

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

MARIA LUIZA MALTA COSTA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
DIREITO DO TRABALHO**

UBERLÂNDIA
2017

MARIA LUIZA MALTA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Márcia Leonora Santos Régis Orlandini

MARIA LUIZA MALTA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Uberlândia, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora
Márcia Leonora Santos Régis Orlandini

Professor Avaliador
Jean Carlos Barcelos Martins

AGRADECIMENTOS

Sinto-me imensamente grata a todos que, de alguma forma, contribuíram para a conquista de mais uma etapa na minha formação acadêmica.

A Deus, por me capacitar e abençoar os meus sonhos.

Aos meus pais, agradeço por todo o apoio e compreensão. Sou eternamente grata por não medirem esforços quando se trata da minha felicidade. Assim como me ensinaram, hoje tenho certeza que, com muito esforço e dedicação, posso vencer qualquer desafio.

Ao Henrique, que acompanhou toda a minha trajetória acadêmica e, com muito amor e paciência, me apoiou nos dias mais difíceis.

Agradeço a professora Márcia, especialmente pelas orientações e pela confiança depositada no meu trabalho. Foi através das suas aulas que eu me apaixonei, ainda mais, pelo Direito.

Por fim, agradeço aos amigos e professores, que torcem muito para o meu sucesso.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a aplicação do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito das relações de trabalho. A partir do desenvolvimento histórico da teoria, examina-se sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua compatibilidade com os princípios específicos do Direito do Trabalho. São abordados os principais conceitos e pressupostos da teoria da perda de uma chance, ressaltando a relevância desse instituto na evolução da responsabilidade civil. Distingue-se a perda de uma chance de outras espécies de dano reconhecendo-a como dano autônomo, o que pode ocasionar indenização por dano patrimonial e/ou extrapatrimonial. Por fim, analisam-se alguns julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho, assim como do Tribunal Superior do Trabalho, em que se reconhece a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara laboral, tanto em fase pré-contratual quanto contratual e pós-contratual.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Teoria da Perda de Uma Chance. Relações de Trabalho. Compatibilidade.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the application of the civil liability institute for the loss of a chance in the scope of labor relations. From the historical development of the theory, it examines its application in the Brazilian legal system, as well as its compatibility with the specific principles of Labor Law. The main concepts and assumptions of the theory of the loss of a chance are discussed, emphasizing the relevance of this institute in the evolution of civil responsibility. The loss of a chance is differentiated from other species of damage recognizing it as an autonomous damage, which can cause damages for patrimonial and/or off-balance damage. Finally, some judgments of the Regional Labor Courts are analyzed, as well as the Superior Labor Court, which recognizes the application of the theory of the loss of a chance in the labor market, both in the pre-contractual as contractual and post-contractual phases.

Keywords: Civil Liability. Theory of the Loss of a Chance. Work relationships. Compatibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	9
1.1 Primeiras manifestações	9
1.1.1 As primeiras manifestações na França no século XX	9
1.1.2 Evolução doutrinária da perda da chance e seu reconhecimento no Direito Italiano	10
1.2 Relevância do tema e Conceito Jurídico	11
1.3 Natureza Jurídica	13
1.3.1 Perda de uma chance como dano patrimonial: dano emergente, lucro cessante ou	
terceira modalidade?	13
1.3.2 Perda de uma chance como dano extrapatrimonial	17
1.3.3 Posicionamento adotado.....	20
2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO	
BRASILEIRO.....	24
2.1 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial	24
2.2.1 Primeiras manifestações em um tribunal brasileiro	26
2.2.2 O caso “show do milhão”	27
2.3 Fundamentos para o acolhimento da teoria	30
2.4 Pressupostos da indenização pela perda de uma chance.....	32
2.4.1 A probabilidade da chance	32
2.4.2 A dificuldade de configuração do nexo causal.....	34
2.4.3 Prova do Dano	37
2.5 Quantificação do Dano	39
3. PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO.....	42
3.1 Compatibilidade.....	42
3.2 Perda de uma chance nas diversas fases contratuais.....	45
3.2.1 Perda de uma chance pré-contratual.....	45
3.2.2 Perda de uma chance contratual	49
3.2.3 Perda de uma chance pós-contratual	53
3.3 Perda de uma chance no TST.....	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

Assim como a sociedade, o instituto da responsabilidade civil encontra-se em constante evolução, visando a reparação de danos injustos que decorrem, naturalmente, das interações sociais. Atualmente, verificamos que a mudança de paradigma da responsabilidade civil, que transferiu o foco da culpa do agente para a satisfação e tutela da vítima, acarretou na expansão dos danos ressarcíveis, reforçando os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da reparação integral.

