

FACULDADE ESTÁCIO DO RECIFE
CURSO DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE:
CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE NOS JULGADOS DO TJPE**

TATIANE DE VERÇOZA CHAVES

RECIFE

2014

TATIANE DE VERÇOZA CHAVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE:
CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE NOS JULGADOS DO TJPE**

Monografia apresentada à Faculdade Estácio do Recife como requisito parcial para a conclusão do curso e obtenção do título de bacharel em direito, sob a orientação da Prof^a Msc. Renata de Lima Pereira.

RECIFE

2014

DEDICATÓRIA

A Deus, que sempre se mostra presente na minha vida. A energia vital que me foi concedida me impulsiona e encoraja para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

AGRADECIMENTOS

A Faculdade Estácio do Recife, seu corpo docente e coordenação do Curso de Direito que oportunizaram a concretização desse sonho.

A minha orientadora Dr^a Renata Lima, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

A minha mãe e a minha irmã, pelo amor, incentivo e apoio diários.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada!

“Toda grande caminhada começa com um simples passo”.
Buda

RESUMO

Nas ações judiciais que pleiteiam a responsabilizar civilmente, deve a vítima comprovar o prejuízo sofrido, devendo o dano ser certo, e não hipotético. Diante dessa abordagem teórica, surge a problemática da teoria da “perda de uma chance”, pois, o grande obstáculo é a probabilidade de incerteza do dano. Com essa perspectiva de mudança do conceito e aplicação dos requisitos da responsabilidade civil, e da recente sistematização da matéria no direito brasileiro, os critérios de aplicabilidade desta teoria constituem um excelente campo de observação para a nova análise dos requisitos da responsabilidade civil. O objetivo geral deste estudo consiste em analisar os critérios de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Os objetivos específicos são realizar o levantamento numérico dos julgados do TJPE que fazem alusão à teoria da perda de uma chance, publicados até dezembro de 2013; verificar se essas decisões analisam a seriedade da chance perdida; identificar se estes julgados diferenciam adequadamente o dano provocado pela perda da chance, lucro cessante e dano moral e, por fim, verificar como se deu a quantificação do dano provocado pela perda da chance. O método usado é o descritivo de abordagem mista, pois, utiliza as técnicas quantitativa e qualitativa em um mesmo estudo. Inicialmente será realizado o levantamento numérico de todos os julgados publicados até dezembro de 2013 pelo TJPE que se referiam à teoria da perda de uma chance. A pesquisa será realizada eletronicamente utilizando-se a frase “perda de uma chance”, entre aspas, com a finalidade de especificar a busca para apenas localizar as decisões nas quais estas palavras aparecerem nesta sequência. Constatou-se que o número de julgados do TJPE é muito tímido, demonstrando que o estágio da jurisprudência do Tribunal pernambucano é ainda incipiente. Verificou-se também que o TJPE, assim como diversos tribunais no Brasil, ainda não adotou um tratamento sistemático para decidir casos que tratem da teoria da perda de uma chance, adotando critérios diversos para decidir sobre a mesma teoria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, perda de uma chance, aplicabilidade.

ABSTRACT

This study will approach the theme of civil law, more specifically about the civil liability, an institute that has been conquering importance in modern law. For civil liability, compensation for damage consistent indemnification, is dependent upon proof of the effective injury suffered by the victim. Thus, the damage must be sure, and are not compensable the hypothetical. Given this theoretical approach, the problems of the theory of "lost opportunity" arises, because, the big obstacle is the uncertainty of probability of damage. With this perspective of change of the concept and application of the requirements of civil liability, and the recent systematization of the matter in Brazilian law, the criteria for the applicability of this theory are an excellent field of observation for the analysis of new requirements of civil liability. The aim of this study consists in analyzing the applicability criteria of the theory of loss of chance used by the Court of the State of Pernambuco (TJPE). The specific objectives are to conduct the numerical survey of the TJPE judged that allude to the theory of loss of a chance, published until December 2013; check if those decisions analyze the seriousness of the lost chance; identify if they judged adequately differentiate the damage caused by the loss of chance, loss of earnings and moral damage and finally check how was the amount of damages caused by the loss of chance. The method used is descriptive of mixed approach, thus uses quantitative and qualitative techniques in the same study. Initially the numerical survey of all published judged by December 2013 by TJPE that referred to theory of loss of chance will be done. The research will be done electronically using the phrase "loss of a chance" in quotation marks, in order to specify the search to locate the only decisions in which these words appear in this sequence. It was found that the number of judged the TJPE is very shy, demonstrating that the stage of the jurisprudence of the Court Pernambuco is still incipient. It was also found that the TJPE as well as various courts in Brazil, has not yet adopted a systematic approach to deciding cases that deal with the theory of loss of a chance, adopting different criteria for deciding on the same theory.

Keywords: Civil responsibility, Loss of a chance, applicability.

LISTA DE ABREVIATURAS

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJPE – Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 01 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 Breve análise histórica da responsabilidade civil.....	12
1.1.1 Da justiça privada aos Direito Romano e Francês.....	12
1.1.2 Da responsabilidade subjetiva ao surgimento da responsabilidade objetiva e da perda de uma chance.....	14
1.2 Conceito de responsabilidade civil.....	16
1.3 Elementos da responsabilidade civil.....	17
1.3.1 A conduta culposa.....	17
1.3.2 Nexo de causalidade e a perda de uma chance	18
1.3.3 Dano.....	23
CAPÍTULO 02 – DA PERDA DE UMA CHANCE	26
2.1 Conceito.....	26
2.2 Perda de uma chance como uma categoria de dano específico	28
2.3 Critérios de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance	32
2.3.1 Chances sérias e reais	32
2.3.2 Quantificação das chances perdidas	34
CAPÍTULO 03 – DA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TJPE SOBRE A PERDA DE UMA CHANCE	37
3.1 Levantamento numérico dos julgados do TJPE	37
3.2 Análise qualitativa das decisões	39
3.3 Comentários acerca dos critérios de aplicabilidade nos julgados do TJPE	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51
Anexo A	53
Anexo B	55
Anexo C	56
Anexo D	57
Anexo E	58
Anexo F	59
Anexo G	60

INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará tema do Direito Civil, mais especificamente acerca da responsabilidade civil, instituto que vem conquistando importância no direito moderno. Trata especificamente de danos ou prejuízos provocados no patrimônio de outrem, podendo ser este de ordem moral ou material.

Para a responsabilidade civil, a reparação do dano, consistente em indenização, depende da comprovação do efetivo prejuízo sofrido pela vítima. Dessa forma, o dano deve ser certo, e não são indenizáveis os hipotéticos.

Diante dessa abordagem teórica, surge a problemática da teoria da “perda de uma chance”. Deve-se sempre verificar, via de regra, a certeza do dano. Se um proprietário de cavalos de corrida é o dono do cavalo favorito para ganhar uma competição, e o animal não chega a tempo de participar da corrida por erro da transportadora: pode ser responsabilizada a transportadora pela impossibilidade de participar da competição? O advogado que perde o prazo para ingressar com recurso pode ser responsabilizado pela perda do direito de seu cliente?

Essa é a problemática desta teoria, pois, o grande obstáculo é a probabilidade de incerteza do dano. Existe uma forte corrente doutrinária que considera o tema como um terceiro gênero de indenização, junto ao lucro cessante e dano emergente, pois este instituto não se enquadra nem no lucro cessante e nem no dano emergente.

Atualmente, a utilização da perda de uma chance é observada tanto nos danos originados do inadimplemento contratual, quanto nos gerados por ilícitos absolutos, e também nas hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva.

Diante dessa perspectiva de mudança do conceito e aplicação dos requisitos da responsabilidade civil, e da recente sistematização da matéria no direito brasileiro, os critérios de aplicabilidade desta teoria constituem um excelente campo de observação para a nova análise dos requisitos da responsabilidade civil.

O objetivo geral deste estudo consiste em analisar os critérios de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Os objetivos específicos são realizar o levantamento numérico dos julgados do TJPE que fazem alusão à teoria da perda de uma chance, publicados até dezembro de 2013; verificar se essas decisões analisam a seriedade da chance perdida; identificar se estes julgados diferenciam adequadamente o dano provocado pela perda da chance, lucro cessante e dano moral e, por fim, verificar como se deu a quantificação do dano provocado pela perda da chance.

O trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro abordará a responsabilidade civil de maneira geral, mas, sempre fazendo a ligação com a teoria da perda de uma chance, oferecendo subsídios ao leitor para a melhor compreensão do tema em estudo. Será realizada uma explanação dos momentos históricos mais importantes para o entendimento de como evoluiu o instituto da responsabilidade civil. Em seguida, será exposto como se deu a mudança de paradigma que levou a construção das teorias da responsabilidade civil subjetiva, objetiva e da perda de uma chance. Posteriormente, far-se-á uma explanação sobre a responsabilidade civil, os elementos de sua caracterização, a saber, conduta culposa, nexos causal e o dano e como se deu a relativização desses elementos, de forma a proteger a vítima e garantir que ela tenha seu prejuízo indenizado.

O segundo trará o fenômeno da perda de uma chance, com a finalidade de ofertar conhecimento teórico para facilitar a compreensão da análise dos dados desta pesquisa. Tratará de sua definição, defendendo-se que este instituto constitui uma categoria de dano específica e, portanto, distinta das demais. Em seguida, serão explanados os seus critérios de aplicabilidade, a saber: seriedade da chance perdida, a chance perdida como categoria específica de dano, diferenciando-a do lucro cessante e dano moral e também como a doutrina orienta a quantificação do dano para fins indenizatórios.

O terceiro fará a análise dos julgados do TJPE que fazem alusão à teoria da perda de uma chance, publicados até dezembro de 2013. Será feita a análise quantitativa dos julgados e para a análise qualitativa, a sistemática adotada será segmentar as decisões quanto aos critérios de aplicabilidade desta teoria adotados no presente estudo, verificando se houve ou não a adoção desses critérios ao proferir a decisão.

Trata-se de estudo de método descritivo, de abordagem mista, pois, utiliza a técnica quantitativa e qualitativa em um mesmo estudo.

Inicialmente será realizado o levantamento numérico de todos os julgados publicados até dezembro de 2013 pelo TJPE que referiam à teoria da perda de uma chance. A pesquisa será realizada eletronicamente utilizando-se a frase “perda de uma chance”, entre aspas, com a finalidade de especificar a busca para apenas localizar as decisões nas quais estas palavras aparecerem nesta sequência.

Em seguida, será verificado qualitativamente se estas decisões analisaram a seriedade da chance perdida, se diferenciaram adequadamente o dano provocado pela perda da chance, lucro cessante e dano moral e também como se deu a quantificação do dano provocado pela perda da chance.

CAPÍTULO 1 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Este capítulo trará informações gerais acerca da responsabilidade civil, proporcionará subsídios ao leitor para a melhor compreensão da teoria da perda de uma chance.

Durante a explanação do conteúdo será feita a ligação entre a visão tradicional da responsabilidade civil e a perda de uma chance, tendo em vista as diferenças entre esta e as demais categorias de danos indenizáveis.

Essa abordagem fará com que o leitor obtenha os conhecimentos gerais e tradicionais da responsabilidade civil e entenda como estes conceitos são aplicados à perda de uma chance.

1.1 Breve análise histórica da responsabilidade civil

Será realizada uma explanação dos momentos históricos mais importantes para o entendimento de como evoluiu o instituto da responsabilidade civil. Abordando como a reparação ao dano existiu, independentemente da existência de uma lei e, em seguida, explicando como o direito romano contribuiu para a evolução da responsabilidade civil e de que forma o direito francês influenciou este instituto.

Posteriormente, será exposto como se deu a mudança de paradigma que levou a construção das teorias da responsabilidade civil subjetiva, objetiva e da perda de uma chance.

Será explanado que o conceito de responsabilidade, consistente em reparar um dano causado injustamente, sempre existiu. O que mudou ao longo do tempo, foi a maneira como este dano deveria ser reparado, com a finalidade de atender aos anseios da sociedade em manter um bom convívio.

1.1.1 Da justiça privada aos direitos romano e francês

Na fase da justiça privada, antes de existir o contrato social e a criação do Estado, não havia regras, não imperava o direito. Havia a autotutela, uma vingança privada, uma reação espontânea contra o mal vivenciado, o mal era reparado com o mal.

Quando passou a existir uma autoridade que assumiu a administração da Justiça, a fim de obter a pacificação social, surgiram as legislações mais antigas que previam sanções,

propiciando ao lesado que causasse o mesmo mal ao responsável (Código de Hammurabi – 2500 a.C., Código de Manu – séc. XIII a.C.).¹

Num estágio mais avançado, surgiu a autoridade soberana, e o legislador proibiu a justiça pelas próprias mãos. A reparação econômica que antes era voluntária, tornou-se obrigatória e tarifada. O agente causador do dano pagava certo valor por um membro, outro valor por uma vida, e assim sucessivamente (Código de Ur-Nammu e da Lei das XII tábuas).²

Inexistia distinção entre a responsabilidade civil e a penal, aplicando-se a Lei de Talião.³ Prevalencia a tipicidade das condutas, sem verificação da culpa, a qual era totalmente dispensável para a caracterização da responsabilidade.

