

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD**

**TADEU RIBEIRO E SILVA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA PERDA DE CHANCE  
DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO**

**SOUSA**  
**2017**

**TADEU RIBEIRO E SILVA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA PERDA DE CHANCE  
DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Msc. Admilson Leite de Almeida Júnior.

**SOUSA**  
**2017**

**TADEU RIBEIRO E SILVA**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA PERDA DE CHANCE  
DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Sousa, 27 de março de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Msc. Admilson Leite de Almeida Júnior

---

Prof. Phd. Cláudio Pedrosa Nunes

---

Prof. Ozael da Costa Fernandes

À minha mãe, devota da minha felicidade;  
e ao meu pai, que realiza um sonho  
através de mim. Sem o amor e o cuidado  
que me emanam, eu não estaria aqui.  
Este trabalho é dedicado a vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, autor e consumidor da minha fé, por me levar a lugares que antes eu sequer imaginava chegar. À minha família, por ser meu escape quando tudo parece ruir, e por sempre me fazer lembrar quem eu sou e de onde vim, para que eu possa chegar aonde quero. Aos meus amigos/irmãos, todos eles: os que me acompanharam aqui em Sousa e os que estão espalhados em outras estradas, vocês fizeram com que o percurso fosse leve, cheio de sorrisos e gerador de muitas saudades, através de memórias que levarei sempre comigo. Aos meus professores, pela paciência, respeito, e nobreza ao transmitir o tão sublime conhecimento que partilhamos, em especial ao Msc. Admilson Leite de Almeida Júnior, que com maestria me orientou ao longo de todo esse projeto. Aos amores e às pedras, que me fazem aprender todos os dias a ser melhor com o meu próximo, e que são fatores determinantes no meu crescimento como filho, irmão, amigo e eterno aprendiz. A todos vocês, o meu obrigado.

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota.”

Madre Teresa de Calcutá

## RESUMO

Ultimamente tem despontado na jurisprudência pátria casos em que candidatos perdem a chance de concorrer a vagas em concursos públicos após serem excluídos injustamente pela banca organizadora. O objetivo do presente estudo é analisar qual a responsabilidade que recai sobre o Estado quando tais situações acontecem, tomando como base os conceitos da teoria geral da Responsabilidade Civil, o surgimento da teoria da Perda de Uma Chance e como ela se caracteriza, além da análise acerca da responsabilidade objetiva dos entes públicos por danos causados pela prestação de sua atividade. Na composição deste estudo optou-se pelos métodos dedutivo e comparativo. No procedimento técnico utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e análise de livros, produções científicas, legislação e jurisprudência sobre o tema. Têm-se como resultado que o Estado é sim responsável, subsidiária ou solidariamente, pelos danos oriundos de falhas na realização dos certames para preenchimento do funcionalismo público com base na teoria francesa da Perda de Uma Chance, bastando para isso que a chance perdida seja real, a depender da análise do magistrado em cada caso concreto.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Concursos públicos.

## ABSTRACT

Lately, it has rose in the Brazilian jurisprudence cases in which candidates lose the chance to compete for vacancies in public tenders after being unfairly excluded by the organizing bank. The present study's aim is to analyze what is the responsibility that falls back over the State when such situations happen, taking as basis the concepts of the General Theory of Civil Responsibility, the Loss of a Chance's theory emerging and how it's characterized, beyond the analysis about the Public Entities' objective responsibility by the damages caused in the provision of their activities. The composition of this study was chosen by the deductive and comparative methods. In the technical procedure will be used the bibliographic research and analysis of books, scientific productions, legislation and jurisprudence on the subject. It has as result that the State is responsible, subsidiary or jointly, for the damages derived from failures in the filling of the public functionalism, based on the French Theory's Loss of a Chance, being enough for this that the lost chance be real, depending of the magistrate's analysis in each concrete case.

**Keywords:** Civil Responsibility. Loss of a Chance. Public Tenders.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	<b>11</b>
2.1 CONCEITO	11
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.3.1 Do ato ou fato	15
2.3.2 Do dano	17
2.3.3 Do nexu causal	19
<b>3 DA PERDA DE UMA CHANCE</b>	<b>24</b>
3.1 CONCEITO	24
3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	25
3.3 NATUREZA JURÍDICA	26
3.4 PRESSUPOSTOS DA PERDA DE UMA CHANCE	29
3.4.1 Dano: chance série e real	29
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE EM CONCURSOS PÚBLICOS</b>	<b>34</b>
4.1 A AÇÃO ESTATAL E O DEVER DE INDENIZAR: RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	34
4.2 OS CONCURSOS PÚBLICOS COMO FORMA DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO	38
4.3 FALHA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONCURSO E A PERDA DE UMA CHANCE DE CANDIDATOS	39
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ingressar no serviço público é o sonho de milhões de brasileiros, que veem nessas oportunidades uma chance de mudar de vida, pela estabilidade fornecida aos que são nomeados a assumirem suas funções.

E por ser um desejo de muitos mas conquista de poucos, a Constituição Federal delimitou o concurso público como sendo uma porta que dá acesso a esses espaços (art. 37, II), tudo para que se garanta, entre outras coisas, que a impessoalidade, moralidade e a eficiência que se espera da Administração Pública, seja efetivada: escolhe-se o mais preparado para desempenhar a função, de forma justa e igualitária.

Ocorre que, conforme será visto, algumas vezes esse sonho de fazer parte dos quadros de pessoal das repartições públicas acaba sendo interrompido por exclusões, desclassificações e todo azar de atos provenientes de equívocos da Administração Pública, bem como da empresa contratada para realizar o certame.

Por serem surpreendidas com algo que acabou interrompendo o curso normal dos acontecimentos, os candidatos que se viam prejudicados não podiam reclamar a vaga para o qual concorriam porque não há como se provar que o resultado final pretendido, ou seja a vaga, de fato estava ganha se tivessem sido seguidos rigorosamente as cláusulas que o edital previa, pois essa conquista depende de outros fatores para se concretizar. Mesmo assim, ainda é possível vislumbrar que algum ônus o candidato teria que suportar, já que foi excluído ou desclassificado injustamente.

Observar-se-á na jurisprudência trazida no presente estudo que a teoria da perda de uma chance começou a ser evocada por esses candidatos que se sentiam lesados. Através deste instituto da Responsabilidade Civil, a chance, em si, de continuar na disputa e conseguir a vaga almejada é vista como um bem integrante do patrimônio do candidato, e portanto sua lesão é passível de reparação.

O presente estudo visa, então, analisar a responsabilidade que o Estado tem nesses casos, considerando a responsabilidade objetiva que o mesmo detém e o seu dever de atuar em conformidade com os princípios que devem guiar a atuação de toda a estrutura estatal.

Para uma melhor compreensão, a análise do tema será feita em três

capítulos. No primeiro será abordada a teoria geral da Responsabilidade Civil, com seu conceito, evolução histórica, pressupostos, excludentes de responsabilização, além de outros conceitos que serão caros para a compreensão geral do tema. A responsabilidade foi abordada de forma geral.

No segundo capítulo é apresentada a teoria da Perda de Uma Chance, seu surgimento, conceito, evolução, natureza jurídica, além dos seus pressupostos específicos e as nuances que lhe são peculiares, como no caso do dano e a caracterização da chance como bem patrimonial.

O último capítulo traz em si a nossa problemática, explicando sobre a responsabilidade civil do Estado, a necessidade de concursos públicos para o ingresso no serviço público, e a possibilidade de responsabilizar o Estado nos casos em que candidatos são eliminados, equivocadamente, de processos seletivos para ingresso no funcionalismo público, perdendo a chance de concorrer a vaga e ser nomeado.

Optou-se neste estudo pela adoção dos métodos dedutivo e comparativo, partindo das disposições gerais acerca da responsabilidade e perda de uma chance para sua aplicação aos concursos públicos quando há falhas a serem reparadas pelo Estado. No procedimento técnico utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e análise de livros, legislação e jurisprudência sobre o tema.

## 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de iniciar a explanação da nossa problemática, é necessário que se faça um breve estudo acerca das principais características e nuances da Responsabilidade Civil, para que assim a análise feita nos próximos capítulos sejam de maior produtividade.

### 2.1 CONCEITO

A responsabilidade surgiu da necessidade, em um mundo cada vez mais moderno e pulsante, de reparar os erros e disparidades patrimoniais e morais ocasionadas por atos ilícitos dos que compõem o bojo social.

Pelas multifacetadas atividades humanas, quase impossível é que se viva hoje em um mundo sem danos, e daí a importância de um mecanismo que garanta que esses danos sejam minimizados através de sua reparação. E é justamente esse o cerne principal da responsabilidade civil, como leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo , como fato social, o problema da responsabilidade . Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano . Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar , portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio , de contraprestação , de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmerassãotambém as espécies de responsabilidade , que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica , para se ligar a todos os domínios da vida social. (2015, p.19).

Não há que se confundir, no entanto, o sentido de obrigação com o de responsabilidade, já que esta é decorrente da falta de cumprimento daquela. Enquanto a obrigação confere ao credor o direito de obter junto ao devedor a

satisfação de seu crédito, o inadimplemento desta faz surgir o direito a ser reparado, tendo-se com isso de que existe obrigação sem responsabilidade, mas não o contrário.

A responsabilidade civil, assim, integra o direito obrigacional, pois, como já fora dito, o não cumprimento de determinada obrigação, gera o direito de reparação. As obrigações que podem gerar responsabilidade para quem não as cumprir são as que decorrem da vontade humana (sejam contratos, declarações unilaterais de vontade ou atos ilícitos), e também da vontade do Estado (a própria Lei). Sendo o patrimônio do devedor responsável pelo pagamento do ressarcimento.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil passou por muitas modificações ao longo dos tempos, desde a antiguidade, quando as desavenças morais, patrimoniais ou físicas eram resolvidas na base da valentia e força, ganhando em alguns casos, inclusive, o apoio do grupo do qual o indivíduo fazia parte.