São diversas as situações cotidianas em que as pessoas são privadas da chance de se obter uma determinada vantagem ou de se evitar um prejuízo: a perda do prazo recursal devido à desídia do advogado; o médico que retira as chances de vida de um paciente ao dispensá-lo de exames essenciais; o empregador que obsta a chance do trabalhador de conseguir melhores condições de salário.

Por muito tempo o dano decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito brasileiro. Isso porque a reparação do dano exigia a certeza de que, sem o ato ofensor, a vantagem seria alcançada. Não se vislumbrava a possibilidade de existir um dano desvinculado do resultado final.

Aos poucos, fortemente influenciado pelo instituto francês (*“perte d’une chance”*), assim como os estudos realizados na Itália, o tema começou a ser debatido no âmbito judicial brasileiro, forçando ao reconhecimento da existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada.

Nesse viés, a teoria da perda de uma chance ganhou espaço na doutrina e na jurisprudência nacional e trouxe uma nova concepção de dano passível de indenização. Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e das probabilidades, hoje é possível vislumbrar a possibilidade de o indivíduo ser responsabilizado por sua ação ou omissão voluntária que retira a oportunidade de se obter determinada vantagem, ainda que o resultado final não seja objeto de certeza.

Diante da relevância social do tema em comento, bem como o crescente número de demandas judiciais que abarcam o assunto, o presente estudo tem como escopo a análise do instituto da responsabilidade pela perda de uma chance.

O trabalho possui como objetivo geral traçar os principais conceitos que envolvem a teoria, estabelecendo os pressupostos para a reparação do dano e analisando a sua aplicação em casos concretos.

A aplicação da teoria da perda de uma chance, contudo, não se restringe ao campo do Direito Civil. O presente estudo tem por objetivo específico demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria especialmente nas relações de trabalho, analisando a responsabilidade nas diversas fases contratuais. Também se pretende traçar a linha de raciocínio seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Para tanto, utilizou-se do método indutivo, partindo da análise de casos concretos que evidenciam e delimitam a aplicação da teoria da perda de uma chance. Ademais, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com o aprofundamento nos conceitos relacionados à responsabilidade civil com enfoque sobre a teoria da perda de uma chance no Direito do Trabalho.

1. CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

1.1 Primeiras manifestações

1.1.1 As primeiras manifestações na França no século XX

A jurisprudência francesa, até a década de 1930, apresentou uma aversão histórica ao reconhecimento do valor jurídico da chance perdida, uma vez que as regras aplicadas à reparação da responsabilidade civil exigiam a prova da certeza do dano. Apesar disso, a França foi precursora na adoção da teoria da perda de uma chance como instituto capaz de atribuir responsabilidades.

Os textos estrangeiros e parte da doutrina nacional encontram sedimentos da perda de uma chance no julgamento da *Chambre de Requêtes*, datado de 17 de julho de 1889, em que a Corte aceitou conceder indenização a um indivíduo que, em decorrência de negligência profissional de um oficial ministerial, teve extintas as chances de êxito em uma demanda judicial. Rafael Pateffi da Silva, estudioso da perda de uma chance à luz da doutrina francesa, defende que este caso é o exemplo mais antigo encontrado na jurisprudência francesa de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance¹.

Por outro lado, Flávio da Costa Higa, em sua análise histórica sobre as manifestações, na França, da teoria da perda de uma chance, verifica que vários juristas franceses, em suas referidas obras, citam casos reais. Um exemplo é o julgamento da já referida *Chambre de Requêtes*, em que não se abordou a teoria propriamente dita, “mas que poderiam ter sido solucionados de uma maneira mais justa, caso tivesse sido reparadas as chances perdidas”².

Esclarecida a inexatidão histórica da primazia do julgamento de 1889, em 1932 a publicação de uma obra pelos irmãos Mazeaud³, dedicando alguns trechos à perda de uma chance, fez com que a jurisprudência francesa, a partir da década de 1930, desse outro sentido ao tema.

No mesmo ano, a Corte de Cassação prolatou seu primeiro acórdão concedendo a reparação pela perda da chance dos autores de adquirir um imóvel que desejavam, em face de um notário. Flávio da Costa Higa disserta que, apesar do julgado de 1932 ter sido a primeira

¹ SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 10-11.

² HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

³ MAZEAUD, Henri e Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil. délictuelle et contractuelle apud*, ibidem, p. 22.

manifestação da Corte de Cassação, autorizando a reparação das chances perdidas, o caso é pouco conhecido e “não teve o condão de servir de guia para as demais decisões, diante da ausência de ampla discussão doutrinária edificada a partir dele”⁴.

