurso de apelação solicitando a majoração da indenização por danos morais e materiais e a ECT interpôs recurso adesivo.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão entendeu que a situação se consubstanciaria naquilo que a doutrina e jurisprudência chamam de teoria da perda de uma chance, de sorte que o cerne da contenda a ser dirimida cingir-se-ia à análise da supressão de uma oportunidade. Na hipótese, a ECT teria admitido a falha na prestação do serviço, o que gerou a impossibilidade da inscrição do autor no vestibular da UEPB, sendo esse fato, portanto, incontroverso. Quanto à indenização por danos materiais, embora tenha sido apresentada declaração do Curso Destak Pré-Vestibulares, no sentido de que o autor se encontrava regularmente matriculado, não haveria comprovação de pagamento dos boletos referente às mensalidades. Assim, foi arbitrado o valor de R\$ 20,90, a título de danos materiais, referente ao pagamento do envio dos documentos por Sedex. Quanto aos danos morais, entendeu-se que, uma vez configurada a perda de uma chance, a responsabilidade se funda sob certo nível de incerteza, de sorte que a reparação civil deve considerar a viabilidade/probabilidade daquilo que não chegou a ser obtido (no caso, proporção da chance do autor lograr êxito no vestibular). O autor não teria apresentado documentos que evidenciassem que tinha chances significativas de ser aprovado no vestibular da UEPB,

sobretudo porque não haveria notícias de seu histórico escolar e não teria sido comprovada a sua frequência no curso pré-vestibular. Porém, a indenização por danos morais também teria como função desestimular a ocorrência de novos fatos análogos, revelando-se como uma reprimenda ao responsável pela ocorrência fática.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Fala-se que, em virtude da aplicação da teoria da perda da chance, o cerne da contenda a ser dirimida cingir-se-ia à análise da supressão de uma oportunidade. Ademais, o acórdão pondera que, pela referida teoria, a perda de uma chance pode configurar-se tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, como na falha de se evitar um dano. No entanto, não há considerações expressas relacionadas à natureza jurídica da perda de uma chance. Nota-se que, no caso concreto, ela foi associada aos danos morais.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão ressalta a necessidade de que a oportunidade seja séria e real. Ademais, em relação ao caso concreto, pondera que não foram apresentados documentos que evidenciassem que o autor tinha chances significativas de ser aprovado no vestibular da UEPB, sobretudo porque não haveria notícias de seu histórico escolar e não teria sido comprovada a sua frequência no curso pré-vestibular. A análise quanto à existência de chance séria e real foi bem empreendida, porém se entendeu por conceder a indenização por danos morais, na medida em que a indenização teria o objetivo de desestimular a ocorrência de novos fatos análogos, revelando-se como uma verdadeira reprimenda ao responsável pela ocorrência fática. Assim, o acórdão dá a entender que a probabilidade da chance pode ser utilizada somente para fixação da indenização e não como requisito da concessão desta.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que a ECT admite a falha no serviço.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão dá indícios de ter considerado a probabilidade de êxito do autor no vestibular para fins de quantificação da indenização. Embora não tenha demonstrado uma chance séria e real de lograr êxito no vestibular, a indenização por danos morais foi concedida especialmente pelo viés punitivo. Nesse ponto, afirma-se que, além de representar uma tentativa de amenizar o sofrimento causado, a indenização tem o fito de desestimular a ocorrência de novos fatos análogos, revelando-se como uma verdadeira reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, levando em conta a situação econômica daquele que deva indenizar e também da vítima – vedando-se, em toda hipótese, o enriquecimento sem causa. Considerando então que, aliado a esses fatores, o autor não apresentou documentos que evidenciassem chances significativas de ser aprovado no vestibular da UEPB, reputou-se razoável o importe de R\$ 2.000,00.

158. Número do julgado: 0014414-25.2010.4.05.8100

Data de julgamento: 18/12/2012

Órgão julgador: TRF5 - Segunda Turma

Matéria de fundo: Realização de prova, curso ou ingresso no mercado de trabalho

Resumo da controvérsia: Ação ordinária de indenização por danos morais contra o INEP, a União Federal, a Fundação Cesgranrio e a FUB. Assevera o autor, em síntese, que a realização viciosa do exame do ENEM, através da inversão do cabeçalho do cartão-resposta, causou-lhe a perda de diversas questões, situação que o privou de conquistar uma vaga na universidade, motivo pelo qual pede a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais com fundamento na teoria da perda de uma chance.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. Segundo consta do acórdão, havia precedente que autorizava alguns candidatos a refazerem a prova do ENEM naquele