O que prevalecia era o sentimento de vingança e a justiça era feita com as próprias mãos, até que os Estados começaram a se organizar e o poder de fazer justiça passou para as mãos do Estado. Surge, assim, no séc. XXIII a.C., o chamado “Código de Hamurabi”, promulgado pelo rei da Babilônia, que trouxe a máxima da Lei de Talião, conhecida como “olho por olho e dente por dente”, onde fazia-se justiça pagando o mal com outro mal de igual ou semelhante proporção. Era o sentimento de vingança, e não de reparação de dano, que prevalecia no sistema.

No entanto, o Código de Hamurabi também foi um marco para o sistema moderno de responsabilidade civil, como traz Nehemias Domingos de Melo:

Apesar da prevalência dos princípios da Lei de Talião , o Código de Hamurabi já trazia os prenúncios do sistema de responsabilização civil moderna na exata medida em que alguns parágrafos regulavam a questão da indenização pecuniária em substituição à pena física , conforme se pode verificar no § 209, que prescrevia uma indenização consistente em valor monetário da época e assim foi redigido: “§ 209. Se um homem livre ferir a filha de um outro homem livre e, em consequências disso, lhe sobrevier um aborto , pagar-lhe-

á 10 ciclos de prata pelo aborto. (2014, p.123).

Em momento posterior, tem-se que a Lei Aquilia (286 a.C.) foi a responsável por originar a responsabilidade civil extracontratual como se conhece hoje, que considera a comprovação de culpa (subjativa). Através dessa lei, a retribuição do mal pelo mal foi substituída pela possibilidade de se punir o agressor com uma pena pecuniária.

Na Roma Antiga, Paulo Nader (2015, p.95) traz que a culpa não era levada em conta, e a reparação por danos materiais não era completa, pois se excluía do âmbito da reparação os lucros cessantes:

“Se o ofendido, em razão da conduta do ofensor, ficasse privado de exercer o seu trabalho, acumulando prejuízos, estes não eram considerados para efeito de reparação. Até o século V, antes do final da República, os romanos não consideravam a culpa como fundamento da reparação. O essencial era a consequência nociva da conduta, ou seja, os danos sofridos pelo ofendido. Era irrelevante, para a apreciação do caso, a falta de intenção ou inocência do autor da lesão.”

Na era moderna, destaca-se o Código Napoleônico de 1804, que trouxe a teoria da culpa como o fundamento caracterizador do direito de indenizar. Por este código, o primeiro estatuto de direito privado da era moderna, aquele que por ação ou omissão violar direito de outrem, causando dano, fica obrigado a reparar, após ser comprovada sua culpa, como se prevê expressamente em seus arts. 1.382 e 1.383.

Tais evoluções visam sempre permitir que os danos causados aos indivíduos sejam reparados ao máximo possível, como enfatiza Nehemias Domingos de Melo:

Constata-se que a tendência moderna do direito caminha na direção de priorizar o ressarcimento do dano, de tal sorte que a vítima se veja sempre indenizada , como princípio elementar de justiça , pois não se pode admitir que aquele que sofreu um dano se veja obrigado a assumir os prejuízos causados por outrem , em face da dificuldade de provar a culpa do infrator. (2014, p. 125)

Aqui no Brasil, o Código Civil de 1916 seguiu um sistema de reparação onde

a culpa era o fator determinante, adotando puramente uma responsabilidade subjetiva. Segundo Nader (2015, p.60), a partir do Código de Defesa do Consumidor em 1990, a responsabilidade objetiva ganha força no ordenamento pátrio, influenciando o Código Civil de 2002, que consagrou a possibilidade de responsabilização sem necessidade da aferição de culpa, como ocorre por exemplo quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano gera naturalmente um risco aos direitos de terceiros. A partir dessas inovações, é o dano, e não a culpa, o fator primordial para a verificação da necessidade de reparar.

Ao longo dos anos, então, a responsabilidade evoluiu para garantir que a justiça seja efetivada a favor de quem teve de suportar algum prejuízo, e contra quem foi responsável pela origem do dano.

### 2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que haja a obrigação de indenizar, faz-se necessário verificar a existência de determinados fatores, extraídos dos arts. 189 e 927 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

**Parágrafo único.** 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.

Ou seja, para que se vislumbre o direito de indenizar, é certo que haja um fato/ato de ação ou omissão, nexos de causalidade e um dano (moral ou material) sofrido pela vítima. Estando esses fatores presentes, também haverá o direito de ser indenizado e a obrigação de indenizar, respectivamente, os quais serão analisados de forma geral nos tópicos vindouros.

A chamada culpa do agente é considerada pela maioria da doutrina como

sendo um pressuposto específico e não geral, tendo em vista que há a modalidade de responsabilidade objetiva, que inclusive é objeto central da nossa problemática, no caso da responsabilidade atribuída ao Estado através dos atos de seus representantes, que independem da comprovação da culpa para que culminem no direito à indenização, por conta do fator de risco que permeia a atividade pública. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). Ora, se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade. (2016, p.72).

É importante frisar também que neste capítulo serão abordados os pressupostos da responsabilidade de forma genérica, não levando em conta as especificidades que possuem no que concerne à perda da chance, que é o objeto principal de estudo desta pesquisa, e serão analisados nos capítulos seguintes.

### **2.3.1 Do ato ou fato**

O ato ou fato, por assim dizer, representa de forma objetiva a violação de um dever, seja através de uma ação ou omissão, que esteja previsto em um contrato, na lei, ou que signifique o abuso de certo direito de outrem. Infringindo direito existente em alguma dessas fontes, o agente preenche o primeiro requisito que gera a responsabilidade civil. Nos ensinamentos de Gonçalves:

Em matéria de culpa contratual, o dever jurídico consiste na obediência ao avençado. E, na culpa extracontratual, consiste no cumprimento da lei ou do regulamento. Se a hipótese não estiver prevista na lei ou no regulamento, haverá ainda o dever



indeterminado de não lesar a ninguém , princípio este que , de resto, acha-se implícito no art . 186 do Código Civil , que não fala em violação de “lei” , mas usa de uma expressão mais ampla : violar “direito”. A violação de um direito, como vimos, mesmo sem alegação de pre- juízo ou comprovação de um dano material emergente , pode, em certos casos , impor ao transgressor a obrigação de indenizar , a título de p ena pri - vada (art. 416 do CC : hipótese de pena convencional; nos casos de violação dos chamados direitos da personalidade, como a vida , a saúde , a honra, a liberdade etc.). (2015, p.58).

Essa ação deve ser humana e voluntária, praticada por agente imputável, independentemente de ter acontecido mediante um ato comissivo ou omissivo, quer por negligência, imprudência, imperícia ou de forma dolosa. O importante, como se vê, é que a atitude seja humana, e não da natureza, através da própria pessoa física, ou de pessoas jurídicas por eles representados.

Há que se observar também que esta conduta seja volitiva, para que possa-se, logicamente, imputar ao agente que a praticou a responsabilidade pelos danos que foram causados. E essa voluntariedade da conduta não pressupõe dolo, mas apenas consciência, como explica Gagliano e Pamplona Filho:

A voluntariedade , que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária , primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano , mas sim, e tão somente , a consciência daquilo que se está fazendo . E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa ), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco ), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeter- minação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando , não se exigindo , necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato . (2016, p.76).

Reitera-se que o Código Civil, na parte destinada à responsabilidade, é claro ao delimitar como atitudes humanas passíveis de reparação tanto as positivas (comissivas) quanto as negativas (omissivas). É de fácil compreensão que as atitudes positivas causam dano (quebrar uma janela, bater em um carro, ofender alguém etc), mas há de ser visto como condutas danosas também aquelas que no

mundo físico são vistas como um nada, mas que no mundo jurídico implicam em obrigações não cumpridas, tendo em vista que o art. 186 do Código Civil reserva o direito à indenização a todos os que por “ação ou *omissão voluntária*” gerarem dano (um servidor que deixa de repassar informações sobre candidato em concurso público para a realização de nova fase do certame e acaba o eliminando, por exemplo, incorre em dano por omissão).

Mas, obviamente, é necessário que essa omissão decorra de um dever jurídico de agir, proveniente de lei ou contrato, e até da criação de alguma situação de perigo, como exemplifica e explica Carlos Roberto Gonçalves:

O motorista que atropela alguém pode ser responsabilizado por omissão de socorro, se esta é a causa da morte, ainda que a culpa pelo evento caiba exclusivamente à vítima, porque tem o dever legal de socorrê-la. A responsabilidade civil por omissão, entretanto, ocorre com maior frequência no campo contratual. Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo. (2015, p.59)

É necessário que haja essa obrigação legal ou contratual de agir porque assim como o indivíduo está livre para fazer tudo que a lei não proíbe, ele também está obrigado a fazer o que o ordenamento espera dele. Se não o faz, deverá arcar com os prejuízos oriundos de sua negativa.

### **2.3.2 Do dano**

O segundo elemento da Responsabilidade Civil é o próprio dano. Sem ele, não há responsabilidade, pois não há o que ser reparado. A própria lei é clara ao estabelecer que só haverá ato ilícito com o ocasionamento de dano material ou moral, seja pela violação de um contrato, da lei ou de um direito.