Dois anos após, em 1934, a Corte de Cassação Francesa se pronunciou novamente favorável a reparação das chances perdidas, ao rejeitar um recurso contra a decisão que condenou um advogado que havia deixado prescrever a pretensão de seu contribuinte. Neste último caso, o argumento sustentado pela Corte de Cassação foi de que, não fosse a negligência do réu, a vítima dispunha da chance de obter sucesso em sua pretensão.

1.1.2 Evolução doutrinária da perda da chance e seu reconhecimento no Direito Italiano

O tema sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, na Itália, foi discutido por Giovanni Pacchioni antes mesmo da entrada em vigor do atual Código Civil Italiano. Através da análise de alguns casos em que alguém, por meio de uma conduta culposa, priva outrem de uma possibilidade de lucro, o autor defende que essas situações geram uma possibilidade aleatória, incerta, e incapaz de causar um dano patrimonial⁵.

Ao contrário deste posicionamento, Adriano de Cupis, em uma publicação de 1966, reconheceu a existência de um dano passível de indenização nos casos analisados por Pacchioni⁶. Na concepção de Sérgio Savi, Adriano de Cupis foi um dos autores mais importantes da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito italiano, visto que “reconheceu a existência de um dano autônomo consistente na chance perdida, inseriu a perda de chance no conceito de dano emergente e limitou a possibilidade de indenização às chances sérias e reais”⁷.

Veja-se que quando Adriano de Cupis altera o enquadramento da perda de uma chance de lucro cessante para dano emergente, considera-se a perda da chance de vitória e não a perda da própria vitória. Com isso, exclui-se qualquer dúvida quanto à certeza do dano, tornando possível a admissão de indenização nestes casos.

⁴ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

⁵ PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano*. Parte Seconda: Diritto delle obbligazioni, p. 110 *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

⁶ CUPIS, Adriano de. *II Dano: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: p. 263-265 *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12

Em que pese a construção doutrinária destes juristas, o primeiro caso (*leading case*), considerado pela doutrina, a admitir a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance na Itália, foi julgado em 1983 pela Corte *di Cassazione*.

O caso em comento envolveu a empresa “Stefer”, que convocou alguns trabalhadores a participarem de um processo seletivo para a contratação de motoristas. Depois de terem realizado diversos exames médicos, alguns candidatos foram impedidos pela empresa de participarem das demais etapas da seleção, necessárias à conclusão do processo de admissão⁸.

O entendimento do juiz de primeiro grau foi no sentido de reconhecer o direito dos trabalhadores de serem admitidos, desde que aprovados nas provas que não fizeram, condenando a Stefer a indenizá-los pelo atraso na admissão. O Tribunal de Roma, por sua vez, reformou a sentença, afirmando que o dano decorrente da perda da chance não é indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, que não foi demonstrado de forma segura e, como tal, insuscetível de ser valorado ou liquidado de forma equitativa.

A corte di Cassazione cassou a decisão, ao fundamento de que a indenização concedida aos candidatos não correspondiam à perda do resultado positivo – o emprego –, mas à perda da possibilidade de atingirem o resultado útil, qual seja, o direito de participar das provas ulteriores necessárias para a contratação. Esta possibilidade já existia quando a empresa impediu os candidatos de participarem das demais etapas da seleção, configurando lesão de seus direitos.

1.2 Relevância do tema e Conceito Jurídico

O desenvolvimento das atividades econômico-industriais e da sociedade como um todo resultaram em uma mudança de paradigma da responsabilidade civil, transferindo o foco da culpa do agente causador do dano para o ressarcimento da vítima. Nesse sentido, a nova ideia de responsabilidade ampliou significativamente o conceito de dano reparável, o que para Rafael Pateffi da Silva significa que “fatos como quebras de expectativas ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis”⁹.

A responsabilidade civil, portanto, avança no sentido de reparar não somente os danos diretos e tangíveis, como também os danos intangíveis e as expectativas. Em uma realidade em que estamos cercados pelas probabilidades e possibilidades da vida social, o direito deve

⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

⁹ SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

considerar as incertezas como integrante das soluções jurídicas, em observância ao princípio da reparação integral do dano.

A recepção dessa teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro significa o reflexo de que, o direito, como ciência social, depara-se com diversas situações imprevisíveis, sendo dever de a ciência jurídica oferecer respostas aos problemas gerados dessa instabilidade. Ainda que ausente dispositivo legal que regule o tema, a teoria da perda de uma chance deve ser adotada, acompanhando a expansão dos danos ressarcíveis.