ano, porém o autor não teria demonstrado que se encontrava em situação de igualdade aos demais candidatos que realmente tiveram prejuízos em razão da existência de defeitos na prova do ENEM de 2010, uma vez que apenas o cartão de respostas seria personalizado e não teria havido qualquer reclamação constante na “ata de sala” em que o autor realizou a sua prova. Não havendo comprovação de que o autor teve o seu desempenho prejudicado no exame do ENEM pelos erros de impressão no cartão resposta, inexistiria ilicitude na conduta da Administração Pública ao não permitir que o candidato realizasse nova prova, razão pela qual seria descabido o pedido de danos morais com fundamento na perda de uma chance, já que, na espécie, a expectativa do autor em se submeter a uma nova prova não era legítima. Além disso, consignou-se que o STJ possui o entendimento de que a teoria da perda de uma chance só se aplica “aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações específicas a respeito da natureza jurídica do instituto. No entanto, nota-se que o acórdão associa a perda da chance a um dano moral indenizável, inclusive em virtude do pedido formulado pelo autor.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão menciona que o STJ possui o entendimento de que a teoria da perda de uma chance só se aplica “aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável”. No entanto, não aborda se a chance cogitada pelo autor no caso concreto seria uma chance séria e real. O principal argumento para rejeitar a indenização foi o fato de que a expectativa do autor em se submeter a uma nova prova não era legítima, pois não teria havido ilicitude na conduta da Administração Pública ao não permitir que o candidato realizasse nova prova.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Um dos pontos centrais da fundamentação é a ausência de licitude na conduta da Administração Pública ao não permitir que o candidato realizasse nova prova.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

159. Número do julgado: 2009.85.00.005108-8

Data de julgamento: 30/08/2012

Órgão julgador: TRF5- Quarta Turma

Matéria de fundo: Cadastro indevido de sanção ou inadimplência e falhas que impactaram procedimentos licitatórios

Resumo da controvérsia: Ação contra a INFRAERO buscando a retirada do nome da autora do SICAF e indenização pela perda de uma chance, sob a alegação de que a autora fora impedida de participar de licitações públicas, das quais poderia ter saído vencedora, em razão da inscrição indevida, pela ré, no SICAF.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão entendeu que a inclusão da autora no cadastro de fornecedores decorreu da aplicação das penalidades de advertência e multa, não havendo como vislumbrar, portanto, qualquer irregularidade na inscrição realizada pela INFRAERO e, bem assim, não seria o caso de retirada do seu nome. Quanto à indenização pela perda de uma chance, foi rejeitada ante o argumento de que não haveria nos autos qualquer elemento apto a comprovar as alegações de que a autora tentou e fora impedida de participar de certames licitatórios, em razão da informação constante do cadastro de fornecedores. Não tendo a autora comprovado os danos invocados, seria impossível o acolhimento do seu pleito indenizatório.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. O acórdão não efetuou uma análise relacionada à teoria da perda de uma chance, por entender que inexistiria nos autos qualquer elemento apto a comprovar as alegações da autora de que tentou e fora impedida de participar de certames licitatórios, sendo que esse ônus incumbiria a ela. Como a autora não teria logrado provar os danos invocados, seria impossível o acolhimento de seu pleito indenizatório. Além disso, não haveria irregularidade na inscrição levada a efeito pela INFRAERO.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão não chegou a efetuar uma análise da aplicação da teoria da perda de uma chance, por entender que inexistiria nos autos qualquer elemento apto a comprovar as alegações de que a autora tentou e fora impedida de participar de certames licitatórios, em razão da inscrição no SICAF. Não teria a autora trazido qualquer certidão, cópia de ato administrativo, mensagem eletrônica ou qualquer elemento hábil capaz de ilustrar o impedimento à sua participação em qualquer certame licitatório do qual tenha pretendido tomar parte. Ademais, ao abordar o cadastro no SICAF, o acórdão mencionou inexistir irregularidade diante das sanções aplicadas à empresa. O acórdão, portanto, não aborda a necessidade de comprovação de uma chance séria e real para que haja a concessão de indenização com base na teoria da perda de uma chance. A bem da verdade, aponta-se a ausência de demonstração de qualquer chance perdida no caso concreto.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Afirma-se que a inclusão da autora no cadastro de fornecedores decorreu da aplicação das penalidades de advertência e de multa, não havendo como vislumbrar, portanto, qualquer irregularidade na inscrição realizada pela INFRAERO. Além disso, o principal argumento para afastar a indenização foi a não comprovação dos danos alegados, isto é, tentativa de participar de licitações obstada pelo cadastro no SICAF.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