Nestes termos, conceitua Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho que o dano ou prejuízo é “a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator .” (2016). Assim, é perfeitamente possível falar em dano nos casos de agressões a direitos ou interesses personalíssimos ou extrapatrimoniais e não só em prejuízos financeiros (que denotam o dano em sentido estrito). Nesse caminho andam também os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma “diminuição do patrimônio” , alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico” , para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção. (2015, p.366).

A palavra “indenizar” trazida no texto legal remete à ideia de reparação, de forma integral, do dano, para que o *status quo ante* seja restaurado à vítima, ou seja: indenizar é levar a vítima ao mesmo estado em que se encontrava antes do dano diminuir seu patrimônio moral, material, estético ou até mesmo afetivo. O que ocorre é que em alguns casos essa reparação integral não é possível, tendo em vista que não depende do autor do dano devolver à vítima seu *status quo ante*. Nesses casos, uma compensação financeira é utilizada para amenizar pelo menos os impactos do dano, como explica Carlos Roberto Gonçalves:

Sendo impossível devolver a vida à vítima de um crime de homicídio , a lei procura remediar a situação , impondo ao homicida a obrigação de pagar uma pensão mensal às pessoas a quem o defunto sustentava, além das despesas de tratamento da vítima , seu funeral e luto da família. Assim, o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante. (2015, p. 367).

O dano é, portanto, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade e, conseqüentemente, da obrigação de indenizar. Alguém que pega seu carro e anda em velocidade acima da permitida, ultrapassando sinais vermelhos, por

exemplo, comete diversas falhas no campo administrativo, e deverá ser multado por isso, mas não processado por danos por algum pedestre que poderia ter sido atropelado mas não o foi, pois se o fizesse, estar-se-ia imputando ao motorista um dano que ele poderia ter cometido mas não o fez, não tendo como mensurar a probabilidade de acontecê-lo, o que é chamado pela doutrina como “dano hipotético”.

Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.367) reforça a importância que o dano tem para que se vislumbre a responsabilidade, quando afirma que “embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano”, pois, segundo seu entendimento, uma ação de indenização sem dano é “pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator.”

Este fato, no entanto, é diferente de um dano onde há um resultado muito provável de acontecer e que tem suas chances de se concretizar facilmente vislumbradas mas que acabam se perdendo, como será analisado nos capítulos seguintes destinados ao objeto de estudo deste trabalho.

Importante frisar, também, que o dano hipotético não pode ser confundido com o dano presumido, que inclusive é consagrado pela nossa jurisprudência em alguns casos. O próprio Supremo Tribunal Federal determina na súmula de nº 491 que com a morte de filhos menores, seus pais deverão ser indenizados: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Cuida-se aqui de dois danos, sendo um de caráter extrapatrimonial, pela perda em si de um ente querido, e outro de natureza patrimonial, pelo que a economia familiar do *de cuius* deixará de receber com seu trabalho no futuro.

### **2.3.3 Do nexo causal**

Após as considerações acerca do que seria a conduta e o dano, pode-se ligá-los a fim de que se extraia disso uma responsabilidade de reparação, o qual chama-se de nexos causal ou de causalidade.

Se há uma conduta e um dano mas esta não foi ocasionada por aquela, não

há que se falar em responsabilidade, sendo o nexos causal um dos principais e mais controversos dentre todos os elementos da responsabilidade, pois algumas vezes ele é de difícil, embora não impossível, de ser percebido de forma clara, principalmente no que diz respeito a sua aplicação no conteúdo do presente estudo, que, conforme explicado inicialmente, será tratado de forma genérica neste capítulo, e mais detalhadamente voltado à perda de uma chance nos capítulos vindouros.

Convém, de antemão, conceituar o mesmo, valendo-se de alguns doutrinadores que muito bem o explicam. Conforme Nehemias Domingos de Melo (2014, p.178), “o nexos causal é o liame que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva)”, é o que conecta, o que relaciona, ou ainda conforme Gagliano e Pamplona Filho (2016, p.141), é o “elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano.”

No próprio texto legal, nos arts. 186 e 927 do Código Civil, que trata sobre a responsabilidade, tem-se que estará obrigado a indenizar aquele que “causar” o dano através de um ato seu. A lei é clara ao delimitar que deve haver uma ligação lógica para que ninguém pague por algo que não concorreu culposamente ou que era de sua responsabilidade objetiva zelar para que não acontecesse.

A dificuldade que existe com relação ao nexos causal, conforme foi mencionado, se dá devido às chamadas concausas, que significam uma pluralidade de atos, omissivos e/ou comissivos. Essas concausas poderão ser, ainda, sucessivas ou simultâneas, ou seja, acontecem em atos seguidos, findando em um só dano, ou em diversos atos que desencadeiam vários danos, respectivamente. Na primeira hipótese, é mais fácil vislumbrar o nexos causal, porém a mesma sorte não assiste às chamadas concausas simultâneas, pois fica mais confuso de se estabelecer quem é o responsável pelo quê.

Aponta Silvio de Salvo Venosa que:

Na identificação do nexos causal, há duas questões a serem analisadas. Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Avulta a importância da definição do nexos causal em face da preponderância atual da responsabilidade objetiva. A ausência de nexos causal é, na

verdade, nesse campo, a única defesa eficaz que tem o indigitado pela indenização. (2016, p.62)

Por conta disso, difundiram-se três teorias que visam elucidar a questão, quais sejam a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato, explanadas a seguir.

Com a teoria da equivalência das ações (ou dos antecedentes), tem-se que todas as circunstâncias que concorrerem para a produção do dano serão consideradas causas do mesmo. O termo equivalência significa que sem uma dessas ações, o dano não se concretizaria. Mas como observa Carlos Roberto Gonçalves, esta teoria é bastante arriscada porque poderia retroceder ao infinito:

Tal teoria, entretanto, pode conduzir a resultados absurdos dentro do direito. Tem, por isso, recebido críticas, como, por exemplo, as de que o nascimento de uma pessoa não pode, absolutamente, ser tido como causa do acidente de que foi vítima, embora possa ser havido como condição sine qua non do evento na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria, a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez se tivesse de responsabilizar, também, como partícipe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso. (2015, p. 360, 361).

A outra teoria, da causalidade adequada, só considera causa a ação que é apta, por si só, a produzir o dano. Têm-se que concluir que a causa era a adequada a produzir o prejuízo, e que ele só se realizou em decorrência dela, sem a necessidade de uma causa accidental.

Um exemplo didático seria o de alguém que espeta a cabeça de uma criança recém-nascida com um palito de dentes. Em um adulto normal, essa causa seria insuficiente para lhe causar um transtorno de grandes proporções, mas por ser um bebê que não possui o crânio totalmente formado, o ato é suficiente, ou adequado, para lhe causar até um óbito.

Por fim, vê-se a teoria dos danos diretos e imediatos, que de forma simples significa um meio-termo entre as duas anteriores, calcado na razoabilidade. Ela define que cada um responderá apenas pelos danos que forem causados direta e imediatamente por sua conduta. Conforme exemplo trazido por Carlos Roberto

Gonçalves:

Se alguém , por exemplo , sofre um acidente automobilístico no instante em que se dirigia ao aeroporto para uma viagem de negócios, pode responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta e imediatamente do sinistro , como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo , bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos . Mas não poderá cobrar os danos remotos , atinentes aos eventuais lucros que poderia ter auferido , se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente . É que esses danos , embora filiados a ato do motorista, acham--se muito distantes deste e podem ter outras causas. (2015, p.362)

Será abordado mais adiante que haverá momentos em que essa teoria será insuficiente, e o intérprete da lei deverá moldar os institutos para uma mais correta aplicação da justiça, como por exemplo no instituto da perda de uma chance, que será abordado futuramente neste presente estudo.

Além desses aspectos, há que se destacar também as excludentes do nexos causal, que o rompem e, conseqüentemente, desfazem a obrigação de reparar o dano, dentre as quais pode -se mencionar como principais a culpa , exclusiva ou concorrente, da vítima, e o caso fortuito ou de força maior.

Na culpa exclusiva da vítima é ela própria, e não o agente, que causa o dano. O exemplo clássico seria o de uma pessoa que, querendo tirar sua própria vida, joga-se à frente de um carro em movimento. O motorista não poderia ser responsável por sua morte, tendo em vista que foi a própria vítima que causou o dano. Se, no entanto, a culpa for concorrente entre o agente e a vítima, os prejuízos são repartidos entre ambos de acordo com o caso e os graus de culpabilidade dos causadores do mesmo, como menciona Álvaro Villaça Azevedo:

No caso de culpa concorrente , tem-se admitido a repartição do prejuízo entre os culpados , pela metade. Se o grau de culpabilidade for o mesmo, entendendo correta a solução ; entretanto, se for diverso o grau de culpabilidade , a divisão dos danos entre os culpados deve obedecer o critério proporcional a esse grau. (2011, p.211).

O caso fortuito ou força maior quebra de igual forma o nexos causal e são

importantes fatores de irresponsabilidade, tanto objetiva quanto subjetiva. Segundo definição de Nehemias Domingos de Melo (2014), o caso fortuito está ligado a eventos que independem da vontade das partes, que acontecem mesmo sem a permissão ou contribuição destas, como por exemplo as greves, guerras e motins.

Enquanto que a força maior está relacionada a fatos da natureza, impossíveis de se prever e evitar, como raios, enchentes, terremotos e tsunamis. Essa distinção, no entanto, não faz muita diferença para o Código Civil, que os trazem como sinônimos em seu art. 393 parágrafo único: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.