E, apesar da dificuldade de se estabelecer um conceito imutável, quando se trata da ciência do direito, é preciso esclarecer, didaticamente, o conceito jurídico da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

A chance consiste em uma expectativa hipotética, materializada em um ganho ou dano final, a depender do sucesso do processo aleatório. Se o processo é interrompido por um ato ilícito de determinado indivíduo, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável, sendo que esta pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza e, portanto, reconhecido como dano reparável¹⁰.

A teoria da perda de uma chance objetiva indenizar a vítima pelo insucesso em alcançar determinada finalidade, nos casos em que a expectativa do ganho lhe foi retirada devido à conduta do agente ofensor da perda de uma chance. Por isso, veremos que a indenização será quantificada com base na chance perdida, e não correspondente à vantagem esperada.

O conceito jurídico da perda da chance, portanto, respalda-se na retirada de uma possibilidade, probabilidade ou expectativa do indivíduo de auferir uma vantagem ou de evitar a ocorrência de um evento danoso.

Para quantificar um dano é necessária, primeiramente, a existência de um dano reconhecido como indenizável, que possa, posteriormente, ser transformado em um valor numérico que represente a obrigação do agente em reparar a vítima do evento danoso. A doutrina e a jurisprudência são unâimes ao entenderem que não é possível a responsabilização sem a existência de um dano, o que não significa que todo dano enseje reparação.

O dano ressarcível, portanto, será aquele que possui como características a certeza, a atualidade e a subsistência, afastada qualquer causa de exclusão da antijuridicidade ou culpabilidade do agente.

¹⁰ SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

Uma leitura superficial do art. 186 do Código Civil brasileiro, que estabelece que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*, combinado com o art. 927 do mesmo diploma, poderia causar a impressão de que a expressão “violar direito” se refere a um direito subjetivo do sujeito. Assim, somente quando a conduta violasse direito subjetivo individual o dano seria passível de ressarcimento.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência possuem entendimento no sentido de ampliar o conceito de danos ressarcíveis, englobando também as lesões a legítimos interesses dos indivíduos. Nesse sentido, considera-se o dano injustamente provocado ao indivíduo, pouco importando se sua origem se vincula à violação de direito subjetivo ou de interesse legítimo. O foco se volta para alguém que suportou um prejuízo causado por outrem, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

A indenização pela perda de uma chance não se trata, portanto, de um direito subjetivo, mas sim de lesão a um interesse juridicamente relevante, causadora de um dano injusto e merecedor de ressarcimento.

1.3 Natureza Jurídica

Desenvolvido o esboço histórico da responsabilidade civil pela perda de uma chance e ressaltada a relevância atual de tal instituto, passa-se à análise sobre a natureza jurídica dessa modalidade de dano, que nada mais é do que determinar em qual categoria ela se encontra dentro do sistema jurídico. Afinal, a perda de uma chance se enquadra na modalidade de dano patrimonial (dano emergente, lucro cessante ou uma terceira espécie) ou dano extrapatrimonial (dano moral ou nova espécie de dano extrapatrimonial)?

1.3.1 Perda de uma chance como dano patrimonial: dano emergente, lucro cessante ou terceira modalidade?

No aspecto jurídico, patrimônio corresponde a um conjunto de direitos apreciáveis em pecúnia. O dano patrimonial, por sua vez, é resultado da lesão a bens economicamente valiosos, que pode ser apreciado após o evento danoso, ao se comparar a situação real do patrimônio com a situação hipotética que se apresentaria caso não tivesse ocorrido tal evento lesivo.

A noção de dano patrimonial, portanto, não considera o conceito jurídico de patrimônio, mas sua expressão econômica, que se traduz no conjunto de bens economicamente valorados pelo sujeito.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o dano patrimonial consiste na “lesão concreta, que afeta a um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e indenização pelo responsável”¹¹. Esse conceito leva em consideração a natureza do interesse do lesado, já que a responsabilidade pela perda de uma chance se baseia na violação de um interesse juridicamente relevante e protegido.

Partindo-se do pressuposto de que para a configuração do dano patrimonial é necessária lesão a um interesse diretamente relacionado aos bens economicamente úteis, podemos questionar se as chances perdidas se enquadram nesta modalidade de dano.

Há quem sustente que a chance, sob o aspecto econômico, representa uma situação potencialmente apta a produzir, com certo grau de probabilidade, um benefício, não possuindo um valor de mercado, nem sendo passível de apreciação econômica. A potencialidade da chance só poderia ser mensurada se o resultado final acontecesse.

Em contrapartida, observando o conceito histórico de bem e reconhecida a sua relatividade, percebemos uma variação na noção de utilidade, já que as necessidades do homem se transformaram com o decorrer do tempo. Nesse sentido, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral sustenta que as transformações históricas no conceito de utilidade atribuíram à chance perdida valoração econômica e que “na atual conjuntura, as expectativas de auferir um resultado vantajoso, apesar de não negociáveis ou passíveis de troca, apresentam-se com utilidade econômica”¹².