160. Número do julgado: 2008.80.00.002681-9

Data de julgamento: 26/06/2012

Órgão julgador: TRF5- Segunda Turma

Matéria de fundo: Outras hipóteses

Resumo da controvérsia: Ação contra a OAB/AL e a Caixa de Assistência dos Advogados de Alagoas - CAA/AL objetivando indenização pelos danos morais e materiais experimentados em razão da rescisão unilateral do plano OAB/Saúde. A sentença de primeiro grau condenou a parte ré ao pagamento de R\$ 802,27 a título de indenização por danos materiais, sendo R\$ 717,66 pelas despesas que o autor teve que arcar quando da adesão a outro plano de saúde, e R\$ 84,61 referentes aos 20 dias de mensalidade pagos após a descontinuidade do plano de saúde. O autor interpôs recurso de apelação sustentando que os danos materiais deveriam englobar também os valores referentes à diferença entre o montante gasto no pagamento de seu plano atual, de cobertura inferior, e o cobrado por outras seguradoras que possuem a mesma cobertura de seu plano de saúde que fora rescindido unilateralmente, inclusive, levando-se em consideração a sua expectativa de vida, os aumentos das mensalidades decorrentes das futuras trocas de faixa etária e as despesas com a contratação em separado de cobertura odontológica e assistência funerária. Pleiteia, alternativamente, que a situação fática descrita nos autos seja enquadrada como a perda da chance que tinha de gozar, ao longo de sua expectativa de vida, de plano de saúde de grande cobertura, por valor razoável ao seu padrão de vida, e que foi frustrada ante ao ato ilícito da ré. O autor pleiteia, ainda, que seja arbitrada indenização pelos danos morais que teria sofrido.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O acórdão entendeu serem descabidos os pleitos recursais do autor. Aduziu que os danos materiais que o autor busca incluir não seriam danos diretos e imediatos, como exige o artigo 403 do CC, sendo danos reflexos e indiretos do inadimplemento contratual. Por outro lado, o pedido alternativo de reparação da perda de uma chance não deveria ser conhecido, em razão do autor ter inovado a causa de pedir em sede recursal. De todo modo, ainda que o autor tivesse fundamentado seu pedido inicial na teoria da perda de uma chance, o que não foi o caso, nada garantiria que ele fosse permanecer por toda a sua vida como segurado do plano OAB/Saúde, caso não tivesse havido a rescisão contratual por parte da CAAL/AL, visto que, a qualquer momento, o autor poderia optar por outro plano de saúde ou simplesmente cancelá-lo, o que demonstraria a mera possibilidade de um dano. Por fim, o acórdão rejeitou a indenização por dano moral.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. O acórdão não analisa detalhadamente a aplicação da teoria da perda de uma chance, por entender que constitui inovação recursal. No entanto, aborda que, ainda que o autor tivesse fundamentado seu pedido inicial na teoria da perda de uma chance, nada garantiria que ele fosse permanecer por toda a sua vida como segurado do plano OAB/Saúde, caso não tivesse havido a rescisão contratual por parte da CAAL/AL, visto que, a qualquer momento, o autor poderia optar por outro plano de saúde ou simplesmente cancelá-lo, o que demonstraria a mera possibilidade de um dano. Ato contínuo, cita precedente do STJ segundo o qual a teoria da perda da chance se aplica aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. Com essas ponderações, denota-se uma avaliação quanto ao caráter sério e real da chance tida como perdida. Contudo, não houve análise detida a respeito da matéria, inclusive particularidades do plano e perfil do autor.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de inadimplemento contratual. No entanto, a principal razão para indeferimento da indenização pela perda de uma chance foi a inovação do argumento e mera possibilidade de um dano.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

161.Número do julgado: 0000171-27.2011.4.05.8202

Data de julgamento: 08/03/2012

Órgão julgador: TRF5- Primeira Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando o pagamento de indenização por danos morais e materiais. Aduz o autor que contratou, em 02/09/2009, os serviços da ECT para a entrega de correspondência com AR, destinada ao Tribunal de Justiça do Pará – TJPA, contendo petição de acordo, em face de causa supostamente ganha no valor de R\$ 100.000,00, com a promessa de que a correspondência seria entregue em até sete dias úteis, ou seja, até o dia 11/09/2009. Ocorre que a entrega só veio a ocorrer no dia 17/09/2009, de modo que restou impedido de receber os honorários advocatícios e sucumbenciais, uma vez que a outro advogado foi outorgado o mandato. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, condenando a ECT ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R\$ 3.000,00, além de indenização por danos materiais, perfazendo o valor de R\$ 4.000,00. A ECT interpôs recurso de apelação em face da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão concluiu pela existência de defeito na prestação do serviço e pontuou que deveria se reconhecer a existência dos danos materiais alegados, já que o autor estimou um prejuízo a título de honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais no montante de R\$ 30.000,00 e os lucros cessantes no valor de R\$ 50.000,00. No entanto, em linha com o entendimento da sentença de primeiro grau, afirmou que o dano material perseguido pelo autor se enquadraria na hipótese da teoria da perda de uma chance, a qual confere a possibilidade de se conceder indenização em decorrência de perda de uma oportunidade. No caso concreto, estaria presente o nexo causal, eis que a oportunidade de alcançar o benefício financeiro pretendido não seria meramente hipotética ou imaginária, pelo contrário, seria séria e real. Por outro lado, o autor poderia ter se utilizado do serviço de Sedex, mas, ao invés disso, optou pelo serviço de correspondência simples, assumindo o risco da maior demora na entrega, o que foi sopesado no arbitramento da indenização. O acórdão afastou, por outro lado, a indenização por danos morais.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações expressas e específicas sobre a natureza jurídica da perda da chance. No entanto, fala-se que o dano material perseguido pelo autor se enquadraria na hipótese da teoria da perda de uma chance, a qual confere a possibilidade de se conceder indenização em decorrência de perda de uma oportunidade. Assim, pode-se associar a perda da chance ao conceito de dano, sendo que, no caso concreto, estaria ligado a um dano material.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, fraca. Segundo o acórdão, no caso, estaria presente o nexo causal, eis que a oportunidade de alcançar o benefício financeiro pelo autor com a entrega tempestiva da petição de acordo não seria meramente hipotética ou imaginária, pelo contrário, seria séria e real. No entanto, não consta um detalhamento no acórdão sobre esse requisito para fins de aplicação da teoria da perda de uma chance e tampouco sobre a razão concreta pela qual a chance alegada pelo autor se mostraria séria e real.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se que a conduta antijurídica por parte da ECT se traduziria no fato da prestadora do serviço não ter realizado a entrega da correspondência em prazo de sete dias úteis, como característico da correspondência simples. Por outro lado, foi reconhecido que o autor poderia ter contratado o Sedex, assumindo o risco da demora na entrega, o que foi ponderado no valor indenizatório.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Apenas se afirmou no acórdão que a oportunidade de obtenção do benefício financeiro era séria e real e, por outro lado, o autor poderia ter se utilizado do serviço de Sedex, mas, ao invés disso, optou pelo serviço de correspondência simples, assumindo o risco da maior demora na entrega. Com base nessas considerações, entendeu-se que o montante fixado na sentença, a título de indenização por danos materiais, qual seja, R\$ 4.000,00, seria razoável tendo em vista a efetiva falha no serviço prestado, consubstanciada no atraso da entrega da correspondência. Não há informações adicionais sobre os parâmetros usados na sentença para se chegar aos R\$ 4.000,00 e, também, sobre a aplicação de parâmetros de quantificação próprios da teoria da perda de uma chance.