Dessa forma, se o ato praticado estivesse previsto no ordenamento jurídico, o agente teria responsabilidade, mesmo se estivesse agindo sem culpa. Para que se configurasse a responsabilidade, bastava que a conduta fosse típica.

A Lei Aquília (séc. III a. c.) iniciou a diferenciação entre responsabilidade civil e penal. Embora ainda baseada na tipicidade, previu a responsabilidade de quem causasse dano à coisa alheia, atribuindo ao proprietário lesado o recebimento do valor do dano provocado. Quando a condenação excedesse esse valor, era considerada responsabilidade penal.⁴

Então, no direito romano houve uma importante evolução na forma como era realizada a reparação do dano, consistindo esta, especialmente, na diferenciação entre responsabilidade civil e penal. Também o elemento culpa passou a ser considerado para identificar a obrigação de indenizar.

No direito francês não existiam condutas tipificadas de maneira taxativa. Havia um princípio que norteava a responsabilidade civil. Logo, se a conduta se enquadrasse neste princípio, e se existisse a presença do elemento culpa, ficava caracterizada a obrigação de indenizar.

O fato das condutas indenizáveis ser determinado por um princípio geral, ampliou o conceito de dano indenizável, pois, se na apreciação do caso concreto, houvesse culpa e a conduta se enquadrasse neste princípio, o dano seria indenizável.

¹ MOURA, Caio Roberto Souto de. **Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil.** Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 23.03.14.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

³ MOURA, Caio Roberto Souto de. **Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil.** Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 23.03.14.

⁴ MOURA, Caio Roberto Souto de. **Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil.** Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 23.03.14.

O direito francês aperfeiçoou as ideias românicas, estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil, deixando de enumerar casos de composição obrigatória. Além disso, generalizou o princípio aquiliano de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.⁵

A teoria da responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa, foi consagrada no Código Civil francês de 1804. Essa codificação provocou grande influência nas codificações supervenientes, como o Código Civil Alemão e o Código Civil Brasileiro de 1916.⁶

A partir do direito francês, a responsabilidade civil passa a ser caracterizada de maneira moderna, com a inclusão do elemento culpa. Essa característica está incluída na teoria da responsabilidade civil subjetiva, presente nas legislações atuais que versam sobre essa matéria.

1.1.2 Da responsabilidade subjetiva ao surgimento da responsabilidade objetiva e da perda de uma chance

O Código Civil Brasileiro de 1916, inspirando-se nos códigos liberais, adotou a teoria subjetiva. Essa teoria baseia-se na ideia de culpa, pois, exige prova da culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Cabendo a vítima fazer a prova. Dessa forma, a responsabilidade do causador do dano apenas ficava caracterizada quando este agiu com dolo ou culpa.

A responsabilidade civil nos códigos liberais estava ligada à questão moral. Essa característica moralmente reprovável que deveria ser observada na conduta do responsável pelo dano, passava obrigatoriamente pela noção de culpa.⁷

No entanto, o progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos provocaram o surgimento de novas teorias com o objetivo de proporcionar maior proteção às vítimas. Foi necessário que a responsabilidade civil se afastasse da análise da culpa para analisar objetivamente a reparação da vítima.

A teoria objetiva obriga o autor de uma atividade de risco a responder por todos os danos dela derivados, independentemente de culpa. Essa perspectiva, desenvolvida após a

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

⁶ MOURA, Caio Roberto Souto de. **Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil**. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 23.03.14.

⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

Revolução Industrial, provocou uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada com a prova culpa e atualmente voltada para a reparação do dano.⁸

Vale ressaltar que os requisitos para a configuração da responsabilidade civil subjetiva são: ação ou omissão do agente, culpa, nexo de causalidade e dano. Com a objetivação da reparação do dano relativizou-se apenas um destes requisitos, a culpa. Mas, atualmente o conceito de responsabilidade comporta a evolução de outros requisitos como o nexo de causalidade e o dano.

Essa mudança de paradigma na seara da responsabilidade civil influenciou e ampliou de forma profunda e significativa o conceito de dano reparável. Outrora eram compensados apenas os danos diretos e tangíveis;

Entretanto, a dinamicidade da vida moderna fez surgir a necessidade de se repararem danos que possuem causas intangíveis e emocionais. Ademais, fatos como quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis.⁹

Verifica-se uma crescente consciência de que o Direito deve considerar a incerteza como parte integrante das soluções jurídicas, pois, esta ciência trata com complexos e probabilísticos conflitos dos fenômenos sociais. Para tanto, o avanço tecnológico, ao aperfeiçoar os métodos de quantificação de evidências estatísticas, vem contribuindo na tomada de soluções de conflitos que envolvem incertezas.¹⁰

O referido progresso no estudo da probabilidade possibilitou a criação de leis do acaso. Dessa forma, é lícito verificar estatisticamente quais eram as chances de sucesso e quais foram subtraídas pelo agente causador do dano. Esse novo aspecto probabilístico foi capaz de criar uma nova categoria de dano indenizável: as chances perdidas.¹¹

Se o avanço da ciência tornou possível mensurar o quanto de chance teria a vítima, então, o direito não pode desprezar essa possibilidade e fugir à sua finalidade. Se há um conflito intersubjetivo de direitos, cabe a ciência do direito solucioná-lo utilizando as ferramentas disponíveis. E a teoria da perda de uma chance é uma importante ferramenta para a compensação de danos.

⁸ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 6-7.

¹⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

¹¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

1.2 Conceito de responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil é parte do direito das obrigações, pois, a prática de um ato ilícito, tem como consequência direta a obrigação de indenizar para reparar o dano. A responsabilidade civil destina-se a restaurar o equilíbrio violado pelo dano e recuperar o status anterior.

Trata-se de um dever jurídico sucessivo que tem a finalidade de recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.¹² Essa recomposição é feita por meio do estabelecimento de uma punição extra-penal àquele que, ao cometer um ato ilícito, causar danos a outrem. Essa punição consiste em indenização, valor pecuniário a ser pago a vítima como forma de restaurar o equilíbrio anterior à ocorrência do dano.

A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária, violadora de um dever jurídico, que acarreta prejuízo a outrem. Segundo o Código Civil vigente art. 927, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Pode-se ainda dizer que é a obrigação de reparar um dano causado a outrem; da maneira utilizada para obrigar o agente a reparar um dano moral ou patrimonial, resultante de um ato por ele praticado ou por ato de pessoas ou coisas que dele dependam.

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹³

O objetivo do instituto é definir os eventos danosos mais relevantes, e transferir o ônus suportado pela vítima aos causadores ou responsáveis. Logo, a responsabilidade civil define os limites e condições nas quais ocorrerá a transferência do custo do dano causado, retirando-o da vítima e o impondo ao causador ou responsável.¹⁴

Diante dessas informações colhidas da doutrina, foi elaborado o seguinte conceito de responsabilidade civil: instituto do direito civil, ramo do direito das obrigações, que define os eventos danosos relevantes, estabelece uma relação de causalidade entre o evento e o prejuízo sofrido pela vítima; para, em seguida, impor a obrigação de indenizar com a finalidade de recompor o conflito e restabelecer o equilíbrio que existia antes da ocorrência do dano.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 35.

¹⁴ MOURA, Caio Roberto Souto de. **Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil**. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 23.03.14.

1.3 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil, para a sua caracterização, utiliza os seguintes elementos: conduta culposa, nexos causal e o dano. Todos esses elementos são verificados de forma a identificar se o acusado é o causador do dano ou o responsável pelo dano e também se ele tem a obrigação de indenizar. No entanto, como visto na evolução histórica da responsabilidade civil, existe uma tendência na doutrina de se relativizar estes elementos em algumas situações, de forma a proteger a vítima e garantir que ela tenha seu prejuízo indenizado.

1.3.1 A conduta culposa

A culpa é o elemento subjetivo, avalia se a ação ou omissão foi incorreta, indevida. Verifica se o ato foi imprudente ou negligente, deixando de tomar os mínimos cuidados necessários para evitar o dano ao patrimônio alheio ou deixando de tomar a medida adequada. Dessa forma, a ação ou omissão do agente deve ser voluntária, ou seja, livre e consciente, sem vícios de consentimento, e ainda deve, pelo menos haver negligência ou imprudência.

Prescreve o art. 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Então, para que se caracterize a ilicitude do ato, este deve ser voluntário e revestido do elemento culpa.

Agir com culpa significa atuar de maneira reprovável. Ou seja, quando pelas circunstâncias concretas, observa-se que o agente podia e devia agir de maneira diferente. O juízo de reprovabilidade da culpa pode ter intensidade variável, correspondendo à divisão da culpa em dolo (culpa *lato sensu*) e negligência (culpa *stricto sensu* ou aquiliana), abrangendo esta última a imprudência e a imperícia. Em qualquer dessas modalidades, a culpa implica a violação do dever de previsão do fato ilícito e da adoção de medidas capazes de evitá-lo.¹⁵

A conduta culposa deve ser medida pelo que normalmente acontece, e não pelo que extraordinariamente possa acontecer. Não se pode exigir do agente um cuidado que não seria

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 315-17.

usualmente adotado pelo homem comum. Logo, só há de se falar em culpa quando o evento for previsível.¹⁶

Para ter o dano reparado, via de regra, a vítima deve provar a culpa do agente, segundo a teoria subjetiva. Mas, como em algumas hipóteses essa prova é difícil e o ônus acabava sendo suportado pela vítima, o direito pátrio admite também a responsabilidade objetiva, sem culpa.

Este entendimento é observado no art. 927, parágrafo único do Código Civil “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

1.3.2 Nexo de causalidade e a perda de uma chance

Nexo de causalidade é a relação verificada entre um fato, o prejuízo e o sujeito provocador. É pressuposto necessário à configuração da responsabilidade civil. Pois, deve-se identificar que o dano decorre da conduta do agente para que haja a obrigação de indenizar. Ou seja, deve existir uma relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

A prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima, é condição necessária para que surja a obrigação de reparar. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado deverá ser julgado improcedente.¹⁷

A perda de uma chance, para ser indenizável, também deve ter uma relação de causalidade com a conduta do agente. A teoria clássica desse instituto confere a ele um caráter autônomo. Essa autonomia serve para separar o dano representado pela chance perdida, do dano final, representado pela perda da vantagem esperada. Dessa forma, a paralisação do processo aleatório no qual se encontrava a vítima seria suficiente para fundamentar a ação de indenização, pois as chances que a vítima detinha nesse momento poderiam ter aferição pecuniária. Quanto à reparação do dano final, isto é, do valor total da vantagem esperada pela

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 317-18.

¹⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 17- 18.

vítima, esta não será possível, pois não se verifica a causalidade necessária (dano direto e imediato).¹⁸

Para possibilitar um melhor entendimento do objeto deste estudo, será feita uma breve explanação das teorias tradicionais que versam sobre o nexo de causalidade, para, posteriormente, analisar a utilização de formas alternativas de causalidade e sua relação com a perda de uma chance, delineando os contornos do posicionamento teórico deste trabalho.

a) Teoria da equivalência das condições (*condictio sine qua non*)

Todos os eventos envolvidos no fato são considerados igualmente como causas do dano. Não importa se esta causa é capaz de por si só produzir o resultado, se o evento estiver envolvido, ele será considerado como causa.

A teoria da equivalência das condições estabelece como causa do dano todas as condições sem as quais este não aconteceria. Ou seja, todos os eventos necessários para a ocorrência do dano são considerados causas equivalentes. Não existe uma distinção qualitativa entre as condições, pois, entende-se que com o desaparecimento de qualquer uma delas, não ocorreria o dano.¹⁹

Toda circunstância que haja concorrido para provocar o prejuízo é considerada causa. Essa teoria tem recebido críticas, pois, pode produzir resultados absurdos, por exemplo, na hipótese de um homicídio a responsabilidade poderia ser estendida até mesmo ao fabricante da arma.²⁰

Dessa forma, todos os agentes que estiverem envolvidos nas circunstâncias consideradas causas serão responsabilizados. Isso leva a responsabilidade a ser estendida quase infinitamente, chegando até pessoas que, pela análise do caso concreto, não deveriam ser responsabilizadas, pois, se todas as circunstâncias envolvidas são causas, muitos serão os agentes envolvidos. Por esse motivo, esta teoria é tão criticada.

¹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 19 -20.

¹⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 351 – 52.

b) Teoria da causalidade adequada

O magistrado deve verificar, no caso concreto, todas as causas que concorreram para o evento danoso e identificar, valorando dentre estas, aquela que é capaz de provocar o dano.

Essa teoria parte da premissa de que o julgador pode valorar, e escolher, entre todas as causas, aquela que “está em condições necessárias de ter produzido o resultado”.²¹

Deve-se observar se essa relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou se existiu neste caso devido ao envolvimento de circunstâncias especiais. Se existe sempre, então a causa é adequada a produzir o efeito. Se apenas uma circunstância acidental explica a causalidade, então a causa não é adequada.²²

Nesse sentido, na situação hipotética em que um motorista de taxi, erra o caminho e faz com que o passageiro se atrase e perca o avião, forçando-o a embarcar em outro voo, que acaba caindo, provocando a sua morte. Para a teoria da causalidade adequada, a falha do taxista não representa causa adequada para a morte do passageiro. Já se observarmos esta mesma situação sob o olhar da teoria da equivalência das condições, o taxista seria responsabilizado pela morte.²³

Para a causa ser considerada adequada, ela deve ser capaz de provocar o resultado por si só, sem que seja necessária a ocorrência de outra situação associada. E somente será responsabilizado aquele que concorreu para a causa que, ao ser valorada pelo magistrado, foi identificada como a causa capaz de por si só produzir o resultado.