### 3 DA PERDA DE UMA CHANCE

O direito não é estático, e nem poderia ser. Em busca de atender aos anseios e inovações que a sociedade constantemente busca e passa, necessário se faz que surjam institutos que consigam acompanhar tais novidades.

Ressarcir danos e diminuir ao máximo os prejuízos causados por seus agentes sociais sempre foi uma preocupação dos legisladores e aplicadores das ciências jurídicas. E novos olhares acabaram por vislumbrar uma forma de fazer com que situações complexas, em que dantes as vítimas ficavam frustradas por não verem seu dano ser reparado, serem saciadas juridicamente.

Daí que surge a *perte d'une chance*, que lançou luz ao pretender que, mesmo que no mundo físico não se visse algum prejuízo, uma chance de que algo acontecesse no futuro e que se frustrou, fosse vista como uma perda a ser reparada.

#### 3.1 CONCEITO

A partir daqui será explicado tudo de mais importante para a compreensão do instituto da perda de uma chance, que é objeto central desta pesquisa. De início, faz-se necessário conceituá-lo, para uma melhor visão do mesmo.

Segundo Sérgio Savi:

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento . A chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado. (2012, p.121).

Ou seja, cuida-se aqui de indenizar e reparar uma probabilidade de atingir um resultado positivo, ou de se evitar um prejuízo, que perdeu-se. Não há um dano direto à vítima, mas uma probabilidade tolhida por culpa, dolo, no abuso de um direito, ou em caso de responsabilidade objetiva.

### **3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A Perda de uma Chance é um instituto novo não só no Brasil, mas no mundo. Embora tenha-se notícia de que o caso mais antigo, como conta Rafael Peteffi da Silva (2013), que invocou alguns de seus conceitos, tenha ocorrido no ano de 1889, na Corte Francesa, onde a mesma conferiu indenização a um demandante devido a uma atuação culposa por parte de um oficial ministerial, que mediante o procedimento normal, extinguiu todas as possibilidades dos pedidos serem deferidos.

Apesar disso, a teoria da perda de uma chance teve origem em meados dos anos 60, na França. Sua primeira aparição deu-se na responsabilidade civil de um médico em face da perda de uma oportunidade de cura ou de sobrevivência de um determinado paciente. Foi por volta de 1965 que, de forma inovadora, o instituto foi utilizado tal qual conhecemos.

Na época, conforme fora dito, o caso de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que proferiu um diagnóstico equivocado, retirou da vítima suas chances de curar-se da doença que a acometia.

A partir disso, tornou-se o instituto consolidado perante a Corte Francesa, mais especificamente na jurisprudência da Corte de Cassação.

Após a França, foi a vez da Itália começar a render-se à nova teoria, considerando, inclusive, um percentual de probabilidade mínimo para que houvesse a obrigação de reparação, segundo explica Sérgio Savi:

Quanto aos limites para a aplicação da teoria, o ordenamento jurídico italiano exige que a chance perdida seja séria e real . Na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento). Para o cálculo da indenização , estabeleceu-se

seja feito de forma equitativa pelo juiz , partindo-se do dano final e fazendo incidir sobre este um coeficiente de redução proporcional à efetiva probabilidade de obtenção do resultado esperado. (2012, p.4).

Apesar desses eventos, e também de alguns que ocorreram antes destes, em outras partes do mundo, a configuração do instituto da perda de uma chance começou a ser delimitada apenas nas últimas décadas, aperfeiçoando-se conforme as inovações científicas foram surgindo para tentar “controlar o acaso”, conforme lembra Rafael Peteffi da Silva:

“As mudanças mais evidentes ocorreram nos últimos 50 anos, quando todas as ciências acordaram para o caráter inexorável das incertezas e imponderabilidades, fazendo com que a busca daquele agente individual e imputável restasse cada vez mais difícil . Com efeito , juristas, filósofos, cientistas sociais e estudiosos dedicados às ciências exatas tentaram explicar e controlar o acaso e as incertezas. O direito, por sua vez, andou na mesma esteira, pois, assim como muitas outras ciências, busca a ordem e a previsibilidade. Entretanto, verifica-se uma crescente consciência de que o direito , porque trata com complexos e probabilísticos conflitos dos fenômenos sociais , deve considerar a incerteza como parte integrante das soluções jurídicas.” (2013, p.9).

Encontrar a solução mais justa para as partes requer que se levem em consideração as questões de ordem imprevisível, incertas. E a perda de uma chance é um exemplo clássico de adaptação do direito ao contexto no qual ele está inserido.

### **3.3 NATUREZA JURÍDICA**

Definir a natureza jurídica de determinada coisa é, segundo José Carlos Moreira Alves apud Rafael Peteffi da Silva (2013, p.103), “estabelecer o seu enquadramento dentro de uma das categorias dogmáticas admitidas no sistema jurídico”.

Mas antes que se trace os pontos sobre a natureza jurídica do instituto da perda de uma chance, necessário se faz que algumas questões sejam lembradas e discutidas.

A primeira observação refere-se ao fato de que a teoria clássica de responsabilidade civil divide o dano em algumas categorias, dentre as quais se destacam, para a compreensão da natureza jurídica da perda de uma chance, o que seja dano patrimonial (ou material) e extrapatrimonial (ou moral). Além disso, o dano material pode se dividir em dano emergente e lucro cessante.

Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.398), “material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido . Moral é o que só ofende o devedor como ser humano , não lhe atingindo o patrimônio” . Já os componentes do dano material, são por ele assim definidos:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo . Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado . (GONÇALVES, 2015, p.372).

Feitos os devidos esclarecimentos, mister se faz analisar as principais posições doutrinárias sobre qual seja a atual natureza jurídica da perda de uma chance.

Pelo fato do instituto estar em ascensão no Brasil, não é um tema muito explorado pelos civilistas, embora atualmente alguns tenham dedicado-se ao seu estudo. Os autores que primeiro trataram da matéria, acabaram por inserir a perda e uma chance como uma espécie de lucro cessante, e pela definição trazida acima por Gonçalves para o que seja lucro cessante, fácil é que haja essa confusão, porém há ressalvas que merecem atenção.

José de Aguiar Dias (1995), por exemplo, é um dos que tipificam o instituto como sendo um lucro cessante. É o que extraiu Sérgio Savi (2012) de uma análise que ele fez de uma sentença de um juiz carioca em 1929, que declarou inexistir dano a ser reparado por um advogado que deixou de interpor recurso no prazo correto e acabou perdendo para o seu cliente o direito de ter sua sentença de improcedência reanalisada pelo judiciário. Para José de Aguiar Dias, há reconhecidamente um dano que precisa ser reparado (o de que o demandante perdeu seu direito de recurso por culpa do advogado). O erro dele em sua análise foi

o de ter taxado o dano como sendo lucro cessante.

Ora, como o lucro cessante representa aquilo que se deixou de ganhar, estaríamos considerando então que, na verdade, o dano em questão seria a própria reforma da sentença, e não a chance que efetivamente perdeu-se de vê-la sendo reanalisada pela instância superior, o que não configura perda de uma chance, e não poderia ser provido, já que é certo que não pode-se afirmar que a sentença, de fato, seria reformada, mesmo que o advogado tivesse interposto recurso em tempo hábil, já que é um evento incerto e subjetivo, que depende de diversos fatores para concretizar-se, configurando, assim, dano hipotético, e portanto não-indenizável.

Silvio de Salvo Venosa, por exemplo, classifica de forma diferente o instituto, quando afirma que “a denominada ‘perda de chance’ pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante” (2016, p.335). Embora não seja essa a posição majoritária entre os estudiosos do tema, como vê-se a seguir.

A corrente que mais é aceita pelo nosso ordenamento e tribunais, tem sido a defendida por Rafael Peteffi da Silva (2013) e Sérgio Savi (2012), que dedicaram livros ao assunto, e analisaram minuciosamente a questão. Em concordância com Peteffi (2013) e de forma didática, Savi (2012) explica que, a tratar da teoria clássica da perda de uma chance, estar-se diante de um dano emergente, pelas seguintes razões:

A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, pode, dependendo do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos – patrimoniais e extrapatrimoniais –, cumulados ou não. No primeiro caso, o dano decorrente da perda da chance deve ser considerado, em nosso ordenamento, um dano emergente e não lucro cessante. Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir. (2012, p.122).

Com isso, não há que se falar em lucros cessantes pois o que se deixou de ganhar (um emprego, uma vitória judicial, uma cura etc) não fazia parte do patrimônio do agente. A chance perdida, no entanto, possui um valor estimável, valorável, integrando portanto os bens da vítima, e que foi tolhida, bloqueada, culminando em uma diminuição desse patrimônio, sendo indenizável por isso.

### **3.4 PRESSUPOSTOS DA PERDA DE UMA CHANCE**

Para que se configure a perda de uma chance, alguns pressupostos devem fazer-se presentes. Por ser um instituto da responsabilidade civil, a perda de uma chance segue os mesmos pressupostos gerais que se destinam à reparação obrigacional.

É necessário que exista um ato ou fato, além de um dano e um nexo que os ligue. Porém, também é importante frisar algumas considerações acerca de alguns desses elementos, como o dano, que ganha contornos distintos dentro do instituto da perda de uma chance.

O ato ou fato segue o mesmo padrão geral da responsabilidade, devendo ser uma quebra de algum dever previsto em contrato, na lei ou resultado da violação de algum direito. Este ato pode ainda ser comissivo ou omissivo, quando o agente tinha a obrigação de agir.

O nexo causal também funciona aqui como o elo entre o ato e o dano, sujeito às mesmas excludentes e nuances abordadas no capítulo anterior. Sendo necessário que ele esteja ligando o ato à chance perdida, e não ao resultado final esperado, já que a chance é a pretensão do instituto.