162.Número do julgado: 2007.81.00.002895-4

Data de julgamento: 08/11/2011

Órgão julgador: TRF5- Quarta Turma

Matéria de fundo: Outras hipóteses

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal, UFC e CAPES objetivando indenização por danos morais e materiais em virtude da veiculação, em sítio da internet, da dissertação de conclusão de mestrado do autor sem a sua expressa autorização, fato que teria retirado a oportunidade de publicação de um livro, ante a prévia divulgação do conteúdo integral da obra em meio eletrônico. A sentença julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e procedentes os demais pedidos para: (a) anular o ato administrativo de inserção da dissertação do autor em site público; (b) condenar as rés a se absterem de inserir a obra em qualquer site da internet; (c) condenar as rés a se absterem de condicionar a emissão do certificado do título de Mestre em Direito à veiculação da dissertação em site público e (d) condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00. Houve a interposição de recurso de apelação pelas rés e recurso adesivo pelo autor.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. O TRF5 majorou a indenização por danos morais concedida em sentença, mas manteve o indeferimento da indenização pela perda de uma chance, relacionada à expectativa de receber certos valores pela publicação de livro, não fosse a conduta das rés. A respeito, afirmou o acórdão que a teoria da perda de uma chance tem como pressuposto a ocorrência de uma chance séria e real, devendo, *a priori*, ser analisado o “plano de existência” da oportunidade para, em seguida, verificar-se a probabilidade da vítima vir a lograr êxito na persecução da vantagem esperada. Na hipótese, ainda que o autor, de fato, viesse a publicar o livro, não poder-se-iam arbitrar com exatidão os lucros oriundos da publicação da obra, principalmente por cuidar-se do primeiro livro do autor. A sentença, transcrita no acórdão, também pontuou que não se teria base para afirmar que essa obra específica venderia tal ou qual número de exemplares, sendo que o número de exemplares a serem publicados em uma primeira edição e o seu preço, tal como mencionados na petição inicial, retratariam mera especulação.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Porém, pode-se depreender uma associação entre a perda da chance e lucros cessantes. Tanto é assim que, antes de se abordar a perda da chance, afirmou-se no acórdão que os lucros cessantes apenas são devidos quando a vítima comprova que teria a justa expectativa de receber certos valores se afastada a conduta do causador do dano. A sentença, transcrita no acórdão, não faz qualquer menção à teoria da perda de uma chance, analisando o pleito do autor sobre a frustração de receita decorrente da publicação do livro sob a ótica dos lucros cessantes.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão aborda o requisito consubstanciado na necessidade de que a chance seja séria e real para ser indenizada. A ementa aponta a ausência de certeza de que a publicação de fato ocorreria. Ademais, segundo a fundamentação, ainda que o autor, de fato, viesse a publicar o livro, não poder-se-iam arbitrar com exatidão os lucros oriundos da publicação da obra, principalmente por cuidar-se do primeiro livro do autor. A sentença, transcrita no acórdão, também pontuou que não se teria base para afirmar que essa obra específica venderia tal ou qual número de exemplares, sendo que o número de exemplares a serem publicados em uma primeira edição e o seu preço, tal como mencionados na petição inicial, retratariam mera especulação. As considerações envolvem a dificuldade de se aferir a chance séria e real do autor em relação à publicação do livro e valores auferidos com essa publicação. Não se abordou com maiores detalhes a chance séria e real de publicação, mas a questão foi sopesada na concessão de indenização por danos morais. Por outro lado, em princípio, a dificuldade relacionada ao valor que poderia ser auferido com a publicação, embora bem esmiuçada, não deveria prejudicar a análise quanto à chance séria e real de obter algum benefício, mas especialmente influenciar a questão da quantificação. Nesse sentido, o acórdão poderia ter abordado quais elementos deveriam ter sido apresentados para dar

parâmetros de que haveria alguma venda e dos valores que poderiam ser auferidos (por exemplo, a partir do tema objeto da dissertação, alguma estimativa de venda de obras relacionadas, etc.).