No exemplo acima, o atraso do taxista não é capaz de provocar a morte do passageiro por si só, por esse motivo, o taxista não seria responsável pela morte do passageiro quando se analisa a situação conforme a teoria da causalidade adequada.

c) Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexos causal

O Código Civil Brasileiro adotou essa teoria. O art. 403 prevê que “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.79.

²² AITA, Rodrigo Antola. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Brasil**. 2012. 108f. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. p. 92. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67412/000872766.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22.01.14.

²³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 22 – 25.

lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Também esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Vale ressaltar que, embora o artigo se refira à responsabilidade contratual, o dispositivo é aplicável, também, em matéria de responsabilidade extracontratual.²⁴

A teoria do dano direto e imediato requer que exista uma relação de causa e efeito direta e imediata entre a conduta e dano. Dessa forma, é indenizável todo dano que resulte direta e imediatamente de uma conduta.

Neste estudo observou-se que esta teoria mostra-se bastante coerente para a definição da conduta causadora do dano e também representa uma importante evolução em relação às teorias da equivalência das condições e causalidade adequada, pois, se apenas a causa ligada direta e imediatamente ao dano é considerada como a causadora do dano, evita-se que a responsabilidade seja estendida infinitamente, e assim sejam cometidas injustiças. Além disso, possibilita solucionar casos onde sejam identificadas mais de uma causa adequada.

Para esta teoria, quando presentes várias causas possíveis, deve-se considerar a condição necessária (*conditio sine qua non*); ou seja, uma causa só pode ser considerada direta e imediata se, sem ela, o dano não ocorrer. As causas múltiplas ou concausas representam uma grande dificuldade na determinação do nexos causal. Essas concausas podem ser sucessivas: “danos sucessivos, o último dos quais só se explica pelos seus antecedentes”; ou concomitantes: “um só dano, ocasionado por mais de uma causa”.²⁵

Existem situações em que, entre várias causas concomitantes, apenas uma será a causa direta e imediata. Um bom exemplo é o da parturiente que teve uma ruptura de aneurisma cerebral e morreu após o parto. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) concluiu que a causa da morte foi o rompimento do aneurisma e que não houve relação de causalidade entre a morte e o parto. Não cabendo, portanto, obrigação de indenizar por parte da maternidade.²⁶

Nesta situação, ao aplicar-se a teoria do dano direto e imediato, observa-se a existência de duas causas concomitantes que concorreram para o evento morte: o parto e o rompimento do aneurisma. No entanto, diante das provas apresentadas, concluiu-se que a causa direta e imediatamente relacionada ao resultado morte, foi o rompimento do aneurisma. Isso eximiu a responsabilidade da maternidade.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

²⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.61.

No entanto, pode haver um concurso de causas, ocasionando a responsabilidade solidária entre os causadores do dano (art. 942 do Código Civil). Nesta situação, a vítima poderá optar qual dos autores do dano irá responsabilizar, e o executado, terá direito à ação regressiva contra os demais agentes.²⁷

O exame de concausas sucessivas representa a maior dificuldade para determinar a causa direta e imediata. Como exemplo, cita o caso em que um paciente é operado sem a observância das regras de assepsia e tem um piora no seu estado de saúde. Em seguida, um médico, na tentativa de solucionar o problema ocasionado pela cirurgia, prescreve um tratamento inadequado, e o doente vem a falecer. Nestas situações, “o aparecimento de outra causa é o que rompe o nexo causal e não a distância entre a inexecução e o dano”.²⁸

Então, se no exemplo acima for utilizada a teoria da interrupção do nexo causal, seria responsabilizado o médico que prescreveu o tratamento inadequado, pois, esta segunda causa rompe o nexo causal do primeiro evento (inobservância das regras de assepsia) com o resultado danoso morte. No entanto, no capítulo 2 deste trabalho será proposta uma outra solução para este caso concreto, nos moldes da teoria objeto deste estudo.

d) Causalidade alternativa

As teorias tradicionais não são mais suficientes para a resolução de todos os conflitos que envolvem responsabilidade civil, tendo em vista que estes devem ser solucionados atendendo-se aos princípios constitucionais, em especial o da solidariedade.

Em muitos casos, o encadeamento de causas e consequências não pode ser constatado de maneira objetiva.

Isso ocorre quando o dano se reproduz muito rapidamente ou sem testemunhas, ou quando um longo período de tempo separa o fato e o dano, de tal sorte que o processo de causalidade resta obscuro ou muitas causas estranhas intervêm. Ainda, quando o fato atribuído ao autor é uma atividade poluente e cuja nocividade pode propagar-se à distância no espaço e no tempo, sem que ela se manifeste imediatamente por riscos visíveis, surgindo posteriormente em lugar diverso.²⁹

²⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

²⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 31-32.

²⁹ GIUSTINA, Vasco Della. **Responsabilidade civil dos grupos**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 54.

A causalidade alternativa é usada como solução para definir o nexos causal das situações nas quais o dano é provocado por vários agentes e não se consegue descobrir quem, dentre os vários participantes, causou o dano. Nestas situações, a causalidade alternativa permite a responsabilização solidária entre os envolvidos.³⁰

É o uso de uma presunção que relativiza o dever do autor de provar a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Para uma parte da doutrina, a responsabilidade civil pela perda de uma chance tem sua aplicação realizada com a mudança dos padrões tradicionais de causalidade. São duas as soluções propostas. A primeira utiliza a presunção causal, nos moldes da responsabilidade civil de grupos, atingindo, dessa maneira, o ressarcimento da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. A segunda solução, ao contrário, propõe que a reparação deve limitar-se ao valor da chance perdida. Baseia-se num conceito alargado de dano, utilizando um conceito de causalidade parcial para identificar a proporção de causalidade entre o ato ilícito e o dano final (vantagem perdida), cujo resultado será identificado como “chance perdida”.³¹

Neste estudo, defende-se que o segundo posicionamento é mais coerente e adequado, pois, permite a reparação do dano de maneira justa e equitativa, tanto para a vítima quanto para o agente causador do dano. Entende-se ainda que não seria justo pagar integralmente pelo resultado final, na medida em não é possível saber se este resultado se concretizaria ou não. Então, nada mais justo que considerar como dano ou resultado, a própria chance perdida, e não o resultado final esperado. Dessa forma, calcular a probabilidade da concretização deste resultado, utilizando este valor como subsídio para o cálculo do valor indenizatório.

1.3.3 Dano

O dano é pressuposto básico da responsabilidade civil. Se não houver dano não haverá o dever de indenizar. Mesmo que tenha ocorrido o ato ilícito se este não provocou danos ao patrimônio alheio, não há que se falar em indenização. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não existe responsabilidade sem dano.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 62- 63.

³¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 49 – 50.

É a concretização do desequilíbrio jurídico provocado pelo ato ilícito. Por certo, só haverá o que indenizar se for constatado o prejuízo ao patrimônio jurídico de alguém, dado o caráter equalizador do instituto da responsabilidade civil.³²

O dano implica a suprimir uma situação de que a vítima se beneficiava ou diminuir a utilidade da mesma. O dano, para ser indenizável, deve ser certo. A responsabilidade civil não comporta a indenização por dano eventual.³³

Conceitua-se o dano como a diminuição ou impedimento do crescimento do bem jurídico da vítima, este bem pode ser de ordem material ou moral. O dano material pode ser tradicionalmente classificado em danos emergentes e lucros cessantes. No entanto, defende-se neste estudo a existência de uma terceira categoria de dano: a perda de uma chance, que devido a suas particularidades, não se enquadra nos conceitos de dano emergente e nem de lucro cessante.

O dano material atinge os bens do patrimônio da vítima que são mensuráveis economicamente, podendo ser estes corpóreos (imóveis, veículos) e incorpóreos como o direito de crédito. Tanto o patrimônio presente quanto o futuro podem ser atingidos pelo dano. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante. O dano emergente trata da lesão ao patrimônio atual e o lucro cessante refere-se ao patrimônio futuro, como redução de ganhos, impedimento de lucros. Como exemplo cita-se o médico que em razão de acidente fica impossibilitado de trabalhar, neste caso, ele tem direito a ser indenizado pelo que deixou de ganhar durante esse período (lucros cessantes).³⁴

Como exemplo de dano emergente pode-se referir o cidadão comum que sofre uma colisão em veículo que utiliza para lazer. O valor pecuniário necessário à reparação do veículo, incluindo mão-de-obra e compra de peças novas, constitui o dano emergente. Essa é a categoria de dano mais fácil de ser visualizada e comprovada, pois, como dito anteriormente, atinge o patrimônio presente da vítima.

Além destes, há ainda o dano moral, que apesar de não ser objetivamente mensurável economicamente, tem larga aceitação jurisprudencial, e inclusive, pode ser cumulado com o dano material.

³² AYRÃO, Vladimir Mariani Kedi. **Breves Apontamentos sobre o Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/vladimirayrao.pdf>. Acesso em: 24.03.14.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 40.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 73-75.

O dano moral ocorre quando a lesão atinge um bem jurídico integrante dos direitos da personalidade, tais como, a honra, dignidade, liberdade, imagem, etc. Ele provoca à vítima dor, sofrimento, vergonha, humilhação. O dano não é a dor provocada, mas sim a privação do bem jurídico da personalidade.³⁵

Também existe o dano estético, uma espécie de dano autônomo e independente em relação aos danos material e moral, como já definiu o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, e ao publicar, em 01.09.09, a Súmula 387, prevendo que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”³⁶

O dano estético é toda ofensa, ainda que mínima, à forma do indivíduo, ocorrendo quando há uma lesão no corpo humano em áreas íntimas, ou quando há ocorrência de lesão em local mais visível do corpo, como, por exemplo, quando a vítima sofre uma cicatriz, queimadura ou a perda de um membro, afetando, com isso, a higidez da saúde, a harmonia e incolumidade das formas do corpo, alterado o corpo da forma original, anterior à ocorrência da lesão.³⁷

Como explicitado no tópico anterior, neste estudo defende-se que a teoria da perda de uma chance não precisa utilizar-se do conceito de causalidade alternativa para ser validada. Basta apenas uma maior abertura do conceito de dano indenizável. Adotou-se a corrente doutrinária que entende que há uma autonomia da chance perdida em relação ao dano final. No próximo capítulo será explanado como a perda de uma chance pode constituir uma categoria de dano específico.

CAPÍTULO 2 – DA PERDA DE UMA CHANCE

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 379.

³⁶ OLIVA, Bruno Karaoglan. **Dano estético: Autonomia e cumulação na responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920>. Acesso em: 19.04.14.

³⁷ OLIVA, Bruno Karaoglan. **Dano estético: Autonomia e cumulação na responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920>. Acesso em: 19.04.14.

Este capítulo abordará a teoria da perda de uma chance, com a finalidade de ofertar conhecimento teórico para facilitar a compreensão da análise dos dados desta pesquisa, em especial a análise qualitativa dos julgados proferidos pelo TJPE que abordam a teoria em estudo, publicados até dezembro de 2013.

Explicar-se-á no que consiste esta teoria, defendendo-se que este instituto constitui uma categoria de dano específica e, portanto, distinta das demais.

Em seguida, serão explanados os seus critérios de aplicabilidade e também como a doutrina orienta a quantificação do dano para fins indenizatórios.

2.1 Conceito

A perda de uma chance trata-se do dano resultante da diminuição de probabilidades de obter êxito no futuro, ou por meio de obtenção de uma vantagem ou evitando um prejuízo.

Essa nova concepção de dano, passível de indenização, originou-se a partir da análise de casos concretos. Tal análise, conduziu ao entendimento no qual independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a este resultado fosse responsabilizado por tanto, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta.³⁸

O conceito de chance remete a situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance, ocorre a frustração na percepção desses ganhos.³⁹

Caracteriza-se quando, em consequência da conduta de outrem, deixar de existir a probabilidade de um evento que proporcionaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira militar ou artística, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, dentre outros exemplos.⁴⁰

O fato gerador da responsabilidade retira de outrem a chance de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Se a chance existia, e era séria, então este dano é ressarcível. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

³⁸ LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 19.04.14.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v.4. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.40.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.

Durante muito tempo, o dano pela perda de uma chance, foi ignorado pelo Direito, reputando-se tal circunstância como não merecedora de tutela jurídica. O repúdio à indenizabilidade destes casos, era justificado com o princípio tradicional da responsabilidade civil, segundo o qual, para que os danos fossem indenizáveis, eles deveriam ser certos.⁴¹

Mas, o que se indeniza não é a vantagem esperada, que é dotada de incerteza, mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem no futuro, ou mesmo de evitar um prejuízo. Ao indenizar-se a chance perdida, não ocorre violação das regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, na hipótese desta teoria não se indeniza a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, se indeniza apenas a perda da possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem.⁴²

Desde o final do século XIX a jurisprudência francesa entende indenizável o dano resultante da perda de uma chance.⁴³ E, atualmente, essa teoria está tendo ampla aceitação no direito brasileiro, o qual orienta que a reparação da perda de uma chance está fundamentada na probabilidade e na certeza de que a chance seria realizada e que a vantagem perdida provocaria um prejuízo ao patrimônio da vítima.⁴⁴

Remete-se o leitor a analisar novamente o exemplo utilizado na introdução deste estudo, no qual um proprietário de cavalos de corrida é o dono do cavalo favorito para ganhar uma competição, e o animal não chega a tempo de participar da corrida por erro da transportadora.