#### **3.4.1 Dano: Chance séria e real**

O dano, no entanto, merece um destaque: na perda da chance ele é, justamente, a chance perdida, em si considerada. Seguindo a doutrina especializada no tema, tem-se que trata-se de um dano emergente, que é justamente a chance que perdeu-se. Pois, conforme se viu, se o dano for tratado como sendo lucro

cessante, estaríamos em busca de ressarcir a vítima com o pagamento do resultado final pretendido, e não com a indenização da chance que se perdeu, admitindo com isso que o resultado final pretendido é certo, o que não é verdade, já que não há como afirmar que o que pretendia-se seria alcançado se a chance não tivesse se perdido.

O resultado final, assim, não pode ser objeto de pretensão jurídica porque sua concretização é incerta, dependendo de outros fatores para acontecer, eventos futuros que não há como prever. E como já foi demonstrado, não se indeniza dano hipotético.

A chance, no entanto, pode ser percebida e demonstrada, sendo o dano nesse caso, portanto, certo, o que torna sua violação indenizável, conforme ensina Fernando NORONHA:

[...] o dano da perda de chance é ainda um dano certo, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro (dano futuro) ou à frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente); esse dano da perda de chance contrapõe-se a um dano final que, este sim, nas situações aqui consideradas, é dano meramente hipotético, eventual, incerto.” (2013, p.672).

Além disso, é necessário que essa chance ou probabilidade seja séria e real, conforme Sérgio SAVI:

Não se concede a indenização pela vantagem perdida , mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem . Isto é , faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui -lo. Ao assim proceder , a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo. Contudo, a aplicação da teoria encontra limites , pois, evidentemente, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano . Nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Isto porque, a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização . (2012, p.122).

O fato da chance ser séria e real indica que não é uma esperança qualquer, um simples desejo de que algo vantajoso venha acontecer ou algum prejuízo venha a ser evitado. É necessário que haja uma probabilidade plausível, uma possibilidade visível de que o evento ocorreria.

Imagine-se que, por exemplo, uma empresa peça indenização por perda de uma chance ao ser impedida de financiar uma máquina, que em seus projetos lhe traria grande lucro, porque teve um título seu indevidamente protestado. Não há como aferir o tamanho da possibilidade da empresa gerar lucro com uma máquina que deixou de comprar, pois isso (o lucro) é apenas uma projeção e desejo da empresa, e não uma chance séria e real.

Esse também foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que numa ação que apresentou a lide narrada acima, considerou inexistir o dever de indenizar, pois não há no caso uma real probabilidade do resultado final acontecer:

“No que tange aos alegados danos materiais, o pedido não se insere propriamente ao conceito de lucros cessantes, mas sim naquilo que a doutrina francesa veio a denominar como ‘perda de uma chance’. Todavia, para o reconhecimento dessa espécie de dano, 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 as oportunidades perdidas. O nexa causal surge da probabilidade de que a vantagem efetivamente ocorreria, não fosse a intervenção de um terceiro no fluxo causal. No caso em apreço – malgrado a falha da Ré em enviar a duplicata a protesto – inexistiu sequer um elemento a indicar que, não fosse a conduta da Ré, a Autora efetivamente adquiriria o financiamento para, somado ao capital próprio, comprar o caro equipamento de impressão que lhe geraria maior lucro. Daí porque impossível reconhecer qualquer dano material ou um dano moral mais extenso do que aquele já considerado em razão do protesto indevido.”  
(0048520-47.2004.8.19.0001 (2008.001.13149) - APELACAO - DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI - Julgamento: 29/04/2008 - QUINTA CAMARA CIVEL)

Não é necessário que o resultado final pretendido seja certo, mas a chance por si só de consegui-lo deve ser real e séria, para que com sua violação haja um dano certo. Para alguns autores, como Sérgio Savi (2012), a probabilidade deve seguir ainda um padrão mínimo para que seja considerada séria e real, que segundo



o autor, acontece quando essa chance supera a marca de 50% de se concretizar, chamado pela doutrina de causalidade ‘tudo ou nada’:

Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente. (SAVI, 2012, p.65).

No entanto, outros autores como Rafael Peteffi da Silva (2013) entendem que esse tipo de teoria faz com que hajam injustiças, pelo fato de que, por uma questão meramente técnica, não se possa reparar um prejuízo considerável, e acabe-se realizando uma injustiça, tendo em vista que a análise em certos casos da probabilidade aconteça de forma subjetiva, a critério do magistrado. A saída, segundo o autor, seria a adoção da causalidade parcial, onde o agente irá responder proporcionalmente aos danos que causou com sua conduta e independentemente de um piso mínimo de 50%:

De acordo com o padrão “tudo ou nada”, se uma falha médica apresenta trinta por cento (30%) de chances de ter causado determinado dano, o médico responsável não seria condenado a reparar qualquer tipo de dano. Assim, a função pedagógica da responsabilidade civil não se verificaria, pois o médico não teria razões jurídicas para mudar o seu comportamento. Por outro lado, se o mesmo médico retira setenta por cento (70%) de chances de cura de um paciente, o juiz poderá (sobretudo no sistema de causalidade da common law) convencer-se de que existe um liame de causalidade entre conduta culposa e dano, e conceder indenização do dano final. Neste caso, o médico estaria reparando os elementos aleatórios do prejuízo, que não estão em relação de causalidade com a falha médica. Desse modo, o padrão “tudo ou nada” de causalidade estaria, em muitos casos, patrocinando subcompensações ou ultracompensações (overcompensation and undercompensation). Com a utilização da causalidade parcial, o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado. (2013, p.62).

Também pode-se imaginar um caso em que um determinado juiz entenda haver 48% de chance do resultado final se concretizar, o que faria, se fosse adotado o piso de 50%, com que a demanda fosse julgada improcedente e a vítima tivesse

que suportar os prejuízos. Já se a mesma ação fosse analisada por outro juiz que considerasse 51% de chance, a demanda teria outro desfecho. Por conta de uma diferença que na prática não representa muita disparidade ou traga uma relevante disparidade, na maioria dos casos, teríamos dois desfechos antagônicos para os mesmos fatos, gerando, inclusive, insegurança jurídica.

O que deve-se cuidar é apenas que haja a comprovação da possibilidade ser certa, real e séria, para que se verifique a responsabilidade de indenizar, e não se essa possibilidade chega ou não a determinado patamar (50, 60 ou 70%, por exemplo). Claro que deve-se evitar os ínfimos jurídicos, onde a chance de ocorrer o resultado chega próxima de zero, pois, segundo julgado do STJ, é necessário que a chance seja positiva:

“PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONDENAÇÃO A RESSARCIR DANO INCERTO. PROCEDÊNCIA. Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano “efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero. Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC. Recurso Especial provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 965.758. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 19 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>, acesso em: 30 jan. 2017).

Não faria sentido a concessão de uma indenização porque o agente tinha 0,1% de chance de acertar a quina da loteria, ou 5% de chance de passar naquele concurso público. É necessário que a chance seja consistente para ganhar respeito e proteção jurídica.

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Antes de tudo, é necessário que se faça algumas observações acerca da responsabilidade civil do Estado, e a legalidade referentes aos concursos públicos aqui no Brasil, para que assim possa ser estabelecida a relação das duas matérias e se observe se é possível a reparação do candidato que, por falha da administração pública, perde a chance de concorrer à determinada vaga em concursos públicos.

### **4.1 A ação estatal e o dever de indenizar: responsabilidade objetiva e subjetiva**

O Estado, assim como seus agentes, são sujeitos de inúmeros deveres, impostos por leis, decretos, e principalmente pela Constituição Federal de 1988, que traçou uma lista de serviços que ficariam a cargo do Estado, como a saúde, educação, segurança etc.

O exercício e fornecimento dessa atuação do Estado, que acontece de forma imperiosa, já que o Estado não necessita da aprovação de seus integrantes para agir, acaba criando em algumas oportunidades danos aos administrados, que devem ser reparados. Essa reparação é um dos freios às prerrogativas que o entes estatais possuem, sendo essa responsabilidade extracontratual, pois não deriva-se de um contrato firmado entre o administrado e os administradores.

Como explica Fernanda Marinella em sua obra:

A atuação estatal é imposta à sociedade que não tem como recusar sua presença, não tem como afastar sua ação, já que o Estado age de forma imperativa, independentemente da vontade do indivíduo. Dessa forma, considerando que os administrados são obrigados a aceitar e suportar a sua presença, nada é mais justo, para esse mesmo indivíduo que não tem como expelir tal ação, que lhe seja atribuído um tratamento diferenciado, uma proteção especial e para o Estado, frente ao seu amplo poder, o maior rigor quanto à responsabilização de seus atos. O administrado não tem como

escapar ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação estatal . É o Estado quem define os parâmetros de sua presença no seio da sociedade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os indivíduos . Com essas bases constrói-se a responsabilidade civil do Estado , com mais proteção para o administrado e mais rigor para o ente estatal . (2016, p.991).

O Estado, por si só, não pode gerar dano a ninguém, por ser um sujeito inanimado e intangível, mas a conduta de seus agentes, pessoas físicas, lhe é imputada (José dos Santos Carvalho FILHO, 2015), ficando obrigado, assim, a reparar os danos provenientes dessa atuação e pagar as referentes indenizações.