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de indevida veiculação da dissertação de conclusão do curso de mestrado do autor. Ademais, consigna-se no acórdão que, muito embora o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, para fins de caracterização da responsabilidade estatal, dispense a existência de ação culposa do respectivo servidor, não seria menos correto afirmar que, num primeiro momento, tal responsabilidade somente ocorre com a prática de atos ilícitos.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

163. Número do julgado: 2008.83.02.001065-4

Data de julgamento: 21/06/2011

Órgão julgador: TRF5- Quarta Turma

Matéria de fundo: Extravio, atraso e erros envolvendo entrega de correspondência

Resumo da controvérsia: Ação contra a ECT objetivando indenização por danos morais e materiais em face do extravio de correspondência contendo recurso eleitoral interposto contra sentença proferida pelo Juízo Eleitoral que impedia a autora de concorrer como candidata a vereadora nas eleições de 2008 no município de Vertentes/PE, haja vista a dupla filiação partidária. A autora faleceu no curso da demanda e foi sucedida por seus herdeiros. A sentença entendeu por afastar a ocorrência de danos materiais e condenar a ECT a indenizar a autora pelos danos morais suportados, não exatamente nos termos pretendidos (a autora alegou ter sofrido humilhações e lesão à sua dignidade e honra), mas sim sob o argumento de que a ECT deve ser responsabilizada quando, por falha exclusivamente sua, não prestar o serviço a que se propôs nos termos contratados. Houve interposição de recurso de apelação pela ECT.

Indenização (concedida/negada e comentários): Negada. A turma julgadora deu provimento ao recurso de apelação da ECT e entendeu por afastar a indenização por danos materiais. Pontuou que a autora não buscaria o ressarcimento pela perda do recurso eleitoral enviado, mas sim pela perda da oportunidade de ter o seu recurso apreciado pelo Tribunal Regional Eleitoral e de, na hipótese dele ser provido, concorrer nas eleições para o cargo de vereadora do município de Vertentes/PE, em 2008. Nesse particular, afirmou que a teoria da perda de uma chance tem como pressuposto a ocorrência de uma chance séria e real, devendo, *a priori*, ser analisado o “plano de existência” da chance para, em seguida, verificar-se a probabilidade da vítima vir a lograr êxito na persecução da vantagem esperada. Na hipótese, ainda que comprovada a falha da ECT, não seria o caso de conceder indenização à autora, porque: (a) caso o recurso eleitoral fosse entregue, dificilmente o pleito da autora seria acatado, já que a existência da dupla filiação não seria negada pela autora, que se limita a asseverar não ter tido tempo de desfiliar-se do PSS e (b) na remota hipótese de provimento do recurso, não haveria como se garantir que a autora restaria vencedora nas eleições. Inexistiria, pois, liame causal certo entre a conduta dos Correios, consistente no extravio de correspondência contendo recurso eleitoral, e a perda da vantagem esperada pela autora, de lograr êxito nas eleições. Assim, não caberia indenização com base em evento futuro e incerto, relacionada a danos cuja ocorrência situa-se no plano das conjecturas e probabilidades.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não constam considerações expressas e específicas sobre a natureza jurídica do instituto. Cabe ressaltar que, no caso, a perda da chance foi aventada de forma relacionada aos danos morais. Ademais, o acórdão concluiu pela inexistência de liame causal entre o

extravio da correspondência e a perda da vantagem esperada pela autora, qual seja, a de lograr êxito nas eleições para vereadora do Município de Vertentes/PE. Assim, pode-se inferir uma associação da perda da chance com o elemento dano.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, forte. O acórdão ressalta a necessidade de que a chance seja séria e real para fins de aplicação da teoria e, no caso em tela, afirma que, ainda que comprovada a falha da ECT, não seria o caso de conceder indenização à autora. Isso porque: (a) caso o recurso eleitoral fosse entregue, dificilmente o pleito da autora seria acatado, já que a existência da dupla filiação não seria negada pela autora, que se limita a asseverar não ter tido tempo de desfiliar-se do PSS, e (b) na remotíssima hipótese de provimento do recurso, não haveria como se garantir que a autora restaria vencedora nas eleições. Portanto, há uma análise sobre o caráter sério e real da chance alegada, tanto de acolhimento do recurso como de vencer as eleições.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de falha na prestação do serviço, mas a indenização é afastada em razão da falta de liame causal certo entre a conduta dos Correios, consistente no extravio de correspondência contendo recurso eleitoral, e a perda da vantagem esperada pela autora, qual seja, a de lograr êxito nas eleições para vereadora do Município de Vertentes/PE, bem como pela impossibilidade de se admitir indenização com base em evento futuro e incerto, relacionada a danos cuja ocorrência situa-se no plano das conjecturas e probabilidades.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não aplicável.