Ao se valorar as possibilidades da vítima de obter o resultado, restam identificadas a probabilidade e a certeza de que a impossibilidade de participar da competição provocaram prejuízo ao patrimônio do proprietário do cavalo. Logo, a transportadora deve indenizá-lo pela chance perdida.

Aplica-se comumente a teoria da perda de uma chance ao advogado quando da desídia ou retardamento na propositura de uma ação. Observa-se a perda, pela parte, da oportunidade de obter no Judiciário o reconhecimento e a satisfação íntegra de seus direitos.

Dessa forma, o cliente não perde uma causa certa, perde a causa sem sequer ter a oportunidade de disputar, e essa incerteza cria o fato danoso. Na ação de responsabilidade, caso

⁴¹ AITA, Rodrigo Antola. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Brasil**. 2012. 108f. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. p. 92. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67412/000872766.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22.01.14.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito das famílias: utilizar com moderação**. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_83_100.pdf>. Acesso em: 19.04.14.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 260 – 61.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.

reconheça que realmente ocorreu a perda dessa chance, o juiz deverá verificar o grau de perspectiva favorável.⁴⁵

Diante das informações coletadas na doutrina, formula-se no presente trabalho o seguinte conceito de “perda de uma chance”: categoria de dano, no qual o fato gerador provoca diminuição de probabilidades de obter êxito no futuro, ou por meio de obtenção de uma vantagem ou evitando um prejuízo. Então, o dano é configurado pela perda da chance por si só. Para que este dano seja ressarcível, a chance deve ser séria, ou seja, deveria haver uma grande probabilidade do evento futuro se concretizar. Além disso, devem estar presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil.

2.2. Perda de uma chance como uma categoria de dano específico

A responsabilidade civil pela perda de uma chance possui características muito particulares, pois, a sua caracterização, identificação e indenização são realizadas de modo diferente do que é utilizado nas outras hipóteses de danos. A grande diferença entre essa e as demais categorias, consiste no fato de não se tratar de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade.

Trata-se de uma modalidade autônoma de dano, não se amoldando nos tipos de danos reconhecidos tradicionalmente.⁴⁶ Para a sua configuração também é necessário que a vítima prove a existência de um prejuízo e o seu nexo causal. No entanto, há uma relativização desses elementos que caracterizam a responsabilidade civil.

Nesse caso, o autor do dano não é responsabilizado por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima, assim como ocorre nas outras categorias de danos. A responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da oportunidade de ter a chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Dessa forma, observa-se que o resultado esperado não aconteceu, por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente. Então, o objeto da indenização não é a perda da vantagem esperada, mas sim, a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo.⁴⁷

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 275-76.

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v.4. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 38-39.

⁴⁷ LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 19.04.14.

O trabalho de Joseph King Jr, publicado no Yale Law Journal, em 1981, representa a primeira tentativa de sistematização da teoria em estudo, e também a mais contundente defesa de ser esta uma categoria de dano. O aludido autor avalia as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e reparável, considerando desnecessária a utilização alternativa do nexo de causalidade.⁴⁸

O autor afirma que os tribunais erram ao identificar a chance perdida como dano reparável, pois, interpretam como se apenas houvesse uma possível causa da perda definitiva da vantagem final esperada pela vítima. Desse modo, algo que tem característica de probabilidade, passa a ser verificado como certeza ou como impossibilidade.⁴⁹

É devido a esse erro de abordagem, que os tribunais, ao se depararem com a injustiça de improcedência de caso típico de responsabilidade pela perda de uma chance, tentam mudar o padrão do “tudo ou nada” da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano indenizável.⁵⁰

Dessa forma, defende-se no presente estudo, que para melhor abordar estes casos, deve-se flexibilizar o conceito de dano. Deixando-se de vislumbrar o resultado final esperado pela vítima como o dano; e adotando-se a própria chance perdida como dano mensurável e indenizável. Tornando-se desnecessário, e até mesmo inadequado, utilizar formas alternativas de causalidade, pois, como explicitado acima, a causalidade adota o paradigma do tudo ou nada, e não se pode verificar a probabilidade de ocorrência de um evento utilizando-se este método.

Em todos os casos típicos de responsabilidade pela perda de uma chance existe um prejuízo sofrido pela vítima identificado com facilidade, qual seja, a perda da vantagem esperada pela vítima, ou dano final. No entanto, o dano final não pode ser indenizado, pois, nestes casos, a conduta do réu nunca constitui uma condição *sine qua non*. Dessa forma, a indenização da chance subtraída é o único meio de reparar a vítima. Como a doutrina tradicional utiliza o conceito de “tudo ou nada”, não aceitando a causalidade parcial, as chances perdidas devem ser isoladas como um dano independente.⁵¹

Para melhor explicar, será analisado mais uma vez o exemplo utilizado na introdução deste estudo, no qual um proprietário de cavalos de corrida é o dono do cavalo favorito para

⁴⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

⁴⁹ KING JR. Joseph H. Apud, SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

⁵⁰ KING JR. Joseph H. Apud, SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

⁵¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 104.

ganhar uma competição, e o animal não chega a tempo de participar da corrida por erro da transportadora.

Neste caso, o dano final ou vantagem esperada pela vítima é vencer a corrida. No entanto, o dano final não pode ser indenizável, pois, a falha da transportadora não constitui condição *sine qua non* para perder a corrida, pode ser apenas uma causa que contribuiu, e como dito acima a doutrina não aceita causalidade parcial. Logo, para que seja possível indenizar, deve-se considerar a perda da chance de participar da corrida, por si só, como um dano independente.

Então, trata-se de uma nova concepção de dano indenizável, na qual é admitida a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final. No entanto, é necessário cautela para não confundi-lo com os lucros cessantes. Esse é dano material, consistente na perda certa de um bem que no futuro iria se incorporar ao patrimônio da vítima, é a subtração objetiva de um bem materialmente mensurável. A perda da chance é uma probabilidade de obter um benefício que foi subtraído, podendo estar relacionada a um dano não mensurável economicamente.⁵²

A aceitação desta teoria como uma categoria autônoma de dano implica em redefinir a responsabilidade civil, flexibilizando o conceito de nexo de causalidade, bem como renovando o conceito de dano indenizável. Essa tese, vem tendo aceitação na jurisprudência brasileira, conforme demonstra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵³:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA).

A doutrina majoritária francesa difunde que, para a correta sistematização desta teoria, deve-se considerar que existem duas modalidades: a primeira considera a chance perdida como um dano autônomo, e a segunda é embasada na causalidade parcial que a conduta do réu

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito das famílias: utilizar com moderação.** Disponível em: < http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_83_100.pdf>. Acesso em: 19.04.14.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito das famílias: utilizar com moderação.** Disponível em: < http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_83_100.pdf>. Acesso em: 19.04.14.

representa em relação ao dano final. Para esta doutrina, a segunda modalidade é aplicada, em especial, aos casos de perda da chance na seara médica. No entanto, poderá haver na seara médica casos que se enquadrem na outra modalidade.⁵⁴

Então, para que seja reconhecida a chance perdida como dano autônomo, é necessário que o ato do ofensor retire todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo aleatório antes que chegue ao fim. Mas, se o processo aleatório seguir seu curso normal até o fim, a conduta do réu apenas será visualizada como uma causa concorrente para o dano final.⁵⁵

Para melhor entendimento desta divisão em duas modalidades, cita-se o exemplo já utilizado do cavalo que não chegou a tempo de participar da corrida. Neste caso concreto, o processo aleatório, qual seja, participar da corrida, foi interrompido antes que chegasse ao fim. Logo, nesta situação vislumbra-se a perda da chance como um dano específico.

Como exemplo ilustrativo para a segunda modalidade desta teoria, volta-se a analisar o caso em que um paciente é operado sem a observância das regras de assepsia e tem um piora no seu estado de saúde. Em seguida, um médico, na tentativa de solucionar o problema ocasionado pela cirurgia, prescreve um tratamento inadequado, e o doente vem a falecer.

Propõe-se no presente trabalho, que para o caso acima seja utilizada a solução defendida pela doutrina majoritária. Então, neste caso, não se configura a perda da chance de cura como um dano específico, pois, o evento aleatório, vida, não foi interrompido repentinamente. Portanto, a conduta do médico que prescreveu o tratamento inadequado deve ser vislumbrada como causalidade concorrente em relação ao dano final morte.

Nesses casos, mesmo que não se saiba qual foi a causa do dano, ele só pode ter acontecido em 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 causalidade alternativa.⁵⁶

Diante do que foi demonstrado, reforça-se a posição proposta para a sistematização da teoria da perda de uma chance, a qual subdivide-se em duas modalidades: a primeira modalidade visualiza a chance perdida como dano autônomo e a segunda baseia-se na causalidade parcial (concorrente ou alternativa) que a conduta do acusado representa em relação ao dano final.

⁵⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 104, 106, 110.

⁵⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2003. p.681

2.3 Critérios de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance

A adoção de critérios gerais de aplicabilidade da teoria objeto deste estudo tem grande importância, pois, direciona a atividade dos operadores do direito de tal forma a uniformizar as condutas, sistematizando a matéria. Neste estudo, não se fará a análise de todas as condições necessárias para que uma ação que verse sobre responsabilidade civil pela perda de uma chance seja procedente. Serão analisadas apenas as características que diferenciam esta espécie das demais.

As condições de aplicação devem ser obedecidas sem diferenças pelas duas modalidades de chance perdida, quais sejam: nos casos em que se caracteriza um dano autônomo e naqueles em que há utilização de um conceito menos ortodoxo de causalidade.⁵⁷

Então, os critérios que serão explanados se aplicam a ambas as modalidades de chance perdida, sem distinção.

2.3.1 Chances sérias e reais

A caracterização da “chance perdida” deve ser dotada de certeza para que este dano seja reparável. Pois, para que seja concedida a indenização, além da comprovação da perda pela vítima, da oportunidade de auferir o resultado almejado, a perda deve ser séria e real.

Assim, para que a demanda seja procedente, a chance perdida deve representar muito mais que uma esperança subjetiva. Como exemplo, cita-se o caso de um paciente portador de doença incurável, mas que detém esperança de sobreviver. Objetivamente, não há chance de cura.⁵⁸

A objetivação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada⁵⁹

⁵⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137.

⁵⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

⁵⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

Então, a perda da oportunidade deve constituir perda patrimonial efetiva e não mera expectativa, devendo situar-se na certeza do dano. A perda da chance séria e real ocorre quando existe uma lesão a uma expectativa legítima e indenizável, assim como o são a lesão a outros bens do patrimônio jurídico tutelado pelo Direito.⁶⁰

A chance perdida, para ser reparável, deverá configurar um prejuízo material ou imaterial resultante de um fato consumado, não hipotético. É necessário verificar, em cada situação, se o resultado favorável seria razoável ou se é apenas mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pela vítima não pode ser uma eventualidade, suposição ou desejo, caso contrário, seriam premiados oportunismos e não reparadas oportunidades perdidas.⁶¹

Vale destacar que a seriedade da chance perdida é questão muito mais ligada ao grau de probabilidade que à natureza, sendo possível afirmar que, genericamente, é séria e real a oportunidade que proporciona à vítima condições concretas e efetivas de realização da situação futura esperada. Diante disso, resta claro que apenas no caso concreto é possível aferir se as chances eram, efetivamente, sérias e reais.⁶²

Remetendo-se mais uma vez o leitor ao caso proposto na introdução deste estudo, para analisar quanto à seriedade da chance perdida, tem-se que o cavalo que não chegou a tempo de participar da corrida era cotado como o favorito para ganhar a competição. Logo, havia uma concreta probabilidade de vencer a competição se tivesse participado. Então, este caso atende ao critério da seriedade da chance perdida.

Dessa forma, desde que seja provado que caso não tivesse ocorrido o ato ilícito do agente, a vítima teria uma chance séria e real de obter o resultado esperado, fica configurada a responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance.

Então, depreende-se dos conceitos explanados que a seriedade da chance perdida é um importante critério de aplicabilidade da teoria em estudo. Devendo esta constituir-se em expectativa objetivamente mensurável por meio de probabilidade, não importando, portanto, a sua natureza. Deverá configurar um prejuízo de ordem material ou imaterial resultante de um fato consumado, não de mera possibilidade aleatória. Diante destas características, observa-se que a verificação deste critério somente é possível por meio da análise do caso concreto.

2.3.2 Quantificação das chances perdidas

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v.4. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp.40-41.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito das famílias: utilizar com moderação**. Disponível em: < http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_83_100.pdf>. Acesso em: 19.04.14.

O valor a ser fixado como indenização deve considerar o grau de probabilidade da chance subtraída se tornar uma vantagem séria e real, ou seja, de se tornar uma vantagem concreta ou de efetivamente evitar um prejuízo para a vítima.

