

# JUSTIÇA & COMPANHIA<sup>®</sup>

ISSN 1807-779X  
472807779000 0.0333  
Edição 191 - Julho de 2016  
R\$ 16,90

MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DIRETOR-GERAL DA ENFAM

## ENFAM, CONTRIBUIÇÃO ESSENCIAL À FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS

EDITORIAL: Lupens e abutres da nação

# A responsabilidade civil pela perda de uma chance

## Análise de um caso

Mônica Lúcia do Nascimento | Juíza do TRF 2ª Região

### Teoria da perda de uma chance

Em um caso concreto o autor relata que foi aprovado em 21º lugar em concurso público promovido pela Petrobrás Transporte S/A, cujas convocações referentes às etapas do processo seletivo foram efetivadas através de telegrama, conforme previsto no item 14.13 do edital.

O autor comprovou que já havia recebido telegrama no endereço do trabalho de sua mãe (datado de 24/10/2008 à fl.26), no qual foi convocado para realização de exames no dia 5/11/2008 e informado na ocasião que “a disputa estava concluída e que ele deveria aguardar futuras orientações através de outro telegrama, e assim foi que o autor pôs-se a aguardar ansiosamente a convocação para apresentar documentos para a tão sonhada contratação”. Sendo certo, que no dia 21/11/2006 o autor deveria ter recebido outro telegrama no mesmo endereço, convocando-o para finalização dos exames médicos pré-admissionais.

O autor teve conhecimento da sua convocação, em 4 de janeiro de 2009, quando descobriu que uma candidata com classificação pior do que a sua havia recebido um telegrama de convocação no dia 2 de janeiro de 2009.

Registre-se que o autor, que servia à Aeronáutica, em São Paulo, e cuja mãe trabalhava na Praça da Bandeira, não ficando ninguém em casa para receber correspondências, agiu com cautela ao trocar o endereço de correspondência para o prédio comercial, no

qual sua mãe trabalhava, para garantir o recebimento dos telegramas da empresa.

Ocorre que o autor foi eliminado do certame por não ter comparecido, em 16 de dezembro de 2008, para realizar um exame pendente. Nos dias 21, 22 e 24 de novembro de 2008, sexta-feira, sábado e segunda-feira, respectivamente, ocorreram três tentativas de entrega do telegrama e não havia ninguém para recebê-lo no endereço indicado, segundo documento oficial emitido pela Empresa de Correios e Telégrafos.

A mãe do autor tentou reverter sua eliminação junto à empresa, mas para isso teria que obter um documento oficial da ECT retificando a informação enviada como justificativa para não entrega do telegrama, porém não obteve êxito em cumprir a exigência. Afirmou o autor que em conversa com o carteiro responsável pela entrega, este alegou que o atendimento no prédio é muito “vagaroso”, o que dificultava a entrega de correspondências em outros locais, por isso não conseguiu entregar o referido telegrama.

Diante desse quadro o autor fez uma reclamação via *email*, recebendo a seguinte resposta da ECT:

De acordo com informações prestadas pela unidade distribuidora, não é possível fazer alterações no *status* de rastreamento, porém, segue retificação do mesmo: na 1ª tentativa de 21/11/2008 às 18:10, onde consta “ausente” como nota, leia-se “empresa com expediente encerrado”, na 2ª tentativa de 22/11/2008 às 10:00, onde consta “ausente”, leia-se “empresa



Foto: Arquivo pessoal

sem expediente” e finalmente, na 3ª tentativa, onde também consta “ausente”, leia-se “houve demora no atendimento por parte do responsável pelo recebimento das correspondências no endereço do telegrama de referência”, tendo o carteiro outros telegramas a serem entregues com prazo de entrega a serem atendidos. (...).

Causa perplexidade as explicações do sr. carteiro responsável pela entrega. O funcionário da ECT agiu no mínimo de forma negligente, inviabilizando a participação do autor no certame.

Some-se a esse lamentável quadro a inércia da ré nos autos. Em pese regularmente citada, não apresentou contestação. Portanto, a aplicação dos efeitos da revelia é medida que se impõe, na forma do art. 320 do CPC.

Requer o autor, em síntese, a condenação da ECT ao pagamento de compensação por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo, bem como indenização a título de danos materiais, na modalidade de lucros cessantes, equivalente aos valores que seriam percebidos mensalmente na ocupação do emprego, da data que o autor deveria ter sido contratado até a prolação

da sentença. O autor retificou o valor dos danos materiais para R\$ 19.440,00, e de danos morais para R\$ 12.960,00.

Delineados os pontos relevantes do caso concreto passo ao exame da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da responsabilidade civil da ECT pela perda de uma chance.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, norteia a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tendo em vista os danos praticados por seus respectivos agentes a terceiros.