A partir de tais considerações, observa-se o caráter econômico das chances perdidas, principalmente quando considerado o crescimento das atividades produtivas, marcadas pela expansão dos meios de produção, pelas novas tecnologias e formas de obtenção de lucro. As relações de concorrência, conquista pelo mercado e a busca por novos clientes revelam que as possibilidades de se obter vantagens possuem relevância econômica e que sua interrupção, gerando lesão ao interesse relativo ao patrimônio do indivíduo, se enquadra na hipótese de dano patrimonial.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev., atual. de acordo com a reforma do CPC. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 66.

¹² AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 99.

Desta forma, considerando-se a perda da chance como dano patrimonial, resta saber se está relacionada ao lucro cessante, ao dano emergente ou se seria uma terceira espécie.

A literalidade do art. 402 do Código Civil Brasileiro determina que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que se efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O lucro cessante relaciona-se à violação de um direito ainda não totalmente concretizado, um bem ainda não existente no patrimônio do sujeito, que fica prejudicado em adquirir um novo direito em decorrência da lesão sofrida. É a perda de uma vantagem futura revestida de certeza e esta modalidade de dano patrimonial se aproxima da perda de uma chance, pois ambas se relacionam com a reparação de um provável dano, um prejuízo futuro, cuja apreciação requer a utilização de cálculos probalísticos.

Não distinguir tais institutos, contudo, é defender que a reparação pela perda de uma chance só é possível quando comprovado pelo lesado que, se não fosse o evento danoso, ele provavelmente alcançaria o resultado almejado. Além de provar que sem o fato danoso ele não perderia a chance, seria necessário, ainda, demonstrar a plausibilidade de ocorrer o resultado desejado.

A qualificação da perda de uma chance como lucro cessante a vincula ao resultado final e, se adotada, resultaria na falta de reparação do dano, justamente pela impossibilidade de demonstração de que o resultado final seria concretizado ou da certeza da presença de condições para obtê-lo.

No lucro cessante, o nexo de causalidade é inegável, pois a conduta do agente é causa do prejuízo final. Os pressupostos ou condições para a constatação do dano estão presentes e podem ser provados. Já na chance perdida, não há um dano futuro, mas uma perda atual, pois o que se repara é a chance perdida, e não o resultado final.

O dano emergente, por sua vez, conforme dicção do art. 402 do Código Civil Brasileiro, está relacionado com aquilo que já integra o patrimônio do sujeito, isto é, o prejuízo sofrido direto ou indiretamente que, devido ao evento danoso, diminuiu seu patrimônio, seja essa perda um bem ou valor. A indenização, neste caso, deve corresponder necessariamente à totalidade do dano, observado o princípio da reparação integral.

Em uma visão ontológica, enquadrar a perda de uma chance como modalidade do dano emergente significa reconhecê-la como um bem autônomo, integrante do patrimônio jurídico do sujeito, que possui relevância jurídica e econômica, e que existe

independentemente de um resultado final. Sua indenização, portanto, não guarda relação com o resultado final¹³.

Assim, a possibilidade de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo é parte integrante do patrimônio do sujeito no momento do evento danoso, sendo dano atual, certo e preexistente ao evento danoso. A retirada da chance consiste em dano emergente, pois, quando comparado o patrimônio existente antes do evento danoso e depois, verifica-se a diminuição patrimonial.

Ressalta-se que, ao encaixar a perda de uma chance como dano emergente, há importantes consequências no âmbito probatório, uma vez que a vítima possui um ônus de prova simplificado, que se resume à demonstração da existência de uma possibilidade de alcançar o resultado almejado.

Ademais, verifica-se que o nexo de causalidade estabelecido é entre a conduta do agente e a subtração da chance, no exato momento em que a chance é extinta do patrimônio do sujeito. Portanto, não há nexo causal entre a conduta e a perda da vantagem final.

Em que pese os argumentos apresentados, esse posicionamento é alvo de críticas, pelo fato da chance sempre estar predestinada a desaparecer, seja pela realização do objetivo, seja pela sua frustração. Assim, não pode ela ser trocada, vendida ou doada. Os críticos entendem que considerar a chance como um bem autônomo seria criar um ente patrimonial que só é reconhecido quando lesado e que poderia ensejar várias ações de indenizações fundamentadas em meras esperanças.

As críticas, contudo, não prosperam, já que para configurar a reparação pela perda de uma chance são exigidos requisitos específicos, ensejando indenizações somente para os casos em que se trata de chances sérias e concretas. A indenização pela perda de uma chance, assim, carrega a certeza do dano, pois considera a possibilidade perdida. Perdida a chance, o dano é certo.