A chance indenizável pode ser ou não de conteúdo patrimonial. Até porque o que se indeniza é a perda da oportunidade futura e não os ganhos perdidos, esses são chamados de lucros cessantes. E é por este motivo que a perda de uma chance pode ser cumulada, com pedido de danos materiais e morais.⁶³

A principal regra, a ser observada na quantificação do dano, prescreve que a reparação da chance perdida deve ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Ou seja, não pode ser igualada à vantagem que teria resultado esta chance, se ela tivesse se realizado.⁶⁴

A reparação é pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Deve-se diferenciar o resultado perdido da possibilidade de consegui-lo. A chance sempre terá menor valor que o resultado perdido, isso se refletirá no montante da indenização.⁶⁵

Vale reafirmar que, neste estudo, defende-se que este critério é muito coerente, pois, permite a reparação do dano de maneira justa e equitativa, tanto para a vítima quanto para o agente causador do dano. Entende-se que não seria justo pagar integralmente pelo resultado final, na medida em não é possível saber se este resultado se concretizaria ou não. Então, nada mais justo que considerar como dano ou resultado, a própria chance perdida, e não o resultado final esperado. Dessa forma, calcular a probabilidade da concretização deste resultado, utilizando este valor como subsídio para o cálculo do valor indenizatório.

Então, a fixação da indenização deve basear-se em um critério de probabilidade para estabelecer o valor devido à vítima, fazendo uma avaliação do grau que a chance teria de alcançar o resultado no momento em que aconteceu o fato.⁶⁶

Para melhor ilustrar como se realiza de fato a quantificação do dano, a seguir será compilada a parte final de uma famosa decisão do STJ, cuja ementa já fora citada neste trabalho

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito das famílias: utilizar com moderação**. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_83_100.pdf>. Acesso em: 19.04.14.

⁶⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.78.

⁶⁶ LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 19.04.14.

(REsp nº 788.459- BA). Esta citação se faz necessária, pois, delinea de maneira clara e coerente o pensamento defendido neste estudo. Após a compilação será feita a análise da decisão quanto a fixação do valor pecuniário devido pelo réu.

Trata-se de um pedido de indenização contra a empresa que promovera um concurso, a parte autora alegava que se a pergunta fosse formulada corretamente, teria obtido o prêmio global no valor de R\$ 500.000,00, o STJ, ao apreciar o caso deu a seguinte solução:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão".

Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais).

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, 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. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

(STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA).

Então, na decisão acima, o STJ fundamenta, que não se pode afirmar com certeza que o resultado final seria obtido (vencer o concurso), e que por isso, faltaria um pressuposto da responsabilidade civil, a causalidade não seria adequada para o dano final. Mas, reconhece o aludido tribunal que houve um dano, consistente na perda da chance, e que há um nexo de causalidade entre este e a conduta da empresa (questão mal formulada).

Para fins de cálculo do valor pecuniário devido pela empresa, o STJ utiliza ambas as regras citadas neste estudo: a reparação da chance perdida deve ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada, e a “quantificação do dano deve refletir a porcentagem das chances perdidas”⁶⁷. Observa-se no caso concreto, que a vantagem esperada tinha o valor de R\$ 500.000,00; mas, a indenização foi fixada no valor de R\$ 125.000,00. Para chegar a esse valor, o Tribunal calculou a probabilidade que a autora da ação tinha de vencer o concurso e obter o prêmio total. Como o concurso usou uma questão para a qual foram propostas quatro alternativas, a autora da ação tinha, naquele momento 25% de chance. Logo, a reparação foi calculada considerando-se que o valor da chance perdida equivaleria a 25% do valor da vantagem final esperada.

No terceiro capítulo será realizada a análise das decisões do TJPE que versam sobre a teoria objeto deste estudo, em especial quanto aos critérios de aplicabilidade adotados pela jurisprudência brasileira conforme fora demonstrado.

CAPÍTULO 3 – DA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TJPE SOBRE A PERDA DE UMA CHANCE

Este capítulo fará a análise dos julgados do TJPE que fazem alusão à teoria da perda de uma chance. Inicialmente será realizado o levantamento numérico de todos os julgados publicados até dezembro de 2013 pelo TJPE, que referiam à teoria da perda de uma chance. A pesquisa será realizada eletronicamente utilizando-se a frase “perda de uma chance”, entre

⁶⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

aspas, com a finalidade de especificar a busca para apenas localizar as decisões nas quais estas palavras aparecerem nesta sequência.

Em seguida, será verificado se estas decisões analisaram a seriedade da chance perdida, se diferenciaram adequadamente o dano provocado pela perda da chance, lucro cessante e dano moral e também como se deu a quantificação do dano provocado pela perda da chance.

Tem a finalidade de verificar se os critérios de aplicabilidade da teoria objeto deste estudo, preconizados pela doutrina defendida neste trabalho, são adotados nas decisões proferidas pelo TJPE.

3.1 Levantamento numérico dos julgados do TJPE

Na pesquisa eletrônica realizada foram encontrados 7 (sete) julgados, nos quais o TJPE se referiu à teoria da perda de uma chance, até dezembro de 2013. Após a publicação da primeira decisão, em fevereiro de 2009, ocorreu um período de três anos sem que houvesse decisões que versassem sobre esse tema. Em 2012, foram julgados cinco casos envolvendo a responsabilidade civil pela perda de uma chance, e em 2013, apenas um caso.⁶⁸

Resta claro que o número de julgados do TJPE é muito tímido, especialmente se comparado a tribunais como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), pioneiro no país a decidir causas sobre a teoria da perda de uma chance. Este tribunal publicou sua primeira decisão em 1990 e até setembro de 2012, julgou 270 processos que faziam alusão à teoria objeto deste estudo.⁶⁹ Isso demonstra que o estágio da jurisprudência do Tribunal pernambucano é ainda bastante incipiente.

Observa-se também um grande lapso temporal decorrido entre a primeira decisão que versa sobre a matéria em estudo, proferida no Brasil pelo TJRS em 1990, e a primeira decisão do TJPE em 2009, um significativo intervalo de 19 anos. Disso pode-se indagar que, assim como aconteceu com alguns doutrinadores no passado⁷⁰, o TJPE também apresentou certa resistência em relação aos casos de responsabilidade pela perda de uma chance.

⁶⁸ JUSBRASIL: banco de dados. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22perda+de+uma+chance%22&idtopico=T10000405>>. Acesso em: 26.12.2013.

⁶⁹ AITA, Rodrigo Antola. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Brasil**. 2012. 108f. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. p. 92. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67412/000872766.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22.01.14.

⁷⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 191.

Segundo a doutrina, o dano pode atingir a universalidade de bens existentes; e este acervo de bens ou de valores deve ser protegido pelos sistemas jurídicos, de sorte que sua violação importe em infração legal, sujeitando-se o infrator às cominações decorrentes.⁷¹ Logo, a perda da chance, ao produzir dano, deve ser indenizada.

O momento atual, também correspondendo à produção doutrinária, se caracteriza pelo grande avanço na aceitação da teoria da perda de uma chance em alguns tribunais brasileiros. Além do já referido tribunal gaúcho, que permanece seguindo caminho bem delineado por seus acórdãos pioneiros, a sólida jurisprudência de outras Cortes passa a conferir caráter nacional ao movimento de aceitação da teoria em estudo, considerando-a instrumento útil para a resolução das ações de reparações de danos. Uma rápida pesquisa, utilizando o mecanismo de busca eletrônica do site dos principais tribunais brasileiros, principalmente nos estados do Sul e Sudeste, demonstra o crescimento exponencial da teoria da perda de uma chance como *ratio decidendi* de inúmeros julgados.⁷²

O TJPE segue o padrão da maioria dos tribunais brasileiros, os quais tiveram suas primeiras decisões, acerca da teoria em estudo, publicadas a partir do início do novo milênio.⁷³

Tal fato fortalece a afirmação já realizada neste estudo sobre a incipiência das decisões proferidas pelo tribunal pernambucano, que tratam da perda de uma chance. Isso torna os seus julgados um excelente campo de observação para a análise dos critérios de aplicabilidade da referida teoria.

3.2 Análise qualitativa das decisões

Para a análise qualitativa dos julgados serão utilizadas as decisões publicadas na íntegra. No entanto, a primeira e a última decisão não estavam disponíveis em inteiro teor, para consulta no sítio eletrônico. Por este motivo, essas duas decisões terão as ementas analisadas, mas, como se verá adiante, isso não comprometeu a qualidade da análise proposta.

A sistemática adotada neste estudo será, inicialmente, segmentar as decisões quanto aos critérios de aplicabilidade desta teoria adotados no presente estudo, a saber: seriedade da chance perdida, a chance perdida como categoria específica de dano, diferenciando-a do lucro cessante

⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 50.

⁷² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 196.

⁷³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 196.

e dano moral, e a quantificação do dano provocado pela perda da chance, verificando se houve ou não a adoção desses critérios ao proferir a decisão.

Posteriormente será construído um breve comentário acerca dos critérios de aplicabilidade adotados pelo TJPE em suas decisões.

Para uma melhor apreciação pelo leitor da análise a ser realizada, as ementas dos julgados serão disponibilizadas em anexo, seguindo-se a ordem cronológica da data de publicação. Abaixo inicia-se a análise qualitativa das decisões.

a) Quanto à seriedade da chance perdida

O primeiro julgado menciona esse critério, mas uma leitura cuidadosa do caso, utilizando-se os critérios delineados neste trabalho, apontaria para a não existência de perda da chance, mas sim, lucros cessantes e danos morais. Pois, a quitação do débito envolve outras variáveis além da “conclusão do curso”, e essas independem do resultado danoso morte. Por exemplo, mesmo se vivo, o estudante poderia concluir o curso, mas não conseguir um emprego, e conseqüentemente não quitar o débito. Logo, não é possível responsabilizar o causador do evento morte pela perda da chance do pagamento do débito pelo estudante. Não há, portanto, nexos de causalidade, pois, uma causa só pode ser considerada direta e imediata se, sem ela, o dano não ocorrer.

Dano material - pagamento saldo remanescente de contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil - FIES. Aplicável ao caso a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a qual consagra a indenizabilidade da perda de uma chance quando referida oportunidade perdida tenha algum valor, do qual foi privada. In casu, o atropelamento que culminou com a morte do estudante/mutuário, retirou de sua genitora a chance que mesma teria de ver o referido débito quitado, pelo seu filho, quando este terminasse o curso, e começasse a trabalhar. TJ-PE - AC: 176874 PE 00072478520048170990, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 03/02/2009, 6ª Câmara Cível.

A segunda decisão destaca que não há nexos de causalidade entre a conduta ilícita e a chance perdida, concluindo que não foi atendido um importante pressuposto da responsabilidade civil, conforme se verifica no trecho abaixo. Então, se não há nexos de causalidade, não há que se falar em seriedade da chance perdida. Estando, portanto, para este critério, de acordo com o pensamento doutrinário defendido neste estudo.

Ainda se aplicada a teoria da perda de uma chance, o insucesso nas tratativas negociais mantidas pela empresa apelante não poderia ser cominado ao banco, porquanto restou provada a existência de outras pendências financeiras em

nome da empresa desde novembro de 2010. Assim não há como se responsabilizar o apelado ou mesmo o SERASA pela chance negocial supostamente perdida. TJ-PE - APL: 582373020108170001 PE 0058237-30.2010.8.17.0001, Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data de Julgamento: 12/01/2012, 3ª Câmara Cível.

A terceira decisão identifica que houve uma chance perdida, no entanto não verifica sua seriedade, ou seja, não quantifica a probabilidade de ocorrência do resultado final esperado pela vítima, conforme se observa no seguinte trecho.

(...) não se teria como saber se a empresa autora ganharia a licitação acaso a entrega da proposta tivesse sido efetivada a tempo, mas a transportadora impediu que a Concrepoxi Engenharia pelo menos participasse de tal processo licitatório. TJ-PE - APL: 1034791220108170001 PE 0103479-12.2010.8.17.0001, Relator: Antônio Fernando de Araújo Martins, Data de Julgamento: 26/04/2012, 6ª Câmara Cível.

A quarta decisão, assim como a anterior, identifica que houve uma chance perdida, mas assim como a anterior, não verifica sua seriedade, conforme se pode verificar abaixo. Também não se observa aplicação do critério da causalidade parcial.

(...) se a Sra. Zilma tivesse sido internada, ou ao menos, tivesse sido atendida, ainda que dentro da ambulância, não era garantido que iria sobreviver, mas concederia uma chance, razão pela qual deve ser aplicada ao caso a Teoria da Perda de uma Chance (...). TJ-PE - REEX: 10066320108170480 PE 0001006-63.2010.8.17.0480, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 22/05/2012, 1ª Câmara de Direito Público.

No quinto julgado constatou-se que houve uma chance perdida, mas não se quantificou a probabilidade de sucesso.

“Por isso, haja vista a probabilidade de aprovação da demandante, empreendimento este obstado pelo sinistro”(...). TJ-PE-APL: 151912520098170001 PE 0015191-25.2009.8.17.0001, Relator: José Carlos Patriota Malta, Data de Julgamento: 11/09/2012, 6ª Câmara Cível.

A sexta decisão identifica a chance perdida, mas assim como os demais julgados, não quantifica a proporção de sua seriedade.