De acordo com o preceito constitucional antes mencionado, certo é que as pessoas elencadas no referido parágrafo respondem objetivamente pelos atos praticados por seus prepostos que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é empresa pública federal, pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço postal, de natureza pública e essencial (art. 21, X, da CF), portanto incontestável o fato de que a presente ação versa sobre a responsabilidade objetiva com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.

Diversamente das empresas estatais exercentes de atividade econômica, que estão predominantemente sob o regime de direito privado, a ECT está sob o domínio do regime público, dada a essencialidade e exclusividade do serviço postal prestado.

A responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público tem como base a teoria do risco administrativo, independente da apuração de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade entre ambos.

Como se sabe, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal, aplicada a todos os tipos de responsabilidade civil, seja extracontratual ou contratual, objetiva ou subjetiva.

Ao examinar pontualmente o tema em questão, Sérgio Cavalieri assevera que “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento”. Ressalta o mestre que Antunes Varela faz a melhor colocação da teoria para se descobrir dentre várias condições qual foi a mais adequada:

Não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua nom* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano. Assim, prossegue o festejado autor, se al-

guém retém ilicitamente uma pessoa que se apressava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar ouro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições que se verificou) não seria dado se não fora o fato ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e da experiência comum da vida (*Obrigações*, Forense, p.251-252) CAVALIERI FILHO, 2009, p.48.

Assim, demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, exsurge o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo. Não se perquire acerca da existência ou não de culpa porque a responsabilidade, neste caso, é objetiva, importando apenas o prejuízo causado a dado bem tutelado pela ordem jurídica.

Primeiramente, cabe destacar que, conforme entendimento assente no Tribunal Regional Federal da Segunda Região a ECT submete-se à regra da responsabilidade objetiva prevista no art.37, § 6º, da Constituição Federal.

Por outro lado, caso fosse aplicável à hipótese versada nestes autos as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade também seria objetiva, o que também é admitido pela jurisprudência. Destarte, adotamos essa linha de entendimento majoritário na jurisprudência, no sentido de se admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, a responsabilidade da ECT, como fornecedora do serviço postal, é objetiva, amoldando-se a hipótese ao disposto no art. 14 da Lei nº 8.078/90, em relação aos usuários de seus serviços.

Desta forma, é certo que sob quaisquer dos prismas analisados, a conclusão é no sentido de que a ECT responde de forma objetiva pelos danos que seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros. Sendo assim, levando-se em conta a norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou os dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que em ambos os casos o legislador atribuiu responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

**“** Há quem entenda como Aguiar Dias e Carvalho Santos, que a indenização se dará a título de lucros cessantes, e por isso é de difícil quantificação. (SAVI, 2009, p.39/41). Todavia, essa classificação não procede, pois a indenização a título de lucros cessantes só se dará quando a vantagem é certa, enquanto na perda de uma chance se dará quando a vantagem é aleatória, quando está ligada a um risco.”

De outro lado, percebe-se a falha de serviço da ECT contratada pela empresa realizadora do concurso para entrega do telegrama, que ocasionou prejuízo ao autor impedindo sua participação na etapa final do certame.

Para o acolhimento do pleito inicial, portanto, necessário se faz precisar a existência do dano, qual seja, impossibilidade do autor atender a convocação da empresa. Além da comprovação do fato e do dano, há que se perquirir a respeito da existência do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Sendo certo que no processo examinado o autor não deu causa à falta de entrega do telegrama, ao contrário, ele indicou como endereço para recebimento das correspondências o prédio comercial no qual sua mãe trabalhava, considerando que o autor estava trabalhando em São Paulo, e sua mãe passava o dia no trabalho. Portanto, caso deixasse o endereço de seu domicílio certamente teria problemas para receber correspondências naquela época.

Algumas considerações quanto ao concurso que se submeteu o autor se fazem necessárias. O autor foi aprovado em 21º lugar, na primeira e única fase do concurso, sendo convocado para realização de exames e entrega de documentos. Donde se conclui que existia uma chance real e séria deste ser contratado pela empresa.

Portanto, o ato ilícito é a lesão à legítima expectativa do autor de participar do processo de seleção, pois



Foto: Depositphotos

em consequência da conduta omissiva da ré resultou na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. Em outras palavras, o autor provavelmente obteria uma posição jurídica mais vantajosa, i.e., seria contratado, caso o serviço da ré não fosse defeituoso.

Nessa ordem de ideias, cai como uma luva a “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*), aplicada quando do ato ilícito resulte a perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. Vale ressaltar que o “termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance, em nosso sentir, oportunidade.” (SAVI, 2009, p.3).

Feita a digressão acima, concluiu esta Magistrada que são verossímeis as alegações constantes da peça inicial. Portanto, indiscutível a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pois houve a perda de uma oportunidade real, plausível e séria a justificar a condenação da ECT.