164.Número do julgado: 2008.82.00.006784-0

Data de julgamento: 14/06/2011

Órgão julgador: TRF5- Segunda Turma

Matéria de fundo: Função pública

Resumo da controvérsia: Ação contra a União Federal objetivando indenização em que o autor alega que prestou concurso para o cargo de Papiloscopista da Polícia Federal, tendo sido nomeado em razão de determinação judicial. Assim, postulou indenização por danos morais e materiais em razão de sua tardia nomeação, o que foi concedido em sentença. O autor interpôs recurso de apelação, insurgindo-se quanto ao valor fixado no tocante aos danos materiais, pretendendo que consista a indenização no montante relativo à remuneração que deixou de perceber. Por sua vez, a União Federal apela aduzindo a nulidade parcial do julgado, eis que o Juízo *a quo* teria se pronunciado sobre pedido estranho à lide, fundamentando a decisão quanto ao pagamento de danos materiais na teoria da perda de uma chance. Requeru a reforma da sentença ou a diminuição dos montantes indenizatórios.

Observação: O acórdão acabou posteriormente modificado em razão do entendimento firmado no STF em repercussão geral sobre o descabimento de indenização em casos de nomeação tardia (vide 2008.82.00.006784-0/02).

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. No caso dos autos, o TRF5 verificou que a nomeação do autor decorreu de comando judicial. Assim, considerando que o autor não foi nomeado no momento devido, haja vista o tempo de espera para a solução do litígio em que se debatia se lhe assistia razão à nomeação ao cargo pelo qual disputara o certame, deveria lhe ser paga indenização por danos morais e materiais. O acórdão afastou a alegação da União Federal de julgamento *extra petita*, por inexistir pedido fundado na tese de perda de uma chance. Entendeu que se o autor ingressa com ação por danos morais em virtude de nomeação intempestiva e o magistrado entende que a indenização deve ser mensurada em face da teoria da perda de uma chance, não haveria, no caso, nenhuma violação ao princípio da correlação ou congruência. Ademais, o acórdão apontou que os

efeitos da nomeação intempestiva deveriam retroagir levando-se em conta não somente os efeitos pecuniários, mas todos os efeitos decorrentes da nomeação. Seria então devida indenização por danos materiais no montante da remuneração que o autor deixou de perceber desde o momento em que deveria ter tomado posse, com o desconto dos valores auferidos em outros cargos no mesmo período. No tocante aos danos morais, o acórdão manteve a sentença e concordou com o valor fixado de R\$ 15.000,00.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações específicas sobre a natureza jurídica do instituto. No entanto, pode-se inferir que a indenização pela perda da chance foi associada aos danos materiais, compreendendo valores de remuneração que seriam percebidos pelo autor desde a data em que deveria ter tomado posse, descontados os valores percebidos em outros cargos.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Inexistente. O acórdão apenas consigna que a sentença teria aplicado a teoria da perda de uma chance e confirma essa aplicação, rechaçando o argumento da União Federal de que houve julgamento *extra petita* em razão do acolhimento dessa teoria. No entanto, não há qualquer consideração sobre o requisito consubstanciado na configuração de chance séria e real para que se admita a concessão de indenização e tampouco uma análise sobre as chances relacionadas ao exercício do cargo e recebimento dos valores nesse contexto.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Considerando que a nomeação decorreu de ato judicial, o acórdão reconhece que o autor não foi nomeado no momento devido.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Não. Em relação aos danos materiais, com fundamento na teoria da perda de uma chance, a União Federal foi condenada a reconhecer, desde 06/01/2005, todos os efeitos decorrentes da nomeação, pagando ao autor os valores referentes à remuneração que seria por ele recebida, descontando-se os valores percebidos no período em que exercera outros cargos públicos. Não são apresentadas considerações específicas sobre parâmetros de quantificação relacionados à teoria da perda de chance. Embora tenha havido desconto das remunerações de outros cargos, isso parece relacionado à vedação do enriquecimento ilícito, sem qualquer conexão com a aplicação da teoria da perda de uma chance. Em tese, ainda que o autor não tivesse desempenhado outros cargos, seria questionável a concessão de indenização pelos valores de remuneração dentro de um contexto de aplicação da referida teoria, pois a indenização seria correspondente à integralidade da vantagem final.

165. Número do julgado: 2009.83.00.018889-2

Data de julgamento: 14/09/2010

Órgão julgador: TRF5- Quarta Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação ordinária movida pela autora contra a União Federal e o Hospital da Aeronáutica de Recife, objetivando indenização por danos morais cumulada com lucros cessantes. Argumenta a autora que seu filho, soldado, apresentando um quadro de fortes dores, febre e vômito, foi socorrido no Hospital da Aeronáutica, onde recebeu medicação, sendo informada de que o paciente poderia estar com uma virose, e, em seguida, recebeu alta. Poucas horas depois, agravou-se o estado de saúde para um quadro convulsivo, razão pela qual foi levado ao Hospital Getúlio Vargas, onde, após realização de exame de sangue, constatou-se o diagnóstico de leptospirose, sendo então necessária sua internação imediata em UTI. Depois do diagnóstico, o soldado foi novamente encaminhado ao Hospital da Aeronáutica, onde ficou internado por volta de duas horas na enfermaria e, permanecendo