Pagamento de inscrição para prestação de concurso público, devidamente repassado e acatado pelo banco, mas, por algum erro, não foi confirmada a inscrição. - Candidata impossibilitada de prestar o concurso por ausência de reconhecimento do pagamento da inscrição. - Responsabilidade civil pela perda de uma chance, eis que foi retirada da candidata a oportunidade de obter sua aprovação no concurso público, desaparecendo qualquer probabilidade de aprovação, pois sequer constava como inscrita. TJ-PE - AGV: 476649320118170001 PE 0023150-45.2012.8.17.0000, Relator: Itabira de Brito Filho, Data de Julgamento: 18/12/2012, 1ª Câmara Cível.

O último julgado verifica a seriedade da chance perdida, indeferindo o pedido baseado neste critério, considerando que a vítima não fez prova de que perdeu uma chance séria e real.

(...) Para fazer jus à reparação pela "perda de uma chance", cabe à vítima demonstrar esta circunstância. Requerimento de majoração da cifra indenizatória rejeitado, ante o não preenchimento desse requisito. TJ-PE - APL: 54391320108170480 PE 0005439-13.2010.8.17.0480, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 15/01/2013, 2ª Câmara Cível.

b) Quanto à chance perdida como categoria específica de dano

A primeira decisão confunde lucro cessante com perda de uma chance. No caso em tela, apesar de ser citada a teoria objeto deste estudo, uma leitura atenta mostra que se trata de lucros cessantes, constituídos no que o estudante deixou de ganhar por ter sua vida interrompida. E assim é deferida a indenização, fala-se em perda da chance, mas no momento de indenizar dá-se o nome de dano material.

(...) Dano material - pagamento saldo remanescente de contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil - FIES. Aplicável ao caso a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance (...). TJ-PE - AC: 176874 PE 00072478520048170990, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 03/02/2009, 6ª Câmara Cível.

O segundo julgado não faz a diferença entre dano material e o dano decorrente da perda da chance, tal constatação pode ser apreendida do fragmento abaixo colacionado, no qual se justifica o indeferimento da indenização pela perda da chance baseando-se em critério aplicável ao dano material. Para a perda da chance, o que deve ser comprovado é a seriedade da chance e não o dano final ou resultado esperado pela vítima.

Por fim, pretende a apelante a aplicação da teoria da perda de uma chance para ver reconhecidos os danos materiais sofridos em decorrência do desfazimento de negócios e da negativa de financiamento a seu favor, por parte de instituições bancárias.

O pleito do recorrente não encontra suporte legal. Os danos materiais não se presumem, mas devem ser cabalmente comprovados. TJ-PE - APL: 582373020108170001 PE 0058237-30.2010.8.17.0001, Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data de Julgamento: 12/01/2012, 3ª Câmara Cível.

A terceira decisão determina claramente a diferença entre dano material e perda da chance, adotando o critério defendido neste estudo.

No caso dos autos, entretanto, observo que o prejuízo suportado pela parte autora não configura danos emergentes ou lucros cessantes. Na verdade, não há qualquer elemento nos autos que autorize a conclusão de que a parte autora sairia vitoriosa no processo licitatório. Havia apenas a possibilidade de sua participação. TJ-PE - APL: 1034791220108170001 PE 0103479-

12.2010.8.17.0001, Relator: Antônio Fernando de Araújo Martins, Data de Julgamento: 26/04/2012, 6ª Câmara Cível.

A quarta decisão trata a perda de uma chance como dano moral, não realizando portanto, a distinção entre as duas categorias de dano conforme o posicionamento defendido neste estudo. Abaixo, exemplifico com fragmento do julgado ora em análise, no qual se fala da indenização pelo dano moral, e não se fala na chance perdida, do que concluímos que são tratados como um único dano.

Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de uma determinada soma às vítimas, quantificada mediante "arbitrium boni viri" do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação da ofendida. TJ-PE - REEX: 10066320108170480 PE 0001006-63.2010.8.17.0480, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 22/05/2012, 1ª Câmara de Direito Público.

O quinto julgado faz a distinção entre perda da chance e as demais categorias de dano, de acordo com o pensamento doutrinário defendido neste trabalho.

Portanto, nesses casos, o correto seria a fixação de indenização pelos danos decorrentes da perda de uma chance, cumulados com indenização por dano moral, devido ao sofrimento experimentado, como no caso em análise. TJ-PE-APL: 151912520098170001 PE 0015191-25.2009.8.17.0001, Relator: José Carlos Patriota Malta, Data de Julgamento: 11/09/2012, 6ª Câmara Cível.

A sexta decisão não faz distinção entre dano moral e o dano pela perda da chance, conforme se depreende da leitura do texto abaixo.

Dano moral que prescinde de comprovação a medida que decorre do próprio fato. - Montante fixado a título de danos morais em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. TJ-PE - AGV: 476649320118170001 PE 0023150-45.2012.8.17.0000, Relator: Itabira de Brito Filho, Data de Julgamento: 18/12/2012, 1ª Câmara Cível

O último julgado faz a diferenciação entre dano moral e perda de uma chance, mantendo o valor da indenização do dano moral e indeferindo o dano pela perda de uma chance.

A negativação por débito inexistente presume o dano moral. (...) Para fazer jus à reparação pela "perda de uma chance", cabe à vítima demonstrar esta circunstância. TJ-PE - APL: 54391320108170480 PE 0005439-13.2010.8.17.0480, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 15/01/2013, 2ª Câmara Cível.

c) Quanto ao cálculo do valor indenizatório

A primeira decisão quantifica o dano denominado de perda de uma chance, da mesma maneira como se calcula o lucro cessante, ou seja o valor exato de quanto se deixou de ganhar. Isso reforça o argumento já citado, de que este caso não trata de perda de uma chance e sim de dano material, constituído por lucros cessantes.

“(…) DANO MATERIAL - PAGAMENTO SALDO DEVEDOR AO FIES - APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PENSIONAMENTO DEVIDO - DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS - PRESTAÇÕES MENSAS ATÉ A IDADE EM QUE O FALECIDO COMPLETARIA 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS (…)”

O segundo julgado indeferiu o pedido de indenização pela perda da chance, logo, não foi realizado cálculo do quantum indenizatório.

A terceira decisão quantifica o dano de forma semelhante à quantificação do dano moral, não atendendo, portanto, ao pensamento delineado neste estudo.

Com relação ao quantum indenizatório, verifico que o valor arbitrado em R\$ 3.000,00, está abaixo do aplicado nesta Corte, de acordo com a extensão do dano e, principalmente, pela capacidade econômica das partes. Deste modo, acolho o recurso interposto pela autora para majorar o valor da indenização para a quantia de R\$ 10.000,00, que atende melhor ao fim punitivo e preventivo da indenização. TJ-PE - APL: 1034791220108170001 PE 0103479-12.2010.8.17.0001, Relator: Antônio Fernando de Araújo Martins, Data de Julgamento: 26/04/2012, 6ª Câmara Cível.

A quarta decisão fixa o valor do dano de forma semelhante à quantificação do dano moral, também não atendendo ao pensamento delineado neste estudo.

(…)Utilizando parâmetros desta Corte e as nuances que o caso requereu é imperiosa a manutenção da indenização por danos morais na quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (...). TJ-PE - REEX: 10066320108170480 PE 0001006-63.2010.8.17.0480, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 22/05/2012, 1ª Câmara de Direito Público.

O quinto julgado fixa cumulativamente danos materiais, extrapatrimoniais e perda da chance, conforme defende-se neste trabalho. No entanto, para o cálculo do dano pela perda da chance utilizou critério semelhante ao do lucro cessante, divergindo do que se preceitua neste estudo. Abaixo compila-se parte da decisão de primeiro grau, que como foi mantida na íntegra, traduz o pensamento do segundo grau.

(…) perda da chance do concurso público para soldado do Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco – CBMPE, o que fica de logo fixado no equivalente a 24 (vinte e quatro) de remuneração básica da categoria (soldo da primeira classe), contando-se desde o ingresso da ação, expungidas quaisquer gratificações, adicionais ou abonos, tais como gratificação natalina, periculosidade, terço de férias, auxílio transporte, etc. (...).TJ-PE-APL: 151912520098170001 PE 0015191-25.2009.8.17.0001, Relator: José Carlos Patriota Malta, Data de Julgamento: 11/09/2012, 6ª Câmara Cível.

Tabela 1 – Distribuição das decisões do TJPE quanto aos critérios de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance

Critério de aplicabilidade	Sim	Não	Não se aplica	TOTAL
Quantificar proporcionalmente a seriedade da chance	1	5	1	7
Considerar a chance perdida como dano específico	3	4	0	7
Calcular quantum indenizatório considerando a quantificação do dano	0	5	2	7

A sexta decisão calcula o valor da indenização conforme o critério de quantificação de danos morais, conforme se observa abaixo.

Com relação ao quantum indenizatório, é certo que a reparação do dano há de ser estipulada em consonância com as circunstâncias de cada caso e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido, evitando-se, portanto, que se converta em fonte de enriquecimento ou se revele inexpressiva, mas se mostrando hábil a infligir sanção ao causador do dano, de modo a coibir a reiteração da prática de atos ofensivos à personalidade de outrem. (...), entendo que o montante arbitrado pelo juízo monocrático em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra de acordo com os parâmetros utilizados por este tribunal (...). TJ-PE - AGV: 476649320118170001 PE 0023150-45.2012.8.17.0000, Relator: Itabira de Brito Filho, Data de Julgamento: 18/12/2012, 1ª Câmara Cível.

A última decisão indeferiu o pedido da perda da chance, e por isso, não há cálculo indenizatório.

3.3 Comentários acerca dos critérios de aplicabilidade nos julgados do TJPE

Com a finalidade de facilitar a visualização dos dados obtidos neste estudo, elaborou-se a Tabela 1, a qual exhibe como os julgados do TJPE se comportaram diante dos critérios de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance defendidos neste estudo. Ou seja, distribui as decisões quanto a adoção ou não dos critérios de aplicabilidade mencionados. Em seguida serão realizados comentários quanto à percepção da autora deste estudo frente aos resultados encontrados.

Diante dos dados já expostos, observa-se que o TJPE não mantém em suas decisões uma uniformidade quanto aos critérios adotados no tratamento dos casos que versam sobre a teoria

da perda de uma chance, o que de certa forma, dificulta a formação de um entendimento geral da Corte sobre a matéria. Isso ainda é frequente nos tribunais brasileiros.

No direito pátrio, o tratamento sistemático da matéria é recente. Dessa forma, podem ser observadas decisões que utilizaram requisitos de aplicação diversos para julgar espécies que poderiam ser encaixadas na mesma teoria, caso fossem tratadas de forma sistemática. Isso dificultou a consolidação das condições gerais de aplicação da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance.⁷⁴

Quanto à identificação da chance perdida, todas as decisões mencionaram este critério. Em um dos julgados este critério da quantificação não se aplica, tendo em vista que se trata de dano material, consistente em lucro cessante, conforme já comentado. Apenas uma decisão quantificou, do que se depreende que há grande dificuldade em quantificar proporcionalmente a probabilidade de ocorrência do resultado final, e assim, verificar se a chance era séria. Tal fato é perfeitamente compreensível tendo em vista a complexidade das situações julgadas.

No entanto, como dito anteriormente, a doutrina é unânime ao reconhecer que essa determinação matemática de quanto a chance é séria, é fundamental para a aplicação sistemática da teoria objeto deste estudo, em especial para a definição do quantum indenizatório. A aprovação do enunciado 443, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, comprova essa coesão doutrinária.⁷⁵ O referido enunciado preconiza, no seu Art. 927, que

A responsabilidade civil pela perda de uma 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.

Como sugestão, para viabilizar esse cálculo matemático, poderia ser solicitado à vítima que fizesse prova da seriedade da chance perdida, como por exemplo: solicitar documento informando quantas empresas entraram na concorrência e assim quantificar a chance de ganhar a licitação; solicitar perícia médica determinando as chances de sobrevivência caso a paciente tivesse sido atendida imediatamente e caso não seja possível, considerar a aplicação de causalidade parcial; solicitar prova de quantos inscritos no concurso, e se a perda da oportunidade ocorreu quando este já estava em andamento, o número de aprovados nesta fase do certame.

⁷⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 14-15.

⁷⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 220.

Conforme a doutrina,

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando oportunidades perdidas.⁷⁶

Em relação ao critério de adotar a perda da chance como uma categoria específica de dano, e portanto, distinta das demais, observou-se que três decisões assim o fizeram. As outras quatro trataram como se a chance perdida fosse igual ao dano moral ou dano material, em especial, lucro cessante, e por isso, nestes casos, houve uma indenização única e não cumulativa dos danos.

Para a definição do quantum indenizatório, nenhuma decisão utilizou o critério definido neste estudo. Em dois julgados este critério não se aplica, tendo em vista que o pedido de indenização pela perda da chance foi indeferido, e portanto, não é possível avaliar o cálculo do quantum indenizatório. Nas demais, foram utilizados os critérios de cálculo do dano moral e do lucro cessante para determinar a indenização pela chance perdida, nos casos em que se tratou como um dano distinto, foi concedido cumulativamente com outros danos. Nos casos em que não se fez a distinção, houve uma indenização única, ora calculada como dano moral e ora como lucro cessante, a depender do caso concreto. Tal situação é compreensível na medida em que era necessário estabelecer um critério e como não se quantificou a proporção da seriedade da chance, essa foi a solução jurídica encontrada.