No Brasil, o tema está disciplinado pela Constituição Federal, em seu art. 37 § 6º, *in verbis*:

“Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Essa responsabilidade estatal, na maioria dos casos, é objetiva, no entanto há que se ter em mente a existência também da responsabilidade subjetiva do mesmo, embora a maioria dos casos se encaixe na teoria objetiva de responsabilidade, porque esta é a regra do nosso ordenamento desde a Constituição Federal de 1946, sendo mantida na lei maior atual, que a consagrou, e consiste no fato de que ao agente lesado só se exige a comprovação do ato cometido pelo representante do Estado, mais o dano causado e o nexo que os liga, sem que seja necessária a aferição de culpa.

Um exemplo fácil de se observar seria o de um depósito de explosivos do Exército Brasileiro que acaba explodindo e destruindo diversas casas em um determinado bairro de alguma cidade. Por inserir o depósito naquele local, o Estado assume a responsabilidade pelos riscos que esse mesmo depósito venha trazer para os moradores da região, que encontram-se em situação de perigo iminente. Uma explosão ou qualquer outra anormalidade que traga danos aos moradores é de responsabilidade objetiva do Estado, e os agentes que sentirem-se lesados deverão apenas comprovar que o dano ocasionado foi decorrente de uma ação da Administração, ainda que a mesma não tenha tido culpa, no que a doutrina chama

de teoria do risco integral, quando o Estado assume o risco de sua atuação.

No entanto, essa responsabilidade objetiva, segundo entendimento majoritário na doutrina (MARINELA, 2016), (CARVALHO FILHO, 2015), (COUTINHO, RODOR, 2015) dentre outros, só pode ser aplicada nos casos de ação comissiva (positiva) realizados pelos agentes do Estado, não o sendo possível nos casos de ação omissiva (negativa), tendo em vista que a omissão deve ser necessariamente culposa para que possa ter relevância jurídica para o direito a fim de responsabilizar o Estado, ou seja, deve ser provado em casos de omissão que o Estado poderia e deveria agir, mas não o fez (COUTINHO, RODOR, 2015), configurando, então, uma responsabilidade subjetiva.

Nesses casos omissivos, a teoria do risco integral dá lugar à teoria da culpa do serviço, devendo-se provar que houve uma falha por omissão na prestação de algum dever estatal, vestindo a conduta com o caráter da ilegalidade. Assim, vê-se aqui que há a inclusão de mais um pressuposto para a caracterização da responsabilidade: a culpa, que deverá ser provada pelo particular. Explica Fernanda Marinela que:

A teoria subjetiva baseia-se na culpa ou dolo; nesse caso, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência, estará isento de indenizar, o que jamais ocorreria se fosse caso de responsabilidade objetiva. Na responsabilidade objetiva, basta a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz, o resultado; já ao contrário, na teoria subjetiva, exige-se que a conduta geradora de dano represente a prática de comportamento proibido ou desatendimento dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais legalmente exigíveis, o que caracteriza a culpa ou o dolo do agente ou do serviço. (2016, p.995).

E como o próprio nome já diz, na chamada culpa do serviço é necessário apenas que o administrado prove a deficiência do serviço, e não do agente estatal específico que o fez. É por isso que a omissão estatal é diferente da omissão praticada por particulares e prevista no art. 186 do Código Civil. Longe de ser do agente, a culpa é do serviço. Como descreve Alessandro Dantas Coutinho e Ronald KrügerRodor, “aqui o que importa é a demonstração de que o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardou em funcionar.” (2015, p.689).

Um exemplo de fácil compreensão seria o de alguém que está andando na

rua e acaba sendo assaltada na frente de uma delegacia da Polícia Militar por um meliante que sai ileso. Ora, se o ato aconteceu na porta do órgão que deveria coibir esse tipo de ocorrência e primar pela segurança da população, alguma coisa está errada. O serviço estatal, nesse caso de segurança pública, falhou de forma escancarada, revelando uma conduta omissiva, já que o Estado tinha o dever de agir para evitar tal ato, tinha condições de fazê-lo, e não o fez. A responsabilidade subjetiva resta configurada nesse caso.

Outro ponto que merece análise é sobre quem detém a legitimidade passiva para ser acionado nos casos de reparação civil do Estado. O entendimento que prevalece hoje no Brasil é de que existe a responsabilidade primária e a subsidiária, aplicável a cada caso conforme suas nuances.

Fernanda Marinela (2016) explica que a responsabilidade é atribuída ao Estado, e não ao agente, devido ao princípio da impessoalidade, norteador da administração pública, que define que os atos praticados pelos agentes públicos representam a vontade do Estado, por isso ele é responsável pelos danos provenientes dessas condutas. Não é o agente que atua, é o Estado, e por isso ele é o responsável por quaisquer danos que surjam. Esta é a forma da responsabilidade primária: o Estado responde objetivamente pelos danos causados pelos seus agentes, independentemente deles terem agido com culpa ou dolo, resguardando, no entanto, o direito de regresso que o Estado tem contra esses.

Marinela continua explicando que, em outros casos, quando se trata de um terceiro prestador de serviço público, há uma responsabilidade subsidiária, onde o Estado só irá responder se a empresa privada prestadora de serviço público não tiver como arcar com o prejuízo inerente à reparação, tendo em vista que, por mais que tenha descentralizado sua atuação, a prestação daquele serviço ainda é de responsabilidade do Estado.

Além disso, no caso da administração pública ter concorrido junto com a empresa prestadora do serviço para a concretização da conduta danosa, é certo que o Estado irá responder não de forma subsidiária, mas sim solidária, já que concorreu para o evento que gerou o prejuízo, seja por falta de fiscalização ou negligência administrativa. Por isso, é necessário que se observe bem como ocorreu a atuação estatal em cada caso para se determinar qual o tipo de responsabilidade, subsidiária ou solidária, o Estado terá para si (CARVALHO FILHO, 2015).

## 4.2 Os concursos públicos como forma de ingresso no serviço público

O ingresso no serviço público no Brasil pode se dar de algumas formas, como prevê a Constituição Federal de 1988. Dentre as principais, as usadas com menor frequência são aquelas que destinam-se a cargos mais elevados: A nomeação, por exemplo, é utilizada na escolha de membros do Poder Judiciário além de outros cargos de relevo; a eleição é comumente usada na definição de cargos políticos, mas de forma excepcional acaba definindo alguns agentes públicos, como por exemplo na escolha de juízes de paz (art. 98, II, CF88), membros do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII, CF88), dentre outros.

Mas são os concursos públicos que acabam por inserir milhares de pessoas no funcionalismo público. E esse instrumento é utilizado com o intuito de se garantir a indisponibilidade do poder público, já que, sem favoritismo de nenhuma espécie, nenhum interesse de lucro, e de forma estritamente impessoal, se escolhe alguém do povo que está na melhor posição para desempenhar algum encargo público (MACHADO JÚNIOR, 2008).

O dispositivo constitucional que trata o concurso público como requisito para o ingresso no serviço público é o art. 37, que traz justamente os princípios mais evocados da Administração Pública, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em seu inciso II, o legislador constitucional expressamente protege esses princípios no que se refere ao ingresso no funcionalismo público quando determina que:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Assim, é através de um teste de conhecimento e aptidão, atendendo às necessidades que cada função exige, que se escolhe quem irá trabalhar na Administração Direta e Indireta. Fernanda Marinela(2016) entende que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, como a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, por exemplo, também se submetem à exigência de concurso

público para a ampliação de seu quadro de pessoal, mesmo que esses agentes sejam regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) após aprovados, e não por estatuto, que é a regra para a administração direta, o que faz com que essas empresas estatais possuam um regime jurídico híbrido.

#### **4.3 Falha da Administração Pública no concurso e a perda da chance de candidatos**

Pode-se observar a importância dos concursos para quem almeja uma vaga no tão sonhado funcionalismo público, e todas as garantias que o mesmo possui. Por isso é tão importante que o certame aconteça de forma a atender aos propósitos para o qual foi criado, respeitando principalmente a impessoalidade que se espera dos administradores públicos.

Mas algumas vezes esse modelo ideal de seleção acaba comprometido por alguma atitude da administração, que faz com que candidatos percam a chance de vencer as etapas do mesmo e serem nomeados. Surge a questão sobre qual é a responsabilidade do Estado nesses casos, e para compreender isso, é necessário passar para a análise da doutrina e principalmente da jurisprudência, que já se pronunciou sobre esse tema, cerne principal do presente estudo.

Pode-se extrair dos conceitos e pressupostos já apresentados nos capítulos anteriores que a Administração Pública é a responsável pelos atos de seus agentes, e deve indenizar todos os prejuízos oriundos de sua atividade, bastando para isso que o dano provocado seja indenizável, como diz COUTINHO, RODOR (2015, p.738), “não é qualquer dano que gera responsabilidade estatal. O dano indenizável é aquele que viola um direito do lesado reconhecido pela ordem jurídica.”

Ressalta-se também que a perda de uma chance séria e real é considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro uma expectativa suscetível de reparação, da mesma forma que qualquer outro bem ou direito subjetivo tutelado por aqui o é (SAVI, 2012). Assim sendo, alguém que se sente prejudicado por algum ato injusto da Administração Pública em um determinado certame, pode ingressar judicialmente requerendo uma indenização compatível com a perda que ela teve de suportar.

É isso que pode-se retirar também da análise da jurisprudência pátria que fala



sobre o assunto, mesmo que os casos sejam escassos. Há julgados onde os juízes têm entendido no sentido de conferir a indenização, desde que trate-se de chances sérias e reais (AgReg no Resp 1220911-RS), (Ap 201251010454690 TRF-2ª região), (Ap 0009995-55.2008.4.03.6105 TRF-3ª região).