Nesse sentido, Sérgio Savi ensina que:

Ao inserir a perda de uma 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)¹⁴.

Tem-se, então, para essa abordagem, a caracterização da chance perdida como um dano emergente, materializado na própria chance e não no resultado final não alcançado.

¹³ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 131.

¹⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 122.

Há, ainda, outro posicionamento defendido por alguns doutrinadores¹⁵ que entendem tratar as chances perdidas como uma terceira modalidade de dano patrimonial, em razão de suas peculiaridades.

Para os poucos adeptos desta corrente, a perda de uma chance reúne as duas teses anteriores, reconhecendo a chance como parte atual do patrimônio (dano emergente), mas que possui característica da incerteza, verificada pela possibilidade de ocorrência (lucro cessante). Assim, não poderia a perda de uma chance se enquadrar em nenhuma das hipóteses apresentadas, constituindo uma terceira espécie de dano patrimonial.

1.3.2 Perda de uma chance como dano extrapatrimonial

A expansão dos danos ressarcíveis, já comentada no presente estudo, ocasionou o reconhecimento da perda de uma chance como dano passível de reparação através do instituto da responsabilidade civil. Os três posicionamentos apresentados, até então, compreendem a chance como integrante do patrimônio do lesado, o que leva a enquadrá-la como dano patrimonial.

Vale comentar, entretanto, a concepção doutrinária e jurisprudencial que entende a chance perdida como dano extrapatrimonial, especificadamente como dano moral. Apesar da falta de um conceito sólido sobre o dano extrapatrimonial, observa-se nos julgados brasileiros o tratamento da perda de uma chance como dano moral, o que, de certa forma, atribui subjetivismo do magistrado aos casos concretos.

No tocante ao posicionamento doutrinário, Sérgio Novais Dias entende que a perda de uma chance se enquadraria como dano moral em situações nas quais a matéria discutida no processo judicial não teria chances de êxito. Nesse caso, não se poderia pensar em dano patrimonial por parte do advogado, pois a falta do recurso, sem chances de êxito, não traria benefício nenhum ao cliente. Por outro lado, “o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior”¹⁶.

Antônio Jeová Santos, ao discutir o assunto, analisa a situação de um excelente violinista e ganhador de várias premiações que sofre um acidente, causando lesões nos

¹⁵ Na doutrina nacional, encontram-se os posicionamentos de Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7, p. 198 e 200) e Raimundo Simão de Melo (Indenização pela perda de uma chance. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017).

¹⁶ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999. p. 67

tendões do braço e que, além de lhe impedir de tocar, frustrou sua brilhante carreira. Nesse caso, pelo histórico de sucesso do profissional, é possível atribuir “certo grau de certeza” de que seria um grande músico não fosse a lesão sofrida, o que enquadra a perda da chance como “agregador do dano moral”¹⁷.

Na jurisprudência, são vastos os casos que consideram a perda de uma chance como dano moral. Como exemplo, temos os Embargos Infringentes nº 598.164.077, julgado pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que possui a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELOS FISCAIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. Demonstrada a falha na aplicação de prova prática de datilografia em concurso público pela inobservância das regras do Manual de Instruções para Fiscalização, segundo as quais deveriam ser recolhidas todas as cinco folhas entregues ao candidato, cabia à Administração Pública comprovar que este não as restituíra. Na falta desta prova, é de se presumir que a prova restou extraviada por culpa da Administração. Hipótese em que restou demonstrada a violação ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos com a perda da chance concreta de lograr aprovação e de ser nomeado. Embargos acolhidos. Votos vencidos¹⁸.

No caso apresentado, o candidato que participava de um concurso público para o cargo de oficial escrevente foi reprovado, em função de ter a sua prova zerada devido à organização do concurso não ter localizado a mesma. Uma vez que a prova de datilografia não constitui uma etapa considerada obstáculo para os candidatos em geral, o acórdão reforça a seriedade da chance perdida pelo autor.

O Juiz de primeiro grau condenou o réu ao pagamento, a título de dano moral, da quantia correspondente a cinco vencimentos do cargo concorrido. Apesar da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dar provimento ao recurso, o voto vencido que prevaleceu no julgamento dos Embargos Infringentes, que elevou a condenação para dez vencimentos, também a título de dano moral.

Verificamos também a aplicação dessa tese na Apelação Cível nº 70006606487, julgado pelo mesmo Tribunal, acerca da responsabilidade civil do advogado que perdeu o prazo de interposição do recurso. Mesmo que assumida a escassa chance de provimento do recurso, o tribunal reconheceu o direito da autora de ter a sua demanda apreciada, o que

¹⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997. p. 110.