Esse fato confirma a doutrina segundo a qual “a jurisprudência, repita-se, ainda não firmou entendimento sobre essa questão, ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes”.⁷⁷

Diante do exposto, a aceitação da teoria objeto deste estudo como dano certo se revela como meio que o direito pátrio vem seguindo, e deverá continuar a seguir, pois o ordenamento jurídico brasileiro não faz objeção à aplicabilidade desta teoria. Também defende-se que a proposta apresentada sobre a quantificação do dano, está em sintonia com o direito positivo.⁷⁸

Entretanto, é muito reduzida a quantidade de doutrinadores nacionais que tratam da questão da natureza jurídica das chances perdidas, e por isso, acredita-se que o tratamento das

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.77.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 80.

⁷⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

chances perdidas como categoria específica de dano ou como aplicação de causalidade parcial, ainda não está amadurecido no Brasil, assim como o é em outros países.⁷⁹

Então, observa-se que o TJPE, assim como diversos tribunais no Brasil, ainda não adotou um tratamento sistemático para decidir casos que tratem da teoria da perda de uma chance, adotando critérios diversos para decidir sobre a mesma teoria.

Reconhece a perda da chance como dano, mas ora entende ser uma categoria específica e ora trata como dano moral ou dano material, não foi identificado o uso de causalidade parcial. Observa-se, portanto, um conflito acerca da definição da natureza jurídica da perda da chance neste tribunal, pois, por vezes trata como categoria específica de dano e por vezes não o faz.

O cálculo do quantum indenizatório é realizado tomando por base o método para cálculo do dano material ou moral, não observando tecnicamente a probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem esperada. Tal forma de calcular a indenização é esperada, na medida em que, na maioria dos julgados analisados, não determinou o quanto a chance era possível de se tornar uma realidade, impossibilitando a aplicação do critério definido neste trabalho para o cálculo do valor indenizatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Responsabilidade civil é o instituto do direito civil, ramo do direito das obrigações, que define os eventos danosos relevantes, estabelece uma relação de causalidade entre o evento e o prejuízo sofrido pela vítima; para, em seguida, impor a obrigação de indenizar com a finalidade de recompor o conflito e restabelecer o equilíbrio que existia antes da ocorrência do dano.

O conceito de responsabilidade, consistente em reparar um dano causado injustamente, sempre existiu. O que mudou ao longo do tempo, foi a maneira como este dano deveria ser reparado, com a finalidade de atender aos anseios da sociedade em manter um bom convívio. Assim, dessa necessidade social surgiu a teoria subjetiva, em seguida a objetiva, que não substituiu a primeira, mas sim a complementa, e modernamente, somando-se às teorias anteriores, a perda de uma chance, que tornou possível reparar este tipo de dano que outrora não era sequer reconhecido, e portanto, a vítima suportava sozinha todo o prejuízo que fora lhe causado injustamente.

⁷⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

Se o avanço da ciência tornou possível mensurar o quanto de chance teria a vítima, então, o direito não poderia desprezar essa possibilidade e fugir à sua finalidade. Se há um conflito intersubjetivo de direitos, cabe a ciência do direito solucioná-lo utilizando as ferramentas disponíveis. E a teoria da perda de uma chance é uma importante ferramenta para a compensação de danos.

A “perda de uma chance” é uma categoria específica de dano, no qual o fato gerador provoca diminuição de probabilidades de obter êxito no futuro, ou por meio de obtenção de uma vantagem ou evitando um prejuízo. Então, o dano é configurado pela perda da chance por si só, e não pelo resultado final esperado pela vítima. Para que este dano seja ressarcível, a chance deve ser séria, ou seja, deveria haver uma grande probabilidade do evento futuro se concretizar. Além disso, devem estar presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil, conduta culposa e nexo causal.

A adoção de critérios gerais de aplicabilidade da teoria objeto deste estudo tem grande importância, pois, direciona a atividade dos operadores do direito de tal forma a uniformizar as condutas, sistematizando a matéria. Nesse estudo, não se fez a análise de todas as condições necessárias para que uma ação que verse sobre responsabilidade civil pela perda de uma chance fosse procedente, mas atentou-se apenas para as características que diferenciam esta espécie das demais categorias de dano.

A seriedade da chance perdida é um importante critério de aplicabilidade da teoria em estudo. Devendo esta constituir-se em expectativa objetivamente mensurável por meio de probabilidade, não importando, portanto, a sua natureza. Deverá configurar um prejuízo de ordem material ou imaterial resultante de um fato consumado, não de mera possibilidade aleatória. Diante destas características, constatou-se que a verificação deste critério somente é possível por meio da análise do caso concreto.

Como já fora afirmado, a chance indenizável pode ser ou não de conteúdo patrimonial. Até porque o que se indeniza é a perda da oportunidade futura e não os ganhos perdidos, esses são chamados de lucros cessantes. E é por este motivo que a perda de uma chance pode ser cumulada, com pedido de danos materiais e morais.

A principal regra a ser observada na quantificação do dano, prescreve que a reparação da chance perdida deve ser sempre menor que o valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Ou seja, não pode ser igualada à vantagem que teria resultado esta chance, se ela tivesse se realizado.

Neste estudo, defendeu-se que este critério é muito coerente, pois, permite a reparação do dano de maneira justa e equitativa, tanto para a vítima quanto para o agente causador do

dano. Entendeu-se que não seria justo pagar integralmente pelo resultado final, na medida em que não é possível saber se este resultado se concretizaria ou não. Então, nada mais justo que considerar como dano ou resultado, a própria chance perdida, e não o resultado final esperado. Dessa forma, calcular a probabilidade da concretização deste resultado, utilizando este valor como subsídio para o cálculo do valor indenizatório.

Na análise quantitativa dos dados da pesquisa, foram encontrados 7 (sete) julgados nos quais o TJPE se referiu à teoria da perda de uma chance, até dezembro de 2013. Após a publicação da primeira decisão em fevereiro de 2009, ocorreu um período de três anos sem que houvesse decisões que versassem sobre esse tema. Em 2012, foram julgados cinco casos envolvendo a responsabilidade civil pela perda de uma chance, e em 2013 apenas um caso.

Observou-se também um grande lapso temporal decorrido entre a primeira decisão que versa sobre a matéria em estudo, proferida no Brasil pelo TJRS em 1990, e a primeira decisão do TJPE em 2009, um significativo intervalo de 19 anos. Disso indagou-se que o TJPE apresentou certa resistência em relação aos casos de responsabilidade pela perda de uma chance.

Constatou-se que o número de julgados do TJPE é muito tímido, demonstrando que o estágio da jurisprudência do Tribunal pernambucano é ainda incipiente.

Da análise qualitativa das informações obtidas, verificou-se que o TJPE, assim como diversos tribunais no Brasil, ainda não adotou um tratamento sistemático para decidir casos que tratem da teoria da perda de uma chance, adotando critérios diversos para decidir sobre a mesma teoria.

Observou-se ainda que este Tribunal reconheceu a perda da chance como dano, mas ora entendeu ser uma categoria específica de dano, inclusive cumulando com a indenização por danos materiais e morais, e ora tratou como dano moral ou material. Não foi identificado o uso de causalidade parcial. Logo, foi identificado um conflito acerca da definição da natureza jurídica da perda da chance neste tribunal, pois, por vezes trata como categoria específica de dano e por vezes não o faz.

O cálculo do quantum indenizatório foi realizado tomando por base o método para cálculo do dano material ou moral, não observando tecnicamente a probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem esperada. Tal forma de calcular a indenização é esperada, na medida em que, a maioria dos julgados analisados, não determinou o quanto a chance era possível de se tornar uma realidade, impossibilitando a aplicação do critério definido neste trabalho para o cálculo do valor indenizatório.

Como sugestão, para viabilizar o cálculo matemático do valor da chance perdida e assim possibilitar a quantificação do dano conforme a doutrina defendida neste estudo, poderia ser

solicitado à vítima que fizesse prova da seriedade da chance perdida, como por exemplo: solicitar documento informando quantas empresas entraram na concorrência e assim quantificar a chance de ganhar a licitação; solicitar perícia médica determinando as chances de sobrevivência caso a paciente tivesse sido atendida imediatamente e caso não seja possível, considerar a aplicação de causalidade parcial; solicitar prova de quantos inscritos no concurso, e se a perda da oportunidade ocorreu quando este já estava em andamento, o número de aprovados nesta fase do certame.

Com este trabalho, pretendeu-se contribuir ao mostrar um caminho para a solução de conflitos que envolvam a teoria em estudo, e não apontar falhas ou ainda dizer que um ou outro método é equivocado.

REFERÊNCIAS

AITA, Rodrigo Antola. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Brasil**. 2012. 108f. Monografia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. p. 92. Disponível em:
<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67412/000872766.pdf?sequence=1>>.
Acesso em: 22.01.14.

AYRÃO. Vladimir Mariani Kedi. **Breves Apontamentos sobre o Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/vladimirayrao.pdf>. Acesso em: 24.03.14.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito das famílias: utilizar com moderação.** Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/paginas_83_100.pdf>. Acesso em: 19.04.14.

GIUSTINA, Vasco Della. **Responsabilidade civil dos grupos.** Rio de Janeiro: Aide, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** v.4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 19.04.14.

MOURA, Caio Roberto Souto de. **Responsabilidade civil e sua evolução em direção ao risco no novo código civil.** Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev02/01_artigo_resp_civil_em_dir_ao_risco_no_novo_cod_civil.pdf>. Acesso em: 23.03.14.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** v.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVA, Bruno Karaoglan. **Dano estético: Autonomia e cumulação na responsabilidade civil.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista%20artigos_leitura&artigo_id=6920>. Acesso em: 19.04.14.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 4 ed. São Paulo: Forense, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** v. 4. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. v.4. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANEXO A

TJ-PE - AC: 176874 PE 00072478520048170990, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 03/02/2009, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 35

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ATROPELAMENTO CAUSADO PELO PREPOSTO DA RÉ. MORTE DO FILHO DA AUTORA. I-PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA/APELADA, REJEITADA POR UNANIMIDADE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE - II-AGRAVO RETIDO, EM FACE DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DE TESTEMUNHA, DESPROVIDO UNANIMEMENTE - III-MÉRITO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - VÍTIMA FATAL - CONDUTA ILÍCITA E CULPOSA DO AGENTE DEMONSTRADA. NEXO CAUSAL CARACTERIZADO. PREJUÍZOS CONFIGURADOS. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA RECORRENTE PELO DANO MORAL CAUSADO, ADVINDO O DEVER DE INDENIZAR. DIMINUIÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. AFASTADA. MANUTENÇÃO DA FIXAÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DANO MATERIAL - PAGAMENTO SALDO DEVEDOR AO FIES - APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PENSIONAMENTO DEVIDO - DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS - PRESTAÇÕES MENSAS ATÉ A IDADE EM QUE O FALECIDO COMPLETARIA 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS - ART. 11, § 1º DA LEI Nº 1.060/50 - INTELIGÊNCIA - OBSERVÂNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO DIPLOMA PROCESSUAL VIGENTE - AFASTADA COMPENSAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT)- PAGAMENTO NÃO COMPROVADO - DESNECESSIDADE MANIFESTAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUICIONAIS, LEGAIS E INFRALEGAIS