o quadro convulsivo, foi transferido para UTI, onde ficou até sua morte, em 22/06/2007. O cerne da questão consiste na verificação ou não da responsabilidade civil do Hospital da Aeronáutica pela morte do filho da autora em razão da conduta de seus servidores. A sentença condenou a ré a pagar à autora indenização por danos morais no valor de R\$ 60.000,00. Houve a interposição de recurso de apelação em face da sentença.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. Segundo o acórdão, as condutas iniciais dos médicos do Hospital da Aeronáutica foram negligentes e inadequadas, pois se diagnosticou o paciente precipitadamente sem ao menos descartar outras doenças mais graves, além de que se deu alta sem sequer investigar as possíveis causas de infecção. Diante das circunstâncias, se a ré tivesse agido com a diligência necessária e recomendada para o caso, poder-se-ia ter salvado a vida do soldado, uma vez que a leptospirose é uma doença tratável com elevado índice de cura. A falha da Administração teria se dado no atendimento médico oferecido ao filho da autora que sequer requisitou exames simples, como a hemocultura, a fim de investigar a causa dos sintomas apresentados pelo paciente, e o caso continuou a ser agravado quando, na ocasião do retorno ao Hospital da Aeronáutica, permaneceu o filho da autora na enfermaria quando havia recomendação do Hospital Getúlio Vargas para interná-lo em UTI, o que apenas foi realizado depois que o paciente apresentou nova crise convulsiva. Sendo a ré responsável pelo diagnóstico e tendo em vista que a identificação errada da moléstia causou danos irreversíveis, estariam presentes os pressupostos indispensáveis à configuração do dever de reparação. No entanto, entendeu-se que não se pôde demonstrar o grau de comprometimento ou relevância da conduta dos agentes públicos para a morte do paciente, de modo que a situação se consubstanciaria no que se convencionou chamar de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações expressas e específicas sobre a natureza jurídica da perda de uma chance. Vale notar que, segundo o acórdão, o dano ocorreu porque não houve a detenção do processo causal, embora sem se saber ao certo se isso teria conseguido salvar o paciente. A responsabilidade, no caso, se caracterizaria pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento) de se recuperar de sua enfermidade. Assim, o acórdão reconhece a dificuldade de se provar onexo causal no caso da responsabilidade hospitalar, mas admite a reparação por não terem sido dadas as chances de recuperação da enfermidade. Assim, pode-se inferir uma associação da perda da chance a um dano específico.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão menciona a necessidade de que a chance ou oportunidade seja séria e real, concreta e não meramente hipotética ou improvável. A probabilidade da chance deve, pois, se mostrar significativa. O caso se enquadraria na perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido, não tendo havido detenção do processo causal, embora sem se saber ao certo se isso teria conseguido salvar a paciente. Não teriam sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento) de se recuperar de sua enfermidade, por não terem sido empregados todos os meios de investigação à sua disposição para o tratamento da mesma. O acórdão não aborda as chances de cura em percentuais. Por outro lado, fala que a leptospirose é uma doença tratável com elevado índice de cura (sem abordar a base técnica para a conclusão) e que providências simples poderiam ter sido adotadas, como a solicitação de hemocultura e questionamentos sobre histórico de exposição ao risco.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. Fala-se de negligência e deficiência na prestação do serviço, embora o acórdão enfatize a responsabilidade objetiva mesmo em casos de omissão, exceto nos casos de omissão pura, isto é, quando a inércia não interfere diretamente no fluxo causal e é condição que apenas

propicia a ocorrência do dano, ou seja, causa adequada do não impedimento do resultado lesivo.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão ressalta que, configurada a hipótese de perda de uma chance, a responsabilidade se funda sob certo nível de incerteza, razão pela qual a estrutura de reparação é fixada pelo grau de viabilidade ou de probabilidade daquilo que não chegou a ser obtido em virtude do rompimento indevido da ordem natural das coisas. Deste modo, a indenização pelo dano sofrido precisaria ser reduzida, na proporção da chance de êxito da vítima e a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Nesse contexto, reputou razoável a redução do valor determinado pelo magistrado de primeiro grau a título de indenização para o valor de R\$ 30.000,00 à data do óbito, em virtude da extensão e da irreversibilidade do dano, de modo que a quantia a ser paga torna-se uma mera tentativa de amenizar o sofrimento causado e desestimular a ocorrência de novos fatos análogos a outros pacientes, em virtude do caráter educativo da indenização.