Por fim, importa analisar se falha na prestação do serviço de entrega de telegrama, não contestada pela ECT, enseja ou não dano moral ao destinatário.

A condenação do réu é feita a título de danos materiais ou morais?

Segundo preleciona Sérgio Savi a perda de uma chance deve ser considerada uma subespécie de

dano emergente, por ser uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, qual seja, a perda da chance de obter o resultado útil esperado.

Argumenta o autor que ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, se elimina o problema da falta de certeza do dano, bem como da existência do nexo causal entre o ato ilícito do ofensor e o dano. (SAVI, 2009, p.11).

Há quem entenda como Aguiar Dias e Carvalho Santos, que a indenização se dará a título de lucros cessantes, e, por isso, é de difícil quantificação. (SAVI, 2009, p.39/41). Todavia, essa classificação não procede, pois a indenização a título de lucros cessantes só se dará quando a vantagem é certa, enquanto na perda de uma chance se dará quando a vantagem é aleatória, quando está ligada a um risco.

Silvio de Salvo Venosa considera a perda de uma chance como uma espécie intermediária entre os lucros cessantes e os danos emergentes, e que, havendo certo grau de probabilidade, esta espécie passa a ser um dano indenizável. (SAVI, 2009, p.42).

Sérgio Cavalieri ao tratar do tema ressalta que a perda de uma chance será indenizada a título de dano patrimonial ou extrapatrimonial, dependendo do caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2009, p.75).

No direito italiano a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50%

(cinquenta por cento). Para cálculo do dano, em síntese, sobre seu valor utiliza-se a proporção de chance de obter o resultado favorável.

Parece-nos procedente o comentário de Carlos Roberto Gonçalves: “Conforme melhor doutrina, a indenização da chance perdida será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado.” (GONÇALVES, v.4, 2011, p.275)

Se é verdade que não há um entendimento majoritário na jurisprudência, não menos verdade é que em muitos julgados a perda de uma chance é concedida a título de dano moral, conforme inúmeros acórdãos por nós analisados.

Fixadas essas balizas, entendo que se mostra razoável a condenação a dez vencimentos, a título de dano moral, considerando que o valor da remuneração do cargo pretendido pelo autor era superior a um salário mínimo, pois, ao contrário, a condenação não seria capaz de inibir a reiteração da ofensa praticada pelo preposto da ECT.

Registre-se, ainda, que existe um dano decorrente da perda da possibilidade de participar das demais provas do processo de seleção, independente do dano final, que seria a obtenção do emprego. Portanto, não seria justo que o candidato, ainda prestando exames médicos, recebesse a título de indenização os valores dos salários do cargo pretendido.

Contudo, entendo que o valor da condenação não deve ser o valor do somatório dos vencimentos, porque esta quantia se relaciona com o exercício da função e, não se pode remunerar aquele que não entregou contraprestação de forma mais benéfica do que aquele que trabalhou e assumiu ônus, pois isso seria violar a isonomia.

Atenta às ponderações feitas acima, entendo que em casos como este a condenação pela perda de uma chance deve ser considerada dentro da reparação do dano moral, refletindo sobre o valor da condenação.

O valor do dano moral pode ter como base a multiplicação, por dez, do valor do salário que seria recebido pelo autor, caso fosse contratado. A correção monetária incide a contar da sentença, e os juros de mora, à taxa legal, desde o evento (data da entrega do primeiro telegrama).

O próprio autor afirma que “somente poderia informar o valor preciso dos salários que perceberia se tivesse sido regularmente contratado.” Segue afirmando que altera o valor de indenização por danos materiais para R\$ 19.440,00, e de danos morais para R\$ 12.960,00.

Entretanto, no edital consta que a remuneração mínima para o cargo de técnico de operação júnior é de R\$ 1.975,02, que multiplicado por dez perfaz

o total de R\$ 19.750,20, portanto, este deve ser o valor da condenação por danos morais.

Sem embargo, não houve nos autos outras provas de que outras circunstâncias poderiam ter frustrado a expectativa do autor de ser contratado caso o telegrama tivesse sido entregue regularmente, de modo que a falha da entrega é a causa direta do dano suportado pelo autor.

Portanto, a indenização decorreu da perda da possibilidade de conseguir a chance perdida e não pelo resultado perdido. Destarte, condenei a ré a indenizar o autor a título de danos morais suportados, arbitrados em R\$ 19.750,20. 

## Referências bibliográficas

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALTHOFF, Cláudia Regina. *Direito e moral: uma breve reflexão*. Revista Jurídica. Blumenau. v. 1/ 2. Nov. 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: atlas, 2009.
- CHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 1ª vol., São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo código civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. V.2. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 1ª vol. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo de Direito*, 23. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- OLIVERIA, J. M. Leoni de. *Teoria geral do direito civil*. vol.2. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- OLIVEIRA, José Lopes. *Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 1ª vol. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 6ª vol. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1975.