O caso mais emblemático até hoje ocorreu em 2010, em um concurso para provimento do cargo de guarda municipal realizado pela Prefeitura de Campinas-SP. O certame era composto de 7 fases: 1) prova objetiva, 2) exame antropométrico, 3) teste de aptidão física, 4) avaliação psicológica específica para o cargo, 5) exame médico específico para o cargo, 6) pesquisa social e 7) curso de formação da academia de guarda municipal. Na ocasião, dois candidatos sentiram-se prejudicados após serem reprovados na quarta fase do concurso, depois que foram submetidos a um teste psicológico que feria as disposições para o mesmo previstas no edital.

Eles já haviam passado nas 3 primeiras fases do concurso, que eram de caráter classificatório e eliminatório, e por verem que a chance de prosseguir na seleção e alcançar a vaga foi frustrada por um erro da banca, ingressaram com uma ação na justiça requerendo o pagamento indenizatório pela chance perdida. O juiz de primeiro grau não só acatou os pedidos dos réus, como o Tribunal de Justiça de São Paulo em novembro de 2015 manteve a decisão de 1º grau (TJ-SP APL 0063616-49.2010.8.26.0114).

A relatora Tereza Ramos Marques entendeu que, realmente, houve prejuízo na realização do teste psicológico, e o fato deles já terem passado nas 3 primeiras fases, que são em regra as mais difíceis, indica que houve a perda de uma chance séria e real:

Na hipótese em julgamento, no entanto, o concurso era composto de 7 fases e os autores foram aprovados nas três primeiras fases. Quanto à avaliação psicológica, o edital previa que teria duração de 3 horas, contadas a partir de seu efetivo início (item 1 do capítulo XII fls.83) mas segundo alegam os autores, foi realizada em apenas 15 minutos, alegação não desconstituída pelo réu, a quem cabia o ônus da prova. Quinze minutos realmente é insuficiente para avaliação de todas as características e dimensões indicadas no edital (item 4 do capítulo XI fls.81/82). Ao contrário do afirmado, os autores recorreram e tiveram entrevista devolutiva (fls.48/60, 61/62 e 65/68). Diante a impossibilidade de prosseguimento no certame ante seu encerramento, devida mesmo a indenização pela perda de uma

chance. Convém observar que as três últimas fases eram: exame médico, pesquisa social e curso de formação, todas de caráter eliminatório, mas passíveis de aprovação dos candidatos, já aprovados nas três primeiras (prova objetiva de conhecimentos, exame antropométrico e teste de aptidão física, todas também de caráter eliminatório). (TJ-SP APL 0063616-49.2010.8.26.0114).

A desembargadora entendeu que a chance era séria porque restava menos da metade do concurso para que eles fosse aprovados, a depender de fases mais brandas, que subentende-se razoavelmente que eles lograriam êxito, já que conseguiram avançar nas fases mais difíceis.

Em seu voto, a relatora também manteve os mesmos critérios adotados pelo juiz ao conceder a indenização, que considerou quanto efetivamente os autores da ação perderam mensalmente por terem sua chance de continuar no processo tolhida. Para isso, o juiz de 1º grau analisou quais eram as chances deles serem nomeados se tivessem passado na fase que os excluiu injustamente, quanto eles ganhavam em seus empregos, e quanto deixaram de ganhar a mais em sua renda se tivessem conseguido a vaga, assim demonstrado:

Embora não haja elementos nos autos que permitam concluir qual a possibilidade de os requerentes serem bem sucedidos nas fases restantes do concurso, é possível estimar, por razoabilidade, essa possibilidade em cinquenta por cento. É verdade que, tendo os requerentes sido declarados inaptos na avaliação psicológica, não exercerão o cargo de Guarda Municipal; contudo, exercem outras ocupações, com remunerações presumivelmente menores (caso contrário, não teriam se inscrito no concurso). Como o vencimento-base do Guarda Municipal é de R\$ 1.855,65 (fls. 71), presumindo que os requerentes auferam vencimentos de R\$ 1.000,00 (um dos requerentes é vigilante e outra, técnica em informática (fls. 02), deixaram de auferir R\$ 855,65 mensais. Considerando-se, contudo, a possibilidade de cinquenta por cento, acima descrita, de que não viessem a assumir seus cargos, a perda mensal é estimada em R\$ 427,82. Se estão se preparando para serem aprovados em concurso público, contudo, os requerentes permanecerão em suas atuais ocupações profissionais apenas até que logrem aprovação em outro concurso (eventualmente, até mesmo no próximo concurso da Prefeitura Municipal de Campinas para o cargo de Guarda Municipal). Considerando que a indevida reprovação na avaliação psicológica teria atrasado em três anos seu ingresso no serviço público, temos um prazo de trinta e seis meses como lapso temporal a ser indenizado, o que perfaz R\$ 15.401,52 (= 36 x 427,82).” (fls.223/224). Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Importante que se destaque a importância dada pela desembargadora à chance ser séria e real para que fosse possível indenizar. Os autores receberam proporcionalmente à sua chance, traçada razoavelmente pelo juiz em 50%, um número que denota uma perda real de uma probabilidade de alcançar o resultado final. A situação não seria a mesma no caso de uma chance ínfima, que caracterizaria um dano hipotético, e portanto não indenizável.

Anteriormente a esse processo, o STJ julgou um agravo regimental em um recurso especial onde um candidato processou a União por danos material e moral devido a perda de uma chance no concurso para a Polícia Rodoviária Federal (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.911 - RS). No caso em questão, a prova era composta de 5 etapas mais o curso de formação, com caráter eliminatório. Além disso, para ser aprovado no curso de formação, era necessário que o candidato obtivesse 60% do total de pontos do curso e mantivesse 80% de assiduidade. O candidato que ajuizou a ação foi aprovado apenas na primeira prova, que era objetiva, sendo desclassificado no exame psicotécnico.

Ao contrário do que ocorre no caso analisado anteriormente, aqui não há como se estipular um valor o mais concreto possível de quanto representa a chance perdida. Há muitas fases a serem vencidas ainda, além de outros fatores, como frequência no curso de formação e alcance de pontos. A chance não é tão séria e real quanto era na ação anterior. Este inclusive foi o entendimento do relator, Ministro Castro Meira (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.911 - RS), que considerou o dano alegado como sendo hipotético, e descartou a comparação do caso com o do "Show do Milhão", onde o STJ concedeu 25% do prêmio de 1 milhão, após uma candidata errar uma questão mal elaborada pela produção do programa. O relator entendeu:

Como trazido a cotejo pelo agravante, o caso do "Show do Milhão", em que este Superior Tribunal reconheceu a perda da chance da participante em face de uma questão mal formulada, concluiu-se que, em condições normais, a probabilidade de acerto seria de 1 em 4 (em face do número de alternativas possíveis). Mas o paradigma trazido à balha não guarda, é evidente, a mesma premissa fática dos autos, tanto por não se tratar de concurso público, como também pela viabilidade em demonstrar-se a existência de uma chance real e séria da parte autora em obter a vantagem almejada. Em suma, para fins de aplicação da teoria, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como no caso dos autos, em que não há

meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

A discussão central do problema está na incerteza da chance perdida. Não se trata nem do resultado final esperado, porque esse é incerto de todo jeito, tendo em vista que depende de muitos fatores para se concretizar, mas a chance, em si considerada, esta deve ser certa e possível de ser vislumbrada, pois conforme SAVI (2012, p.122), “simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização.”

Outro ponto que deve ser analisado diz respeito a quem paga o prejuízo. Os concursos públicos, é certo, são organizados por bancas contratadas pela Administração, que ficam responsáveis por colher as inscrições e pagamentos de taxas, escolha dos locais de provas, elaboração das questões, fiscalização do certame e divulgação dos resultados. A Administração apenas recebe ao final a lista com todos os que estão aptos a ingressarem nos cargos. E essa delegação de atividades do ente público para uma empresa privada faz com que o candidato imagine contra quem deve ajuizar a ação por perda de uma chance. A resposta, porém, pode ser encontrada na análise da teoria objetiva de responsabilidade estatal.

Conforme se extrai da doutrina de CARVALHO FILHO (2015), o Estado responderá de forma subsidiária ao prestador do serviço, que no caso é a banca, se este não conseguir arcar com a indenização. Ou seja, pode o agente ajuizar a ação contra a empresa que organizou o concurso e o Estado, num litisconsorte passivo, ou ajuizar contra um ou outro de forma singular, cabendo a estes o direito de regresso.

A Administração Pública não pode, portanto, alegar ilegitimidade passiva, tendo em vista que objetivamente ela assume o risco integral de sua atividade, conforme já foi mencionado nesse estudo.

Este também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Amazonas, que manteve a decisão de 1º grau que concedeu a perda de uma chance a duas candidatas que não puderam fazer a prova porque a Prefeitura de Manaus cancelou o contrato com a banca do certame e escolheu uma nova empresa para organizar o concurso, desrespeitando as normas do edital inicial. Os dados das duas autoras da

ação não foram repassados à nova banca, que as impediu de participar da seleção. Em seu recurso, a Prefeitura de Manaus arguiu ilegitimidade passiva *ad causam*, alegando que todas as fases do concurso são de responsabilidade da empresa contratada (Ap 0700540-36.2011.8.04.0001 TJ-AM - julgamento em 14-03-2016).

O relator do processo, Desembargador Wellington José de Araújo, disse em seu voto que não há que se falar em irresponsabilidade do município, não reconhecendo a ilegitimidade do mesmo:

2.2 Preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Município de Manaus. Exsurge, no caso em comento, a responsabilidade objetiva do ente fazendário a teor do art. 37, §6º da Constituição da República, eis que a empresa contratada para a realização do certame atua como preposta da Municipalidade. Sendo impossível, portanto, a desvinculação da Administração Municipal da responsabilidade de dano causado por agente atuando em seu nome – contra quem caberá possível ação de regresso – outra solução não há que não a rejeição da preliminar levantada. (0700540-36.2011.8.04.0001 TJ-AM).