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 598.164.077, 1º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em 6 de novembro de 1998.

configura a perda de uma chance. A reparação foi a título de dano moral, decorrente da expectativa frustrada. Assim ficou ementado:

RESPONSABILIDADE CML. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. 1 - Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Alegação da ocorrência de greve por parte dos juízes federais, e consequente dedução de que houve a suspensão dos prazos processuais. Negativa de matrícula em disciplina na faculdade de Medicina. Mandado de segurança denegado. Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pela impetrante. 2 - Valor fixado na sentença a título de ressarcimento por danos morais (10 salários-mínimos) que permanece inalterado já que consentâneo com as circunstâncias do caso concreto e com os parâmetros adotados pela câmara. 3 - Em não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Ausência da comprovação da necessidade. Deserção verificada. Improveram os apelos da autora e do corréu Luiz Carlos, e não conheceram do recurso do corréu Guaraci¹⁹.

Também sobre a responsabilidade civil do advogado, o julgamento da Apelação Cível nº 680.655-1 reforça claramente o enquadramento da perda de uma chance como dano moral, conforme a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA SÓ APÓS O DECURSO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE AVALIAR O DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE DE VER O PLEITO EXAMINADO PELO JUDICIÁRIO. MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO²⁰.

Neste caso, a desídia do advogado de ingressar com a ação dentro do prazo prescricional ensejou a reparação da chance perdida do autor de ter a sua demanda apreciada pelo poder judiciário.

O relator, em seu voto, ressaltou a dificuldade de estabelecer o valor da reparação, tendo em vista que não se poderia atribuir à condenação o valor do pedido formulado, mas a

¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70006606487. Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em 6 de novembro de 2003.

²⁰ SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 8ª Câmara, Apelação Cível nº 690.655-1. Rel. José Arnaldo da Costa Telles. Julgado em 23 de outubro de 1996.

perda da chance de ver seu pleito analisado. Assim, condenou o advogado ao pagamento de quantia equivalente a cinquenta salários-mínimos, fundamentando que “a indenizabilidade do dano moral, constitucionalmente estabelecida (art. 5, V), oferece respaldo mais que suficiente à condenação”.

Extraí-se, da análise de tais julgados, que a conduta desidiosa do advogado, seja perdendo o prazo de interposição do recurso, seja perdendo o prazo para propositura da ação, ocasiona uma lesão moral em relação à contratação do serviço. Nesse sentido, verificamos que, quando o dano pela perda da chance é considerado exclusivamente um dano moral, a indenização possui um caráter compensatório, e não reparatório.

1.3.3 Posicionamento adotado

Reconhecida a possibilidade de reparação pela chance perdida e expostas as teses que discutem a natureza jurídica dessa espécie de dano, encontramos argumentos que sustentam seu enquadramento como dano patrimonial (existindo quem diga que seja dano emergente, lucro cessante ou terceira modalidade), assim como outros consideram, principalmente pelos posicionamentos jurisprudenciais, tratar-se de dano exclusivamente extrapatrimonial (dano moral ou agregador do dano moral).

O posicionamento adotado neste estudo, entretanto, acompanha os ensinamentos de Anna Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, que entende que a determinação da natureza jurídica do dano pela perda de uma chance está vinculada ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado. Isso significa que, quando se busca um objetivo que apresenta interesse de caráter extrapatrimonial, o dano pela perda de uma chance terá natureza extrapatrimonial. Em contrapartida, quando o lesado se encontra em uma situação em que se persegue uma vantagem de cunho patrimonial, ou que evitaria uma diminuição de seu patrimônio, o dano terá natureza patrimonial²¹.

A título de exemplo, podemos identificar que, se um advogado perde o prazo em uma ação na qual se discute a guarda de um menor, estamos diante de um interesse extrapatrimonial, revestido de afeto, sentimento em relação à unidade familiar. Ao não interpor o recurso, o advogado retira a chance do autor de rever a guarda de seu filho menor, o que configura perda de uma chance, indenizável como dano extrapatrimonial.

²¹ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 123-137.

Por outro lado, se a ação na qual o advogado perde o prazo recursal trata-se de interesse econômico, por exemplo, em uma ação trabalhista com pedido de horas extras, a indenização será cabível devido à frustração da chance de ter a sua demanda apreciada, demanda esta que envolve interesse econômico, configurando, portanto, um dano de natureza patrimonial.

Em relação ao dano pela perda de uma chance de natureza patrimonial, Anna Cláudia Amaral tece importantes considerações a respeito de enquadrá-lo como lucro cessante ou dano emergente. Em razão das semelhanças que possuem com ambas as modalidades, a autora defende que a perda de uma chance “se coloca em paralelo com o lucro cessante e o dano emergente, como modalidade distinta de dano patrimonial, aqui nominado dano emergente *sui generis*”²².