166. Número do julgado: 2007.83.00.017894-4

Data de julgamento: 22/06/2010

Órgão julgador: TRF5 - Quarta Turma

Matéria de fundo: Responsabilidade médica/hospitalar

Resumo da controvérsia: Ação contra a UFPE objetivando indenização por danos morais e materiais em razão de conduta omissiva da equipe médica do Hospital das Clínicas. Alegam os autores que sua genitora foi internada no Hospital das Clínicas com dificuldade de locomoção, associada à diminuição de sensibilidade nas costas e dores na região lombar bilateral, e que, passados cinco dias, sem os devidos cuidados, veio a falecer. Alegam, ainda, que foi solicitada pelos familiares a realização de exame de ressonância magnética e que estes não foram atendidos. A sentença julgou a ação improcedente, negando o nexo de causalidade entre a conduta do Hospital das Clínicas e a ocorrência da morte da paciente. Em recurso de apelação, os autores invocam o princípio da responsabilidade objetiva do Estado e sustentam que não se pode comprovar nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado. Requerem, finalmente, a reforma da sentença, para condenar a UFPE em danos materiais e morais, em valor não inferior a 250 salários mínimos, para cada um dos filhos.

Indenização (concedida/negada e comentários): Concedida. O acórdão ressalta que várias providências médicas foram adotadas com a mãe dos autores, inclusive em virtude de complicações médicas que foram surgindo. A lide, contudo, inspirar-se-ia no fato de que deixou de ser realizado um exame de ressonância magnética, o qual inclusive fora solicitado pela residente que atendeu a mãe dos autores. A respeito, houve ponderação se (a) esse exame poderia reverter o quadro apresentado pela paciente e (b) não tendo sido realizado, o porquê do exame não ter sido levado a efeito. A partir das provas, entendeu-se que: (a) um dos fatores da morte foi, segundo a certidão de óbito, um AVC isquêmico antigo e (b) o exame recomendado pela residente que internou a paciente era capaz de diagnosticar o AVC. Ademais, o fato do exame ter sido solicitado por uma residente demonstraria que a providência tinha alguma razoabilidade e o fato da equipe não ter considerado urgente o exame revelaria ser provável a ocorrência de falta de serviço, embora dispensável na responsabilidade objetiva. No entanto, o acórdão entendeu também que não se pôde demonstrar o grau de comprometimento ou relevância da ausência desse exame para a morte da paciente. Não haveria certeza de que o exame salvaria a paciente, mas poderia ter concorrido para um diagnóstico mais preciso e eficaz de uma das causas da morte. Com base nisso, entendeu-se aplicável ao caso a teoria da perda de uma chance e consignou-se que a simples expectativa de restabelecimento pela realização de um exame, quando fundada sobre certos elementos objetivos de verificação, seria considerada como interferência indevida na

esfera jurídica de terceiro, apta a ensejar o direito à indenização. Ou seja, seria devida a indenização pois o exame poderia ter concorrido para um diagnóstico mais preciso de uma das causas da morte.

Manifestação sobre a natureza jurídica da perda da chance (sim/não e comentários): Não. Não há considerações expressas e específicas sobre a natureza jurídica do instituto. No entanto, afirma-se que na responsabilidade pela perda de uma chance o que se indeniza é a própria chance perdida. Ademais, consta do acórdão que a simples chance passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. Assim, pode-se inferir que a perda da chance é classificada como um dano específico, embora o acórdão aborde a dificuldade relacionada ao nexo causal no âmbito da seara médica.

Análise sobre requisito de chance séria e real (forte/média/fraca/inexistente e comentários): Sim, média. O acórdão aborda rapidamente a necessidade de configuração de chance séria e então consigna que o grau de probabilidade interfere no montante de reparação devido ao prejudicado. Para fins de concessão da indenização, o acórdão menciona que, de acordo com a teoria da perda de uma chance, a simples chance passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. Portanto, a simples expectativa de restabelecimento pela realização de um exame, quando fundada em certos elementos objetivos de verificação, seria considerada como interferência indevida na esfera jurídica de terceiro. No caso, a partir do depoimento de uma testemunha, aponta-se que a ressonância magnética seria capaz de detectar o AVC isquêmico. Não são abordadas, contudo, as chances de recuperação em relação a esse AVC. Assim, há uma análise sobre o caráter sério e real da chance perdida, mas ela comportaria aprofundamento no caso concreto.

Manifestação sobre culpa ou dolo ou antijuridicidade (sim/não e comentários): Sim. O acórdão dispensa a necessidade de análise da culpa. Porém, de toda forma, afirma em determinado momento que, no tocante à não solicitação da ressonância, provavelmente houve falta do serviço e estaria configurada a culpa administrativa. Ademais, a deficiência no serviço foi usada na quantificação da indenização.

A quantificação da indenização, caso concedida, observou diretrizes da teoria da perda de uma chance (sim/não e comentários): Sim. O acórdão traz como premissa que o valor monetário das indenizações pela perda de uma chance oscilará conforme forem maiores ou menores as probabilidades de se concretizar a vantagem ou o ganho patrimonial precocemente interrompido. No caso, diante das provas colacionadas nos autos, reputou-se razoável para a reparação do dano moral pela perda de uma chance o valor de R\$ 10.000,00 à data do óbito, uma vez que, em se tratando de direito à vida (e sobretudo em questões de índole médica), a deficiência na prestação do serviço deveria ser sempre pautada em sua lesiva repercussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Consignou-se ainda que, no caso concreto, a concausalidade impediria uma afirmação segura sobre os danos materiais.