Assim, a empresa privada atua prestando um serviço que competia ao Estado garantir. Por conta disso, responde não só a empresa, como também a pessoa jurídica que o contratou.

Importante frisar também que é perceptível nos casos analisados que a chance sempre se perde quando a Administração infringe alguma norma constante no edital do certame. Segundo Francisco FONTENELE e Alessandro DANTAS (2014), o edital é a lei do concurso, e vincula tanto o concursante quanto a Administração Pública, devendo ele ditar como todo o processo se dará, do início ao fim, de forma clara e objetiva para que todos possam compreender, e de modo que não contrarie o disposto em leis e na Constituição Federal.

No primeiro caso a Administração errou ao realizar uma das fases de forma divergente ao que o edital previa, e nessa última análise o ente público deixou de passar os dados de duas candidatas à nova banca, inclusive rompendo com um edital que ainda estava em voga. Vê-se que o edital é um norte para que se verifique a presença de injustiças e irregularidades que acabam por minar o sonho projetado de ser nomeado em um concurso público, restando apenas a referida indenização por parte do Estado.

A Administração Pública, portanto, é responsável pelos erros oriundos de sua

conduta ou de bancas que atuam em seu nome na promoção de concursos públicos, inclusive no tocante às chances perdidas que os candidatos venham ter, para que se garanta os princípios norteadores da atuação estatal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho monográfico foi abordada a Responsabilidade Civil, mais precisamente a teoria da Perda de Uma Chance que a integra, enfatizando a responsabilidade que o Estado possui quando um candidato é excluído injustamente de um processo seletivo para preenchimento de vagas no serviço público.

No primeiro capítulo pôde-se ver que a responsabilidade é um ramo do Direito Civil que se propõe a restaurar o equilíbrio que foi quebrado por condutas comissivas ou omissivas que acabaram instalando um dano a ser reparado. Essa teoria geral de responsabilidade passou por mudanças ao longo dos anos, até que hoje possui como elemento central de sua existência o dano, sem deixar de considerar o ato ou fato que o gerou, além do nexo causal que os liga e, em alguns casos, a culpa do agente.

Foi observado também que em algumas situações o dano era de difícil percepção, e alguns elementos tiveram de ser analisados de forma mais peculiar, dando surgimento assim à teoria da Perda de Uma Chance, que busca amenizar os danos suportados por quem perdeu a oportunidade séria de alcançar no futuro um resultado positivo ou evitar que um prejuízo venha à tona. Surgido na França, o instituto chegou aos tribunais brasileiros de forma tímida, embora venha ganhando força desde a última década.

Sua natureza jurídica, vale recordar, é alvo de discordâncias no campo doutrinário: ora sendo enquadrada como lucro cessante, ora como dano emergente, embora a posição dos especialistas no tema seja essa última, tendo em vista que para ser lucro cessante, a perda a ser considerada seria a do resultado final pretendido que deixou de ser alcançado pela vítima, desprezando, assim, o fato de que este resultado final seja hipotético, e portanto não indenizável, já que não há como garantir que se nada tivesse interrompido o curso normal dos acontecimentos, o agente teria logrado êxito na sua pretensão final.

Viu-se que mais coerente é que o dano seja enquadrado como dano emergente, partindo do fato de que o que se perdeu foi, na verdade, a chance de obter aquela vantagem, e não a vantagem em si, sendo portanto um dano certo.

Além disso, também foi abordada a necessidade da chance ser real e séria, já que simples esperanças ou desejos aleatórios não são passíveis de reparação. E isso significa que, para que haja o direito à indenização, o sujeito tenha perdido uma real possibilidade de conseguir aquilo que almejava, devido a violação de uma lei, contrato, ou na lesão a algum direito de outrem. A questão, inclusive, levantou divergência doutrinária, pois foi defendido por uma corrente, influenciada pelas noções italianas sobre o tema, que é necessário se estabelecer um patamar mínimo de chance para que sua violação seja reparável, e o piso ajustado foi de 50%. Para outros autores, conforme demonstrou-se, esse patamar mínimo pode causar injustiças, já que a atribuição desse percentual passa pelo subjetivismo dos entendimentos dos magistrados, que julgam de acordo com a razoabilidade, sendo assim importante que cada caso seja analisado à luz de suas peculiaridades para se verificar a possibilidade ou não de tutela jurídica.

Após essa análise, passou-se no terceiro e último capítulo ao estudo da nossa problemática em si, explanando inicialmente as linhas gerais da responsabilidade civil do Estado, que poderá ser objetiva, como ocorre na maioria dos casos e se caracteriza pela desnecessidade de se comprovar a culpa do agente estatal que causou o dano, ou subjetiva, nos casos de omissão quando o Estado tinha o dever de agir mas não o fez. Objetivamente, o Estado se enquadra na teoria do risco integral, quando ele se responsabiliza pelos atos de seus agentes, cabendo para si o direito de regresso, enquanto que, subjetivamente, o que se evoca é a culpa do serviço, quando há lacunas na prestação e garantia de direitos dos administrados.

O concurso público, que é peça fundamental no presente estudo, também foi apontado, já que a Constituição Federal o traz como instrumento obrigatório, salvo disposições em contrário, de seleção dos ocupantes de funções públicas. Este procedimento obedece sempre a um edital, que é considerado a lei do certame, pois vincula tanto a Administração quanto aquele que presta o concurso. O desrespeito ao edital gera para o concurseiro a possibilidade de ser indenizado, e transforma o Estado no agente que deve arcar com a reparação, evocando-se, na maioria desses casos, a perda de uma chance.

Pela análise feita, constatou-se que o Poder Público tem o dever de reparar quando um de seus agentes que o representa gera algum dano indenizável. E como a chance de auferir uma vantagem de ser nomeado e remunerado pelo serviço



público possui valor patrimonial, qualquer interrupção injusta em seu fluxo normal oriunda de um ato do Estado deverá ser indenizada por este. Conforme foi demonstrado, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a aplicação da teoria francesa da perda da chance nesses casos.

No primeiro julgado trazido no presente estudo, foi concedida a indenização pela perda de uma chance depois que uma banca organizadora realizou uma etapa do concurso de forma divergente ao que o edital previa, excluindo, assim, injustamente, dois candidatos que acabaram sendo ressarcidos pelos danos sofridos. A chance foi considerada séria e real porque os candidatos já haviam passado em 50% das fases, consideradas inclusive como sendo as mais difíceis. A questão é importante porque, conforme mostrou-se no segundo julgado analisado, onde o candidato só havia passado na primeira fase, restando ainda muitas outras pela frente, a perda de uma chance não foi reconhecida, justamente porque a chance de passar em todas as fases que faltavam era muito pequena, tornando o dano hipotético e portanto não indenizável.

Também foi considerado que a legitimidade passiva para responder por tais danos cabia à banca organizadora contratada para realizar o certame e, subsidiariamente, ao Estado, desde que este não tenha concorrido diretamente para a ocorrência do dano, fato este que, se constatado, o torna solidário na reparação com a banca. Foi o que extraiu-se do terceiro caso analisado no capítulo, onde o Estado teve seu pedido de ilegitimidade passiva para estar na causa indeferida, com base na responsabilidade objetiva atribuída à Administração Pública.

É o objeto do presente estudo, portanto, um tema que vem ganhando ascensão no ordenamento jurídico-legal brasileiro, pela importância dos concursos públicos e pela possibilidade de serem ocasionados danos em sua realização, como a perda de uma chance, acarretando em prejuízos que devem ser reparados pelo Estado, desde que trate-se de uma chance séria e real.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 12ª.ed. São Paulo: Atlas. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 11 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 491. Publicado no DJ de 10-12-1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2298>. Acesso em: 11 de jan. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COUTINHO, Alessandro Dantas, RODOR, Ronald Krüger. Manual de Direito Administrativo – Vol. Único. 4ª ed. Saraiva, 2016.

FONTENELE, Francisco, DANTAS, Alessandro. Concurso Público – Direitos Fundamentais dos Candidatos. 1. Ed. São Paulo: Método, 2014.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. Concursos Públicos. 1ª. ed. Atlas, 2008.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 10ª. ed. Saraiva, 2016.

MELO, Nehemias domingos de . Lições de direito civil: obrigações e responsabilidade civil– Vol. 2. 2ª. ed. Atlas, 2014.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil. 6ª. ed. Forense, 2015.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 4ª ed. Saraiva, 2013.

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil - Vol. IV - Responsabilidade Civil. 16ª. ed. Atlas, 2016.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 3ª. ed. Atlas, 2012.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 965.758. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 19 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>, acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. AgRg no Recurso Especial N.º 1.220.911. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento: 17 de março de 2011. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>, acesso em: 30 jan. 2017. Acesso em: 11 de jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível N.º 0048520-47.2004.8.19.0001. Quinta Câmara Cível. Relator: Suimei Mera Cavalieri. Julgamento: 29 de abril de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>. Acesso em: 11 de jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível N.º 0063616-49.2010.8.26.0114. Quinta Câmara Cível. Relator: Tereza Ramos Marques. Julgamento: 20 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>. Acesso em: 11 de jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. Apelação Cível N.º 0700540-36.2011.8.04.0001. Relator: Suimei Mera Cavalieri. Julgamento em 14 de março de 2016. Disponível em: <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322089403/apelacao-apl-7005403620118040001-am-0700540-3620118040001>. Acesso em: 11 de jan. 2017.