- MATÉRIA ENFRENTADA NÃO É EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. UNANIMEMENTE NEGOU-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO DA RODOTUR TURISMO E DO UNIBANCO AIG SEGUROS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORA/APELADA PARA PLEITEAR RESSARCIMENTO DE SALDO DEVEDOR JUNTO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Entende o recorrente que com o falecimento do estudante/mutuário a obrigação de pagar a dívida remanescente do FIES passou a ser dos fiadores, por isso somente eles devem pleitear o referido ressarcimento. No caso sob apreciação, aplica-se o embrionário princípio da adaptabilidade, mediante o qual "a flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, no entanto, fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo". Em que pese a cláusula contratual que prevê que os fiadores são os principais devedores, em face da morte do estudante, não se deve deixar de atentar para o fato de que a apelada, mãe do mutuário falecido e, efetivamente, principal prejudicada, também participou da aludida avença, na qualidade de representante de seu filho que, à época, era menor de idade. Portanto, é indubitável a sua legitimidade para pleitear referidos valores. AGRAVO RETIDO EM FACE DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DE TESTEMUNHA A alegação de que a testemunha era amigo íntimo da vítima não restou configurada a ponto de ensejar a suspeição disposta no inc. III do § 3º do art. 405 do CPC. Na hipótese dos autos o depoente atravessava a rua juntamente com a vítima quando ocorreu o fatídico atropelamento, e melhor do que ninguém tem condições de dizer o que realmente aconteceu. Precedente do STJ: "(...) sendo certo que o fato de testemunhas terem amizade com o autor por si só não as desqualifica quando se sabe que também estavam no local em que ocorreu o evento danoso." (REsp 625000/RJ, rel. Min. Menezes Direito - DJ 21.05.2007, p. 571). MÉRITO- A hipótese dos autos enseja a responsabilidade subjetiva, eis que se trata de atropelamento causado por empresa concessionária de serviço público contra terceiro não usuário de serviço público delegado. Presentes os requisitos da responsabilidade civil subjetiva (conduta, dano, nexo de causalidade e culpa), nasce a obrigação para a empresa/ré, por força do disposto no art. 927 do CC c/c com o art. 932, III, de reparar os danos causados à autora, mãe da vítima. As provas colacionadas aos autos afastam a hipótese de culpa exclusiva da vítima. Restou evidenciado pelos depoimentos que o de cujus atravessava a rua na faixa de pedestres, quando foi atropelado pelo ônibus da recorrente, que trafegava em alta velocidade, avançara o sinal, invadindo a outra faixa de rolamento bem como a faixa de pedestres. Avaliando-se os sentimentos de dor, tristeza e sofrimento pela perda do filho, vítima de acidente automobilístico, valores estes puramente subjetivos não apreciáveis economicamente e, considerada a culpa da empresa, não se mostra exorbitante a indenização arbitrada por danos morais em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Revela-se aquém dos valores que estão sendo arbitrados pelas 3ª e 4ª turmas do STJ: "Admite o STJ a redução do quantum indenizatório, quando se mostrar desarrazoado, o que não sucede na espécie, em que houve morte decorrente de acidente de trânsito, dado que as Quarta e Terceira Turmas desta Corte têm fixado a indenização por danos morais no valor equivalente a quinhentos salários mínimos, conforme vários julgados." (Resp 773075/RJ; Recurso Especial 2005/0134134-2; Rel. Min. Fernando Gonçalves; T4, julg. Em 27/09/2005, pub. DJ 17.10.2005, p. 315). É devido o pagamento de indenização, a título de danos materiais, no valor correspondente a dois salários mínimos mensais, em favor da recorrida, a partir do evento até a data em que o falecido, se vivo fosse, completaria 65 anos de idade. Possibilidade de cumulação de danos morais e pensionamento, precedentes do STJ - "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato" (Súmula nº 37 do STJ). A jurisprudência predominante atualmente no Eg. STJ tem ampliado o termo ad quem do pensionamento devido aos parentes da vítima, até a data em que esta completaria sessenta e cinco anos de idade, analisando sempre as peculiaridades de cada caso, para o fim de estabelecer o ressarcimento. Constituição de capital garantidor - Súmula 313/STJ - "Em ação de indenização, procedente o

pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado." Termo inicial dos juros moratórios - o STJ editou as Súmulas 43 e 54, uniformizando a aplicação dos juros, pacificando de vez a jurisprudência de nossos tribunais, fixando para os casos de indenização por dano moral, a incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso, e a incidência da correção monetária a partir do efetivo prejuízo. Fixação dos honorários advocatícios em, no máximo, 15% (quinze por cento), por ser a autora/recorrida beneficiária da justiça gratuita. STJ firmou o entendimento de que a limitação do art. 11, § 1º da Lei nº 1.060,50, com o advento do CPC/73, não tem mais aplicação. Dano material - pagamento saldo remanescente de contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil - FIES. Aplicável ao caso a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a qual consagra a indenizabilidade da perda de uma chance quando referida oportunidade perdida tenha algum valor, do qual foi privada. In casu, o atropelamento que culminou com a morte do estudante/mutuário, retirou de sua genitora a chance que mesma teria de ver o referido débito quitado, pelo seu filho, quando este terminasse o curso, e começasse a trabalhar. Quanto ao abatimento do seguro DPVAT, não restou comprovado nos autos o recebimento da referida verba. Assim, não sendo provado pagamento, nada existe a compensar. Desnecessária manifestação expressa de dispositivos legais mencionados pelo apelante, tendo em vista que a questão enfrentada não se trata de matéria exclusivamente de direito, mas sim delineada com base nos fatos, já devidamente comprovados no bojo dos autos.

ANEXO B

TJ-PE - APL: 582373020108170001 PE 0058237-30.2010.8.17.0001, Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data de Julgamento: 12/01/2012, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. FIXAÇÃO ADEQUADA AO CASO CONCRETO. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1.Descabida a cobrança das astreintes, devido à demora na retirada do nome da empresa dos cadastros de proteção ao crédito, porquanto intimado da decisão judicial no dia 29.11.2010, o SERASA - Experian comunicou o seu efetivo cumprimento empresa em 01.12.2010. 2.Inexistem elementos hábeis à efetiva aplicação de multa diária. Novo apontamento em nome da empresa apelada, em 21.12.2010, referente a cheques sem fundo, com base no cadastro do Banco Central, discutível, portanto, a ingerência do SERASA na inserção de restrição de crédito que possa vir a sofrer a empresa apelante. 3.O SERASA não é parte na presente demanda, logo não participou do trâmite regular do processo, de modo a exercer qualquer direito de defesa quanto ao fato que ora lhe é imputado. Nada obsta, no entanto, futuro ajuizamento de ação própria pela empresa apelante, no intuito de buscar a reparação que entender devida. 4.A existência, no mesmo período, de pelo menos mais uma pendência financeira, oriunda de contrato firmado com outra instituição bancária desautoriza a imputação exclusiva ao apelado pelos percalços pelos quais tenha passado a empresa apelante, em decorrência da negativação de seu nome dos órgãos de proteção creditícia. Nestas circunstâncias, proporcional e razoável se mostra a verba indenizatória originalmente imposta

a título de danos morais. 5. Em que pese ter restado frustrada a pretensão da apelante de celebrar contratos de compra e venda e financiamento bancário, tal ocorrência não se presta a gerar dano material, pois a não concretização de tais avenças não produziu qualquer redução ao seu patrimônio. Não havendo efetivo prejuízo material não há razão para condenação a tal título. 6. Ainda se aplicada a teoria da perda de uma chance, o insucesso nas tratativas negociais mantidas pela empresa apelante não poderia ser cominado ao banco, porquanto restou provada a existência de outras pendências financeiras em nome da empresa desde novembro de 2010. Assim não há como se responsabilizar o apelado ou mesmo o SERASA pela chance negocial supostamente perdida. 7. Recurso improvido. Da presente decisão não resulta violação ou negativa de vigência aos arts. 5º, V e XXXVI, e 145, § 1º da CF; bem como dos arts. 186, 402, 927, 948 e 949 do CC.

ANEXO C

TJ-PE - APL: 1034791220108170001 PE 0103479-12.2010.8.17.0001, Relator: Antônio Fernando de Araújo Martins, Data de Julgamento: 26/04/2012, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 87

DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO DE DOCUMENTOS. PROBLEMAS TÉCNICOS NA AERONAVE. FATO INERENTE À ATIVIDADE. ATRASO NA ENTREGA DA ENCOMENDA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 14, CAPUT, DO CDC. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA O QUANTUM DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). PROVIMENTO DO RECURSO IMPETRADO PELA CONCREPOXI ENGENHARIA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DA TAM - LINHAS AÉREAS. Observa-se dos autos que a ocorrência de problemas técnicos na aeronave da empresa não configura hipótese de força maior, na medida em que se constitui em fato inerente à atividade de transporte aéreo. O juiz a quo estabeleceu indenização de acordo com a teoria da perda de uma chance, pois não se teria como saber se a empresa autora ganharia a licitação, mas a transportadora impediu que a autora pelo menos participasse de tal processo licitatório. Verifica-se, portanto, a Responsabilidade Civil da apelante, independentemente de culpa, pelos danos à empresa Concrepoxi Engenharia, segundo o teor do art. 14, caput, do CDC.

ANEXO D

TJ-PE - REEX: 10066320108170480 PE 0001006-63.2010.8.17.0480, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 22/05/2012, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 112/2012

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO DE CARUARU. ALEGAÇÃO DE QUE A MORTE DA PACIENTE DECORREU DA AUSÊNCIA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. FALTA DE ATENDIMENTO ADEQUADO EM HOSPITAL MUNICIPAL. FALHA NO ATENDIMENTO. COMPROVADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONHECIDA. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME. 1- A questão sob análise estaciona na responsabilidade civil do município de Caruaru, independente de ser esta objetiva ou subjetiva, em decorrência da negativa de atendimento médico a Sra. Zilma de Azevedo, vítima de infarto agudo do miocárdio. 2- Tal fato foi reconhecido pela municipalidade tanto na sua peça contestatória como nas suas razões recursais, ante a "justificada" falta de leitos no Hospital do Coração de Caruaru (HCC). 3- Conforme relatado pelas testemunhas, inclusive pelo motorista da ambulância (servidor do município), houve uma peregrinação da paciente em busca de atendimento, mas o ponto crítico a ser destacado é o fato da mesma sequer ter sido estabilizada quando da sua chegada no HCC. 4- O nexo de causalidade se apresenta cristalino na medida em que se a Sra. Zilma tivesse sido internada, ou ao menos, tivesse sido atendida, ainda que dentro da ambulância, não era garantido que iria sobreviver, mas concederia uma chance, razão pela qual deve ser aplicada ao caso a Teoria da Perda de uma Chance. 5- As teses levantadas no apelo voluntário de que a autora "em nenhum momento trouxe provas que comprovassem o seu direito" e da ausência de aporte financeiro do município, não merecem prosperar. 6- Os

fatos estão devidamente comprovados, sejam pelos documentos acostados, sejam pelos depoimentos das testemunhas e, segundo porque, a questão primordial - falta de leito- foi reconhecida pelo município apelante. 7- Com relação ao valor da indenização, a doutrina e jurisprudência são acordes em que a reparação do dano moral faz-se à parte dos danos patrimoniais e deve compensar a dor ou o sofrimento causado, procedendo-se ao pagamento de uma determinada soma às vítimas, quantificada mediante "arbitrium boni viri" do juiz, tendo-se em vista as posses do ofensor e a situação da ofendida. 8- Utilizando parâmetros desta Corte e as nuances que o caso requereu é imperiosa a manutenção da indenização por danos morais na quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). 9- Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao reexame necessário. Por maioria de votos, manteve-se o quantum debeatur do dano moral em R\$ 100,000,00 (cem mil reais).

ANEXO E

TJ-PE - APL: 151912520098170001 PE 0015191-25.2009.8.17.0001, Relator: José Carlos Patriota Malta, Data de Julgamento: 11/09/2012, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 175

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA À UNANIMIDADE - MÉRITO - CONJUNTO PROBATÓRIO COMPROVA CABALMENTE A RELAÇÃO ENTRE A CONDUTA DO PREPOSTO DA PARTE RÉ/APELANTE E O ACIDENTE - APLICAÇÃO DO ART. 14 DO CDC E DOS ARTS. 734 E 735 DO CC - RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR DE PASSAGEIROS - APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS - SENTENÇA PRESERVADA- APELO DESPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME.

ANEXO F

TJ-PE - AGV: 476649320118170001 PE 0023150-45.2012.8.17.0000, Relator: Itabira de Brito Filho, Data de Julgamento: 18/12/2012, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04

PROCESSUAL CIVIL. CDC. RECURSO DE AGRAVO. SERVIÇO BANCÁRIO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ERRO OPERACIONAL EM PAGAMENTO DE INSCRIÇÃO PARA CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA IMPEDIDA DE REALIZAR A PROVA. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTO NOVO. RECURSO IMPROVIDO. À UNANIMIDADE. - Instituição financeira fornecedora de serviço responde objetivamente pela falha na prestação do serviço, conforme prevê o Art. 14, do CDC. - Possível a incidência da regra da inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do CDC, a fim de facilitar a defesa do consumidor, sem deixar de considerar a obrigação do demandante comprovar os fatos constitutivos do seu direito. - Pagamento de inscrição para prestação de concurso público, devidamente repassado e acatado pelo banco, mas, por algum erro, não foi confirmada a inscrição. - Candidata impossibilitada de prestar o concurso por ausência de reconhecimento do pagamento da inscrição. - Responsabilidade civil pela perda de uma chance, eis que foi retirada da candidata a oportunidade de obter sua aprovação no concurso público, desaparecendo qualquer probabilidade de aprovação, pois sequer constava como inscrita. - Dano moral que prescinde de comprovação a medida que decorre do próprio fato. - Montante fixado a título de danos morais em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. - Ausência de argumento novo capaz de afastar os fundamentos defendidos na decisão terminativa agravada. - Recurso improvido à unanimidade.

ANEXO G

TJ-PE - APL: 54391320108170480 PE 0005439-13.2010.8.17.0480, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 15/01/2013, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13

DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. APELAÇÃO. NEGATIVAÇÃO POR DÉBITO INEXISTENTE. DANO MORAL "IN RE IPSA". ARBITRAMENTO. CONFORMIDADE DA SENTENÇA COM PARÂMETROS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS. MANUTENÇÃO DO "DECISUM". RECURSO ADESIVO. AUMENTO DA REPARAÇÃO TENDO EM VISTA A "PERDA DE UMA CHANCE". DESCABIMENTO EM FACE DA NÃO DEMONSTRAÇÃO DESTA CIRCUNSTÂNCIA PELA VÍTIMA. IMPROVIMENTO. Recurso principal. Indenização por danos morais. A negatificação por débito inexistente presume o dano moral. O arbitramento reparador obedece a critérios legais e doutrinários, dentre eles, a extensão do dano, a vedação ao enriquecimento sem causa e o caráter compensatório da verba. Sentença conforme estes balizamentos. Recurso adesivo. Para fazer jus à reparação pela "perda de uma chance", cabe à vítima demonstrar esta circunstância. Requerimento de majoração da cifra indenizatória rejeitado, ante o não preenchimento desse requisito.