A frustração da oportunidade perdida, portanto, poderá ocasionar danos de naturezas distintas, patrimonial e extrapatrimonial. Devido às suas características singulares, o dano pela perda de uma chance encontra-se mutável e, nas palavras de Anna Cláudia Amaral, “não há maneira de classificá-lo a priori, e sem análise do caso concreto, como dano emergente, lucro cessante ou dano moral, estendido em sentido amplo como dano extrapatrimonial”²³.

O Supremo Tribunal de Justiça no acórdão do Recurso Especial nº 1.079.1850-MG, publicado em 04/08/2009, se posicionou em relação à responsabilidade civil pela perda de uma chance. O caso tratava-se da responsabilidade civil por perda de uma chance do advogado, que agiu de forma negligente, perdendo o prazo de interposição do recurso. Vejamos a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

²² AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 134.

²³ *Ibidem*, p. 135.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.
 - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.
 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
- Aplicação da súmula 7, STJ²⁴.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do acórdão, defendeu a possibilidade da perda de uma chance dar origem a danos de naturezas distintas – extrapatrimoniais e patrimoniais, dependendo do caso concreto.

Em outro exemplo, podemos citar o emblemático caso que envolveu o maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima. O atleta liderava a prova nas Olimpíadas de Atenas, em 2004, quando um padre irlandês, Cornelius Horan, inexplicavelmente, invadiu a pista de corrida e o segurou por alguns instantes, impedindo que Vanderlei ganhasse a prova. Ainda assim, o atleta conquistou a medalha de bronze.²⁵

Nesse caso, José Afonso Dallegrave Neto comenta que é inegável que havia uma possibilidade real de vitória, o que ocasionou prejuízos de naturezas diversas ao atleta. O dano emergente pode ser facilmente constatado na perda do prêmio; o lucro cessante, na eventual perda de renovação de contratos futuros com patrocinadores; e o dano moral, na ofensa à sua honra e o seu constrangimento enquanto pessoa, tendo em vista que o ato culposos retirou do atleta seu desejo subjetivo de conquistar uma prova, após tantos anos de preparo e treinamento.²⁶

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.079.1850-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11 de novembro de 2008. Disponível em <www.stj.jus.br>.

²⁵ ZH ESPORTES: *Vanderlei Cordeiro de Lima é bronze na maratona*. Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/noticia/2004/08/vanderlei-cordeiro-de-lima-e-bronze-na-maratona-661094.html>>. Acesso em 2 de março de 2017.

²⁶ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 246.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Posicionamento doutrinário e jurisprudencial

O estudo da responsabilidade pela perda de uma chance no Brasil, diferentemente da França e Itália, é recente e enfrenta opositores quanto à sua admissão no ordenamento pátrio. Contudo, considerando o grau de desenvolvimento tecnológico, as diversas formas de interação social e a ocorrência de danos, ainda que acidentais, que nos cerca dia a dia, o tema ganha espaço e inspira discussões teóricas e acadêmicas.

Para fundamentar o acolhimento da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, Agostinho Alvim analisa a situação em que um advogado, por negligência, deixa de apelar, impossibilitando que seu cliente restabeleça o seu direito²⁷. No caso, considerando que não existia cláusula penal com a previsão do prejuízo, como o autor poderia fazer prova de que, se interposto o recurso, este seria provido?

Diante desse questionamento, Agostinho Alvim reconhece a existência de um dano diferente da perda da causa, que incide na perda da chance de ter a matéria reexaminada pelo Tribunal, sendo este dano passível de prova de certeza e de quantificação²⁸. Em harmonia com a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, o doutrinador entende que o dano recai na perda da oportunidade de ver o recurso julgado pela instância superior.

Em contrapartida, ao analisar o mesmo caso, Carvalho Santos defende que:

[...] somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas, ainda aí, parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada²⁹.

Diferentemente de Agostinho Alvim, Carvalho Santos sequer enxerga a perda da oportunidade de ver a causa reexaminada, visto que enquadra a perda de uma chance no conceito de lucro cessante. Dessa forma, exigir a prova de que o recurso seria provido inviabiliza qualquer anseio pela indenização da chance perdida.

²⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. Ed. atualizada, Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965. p. 190-191.

²⁸ idem.

²⁹ CARVALHO Santos, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321-322.

Ainda sobre a problemática da perda da chance na responsabilidade civil do advogado, Sérgio Novais Dias discorre que as duas soluções possíveis para a situação conduzem a um resultado injusto. Isto porque uma solução propõe que o advogado não deve ser responsabilizado, devido à incerteza do dano, e a outra sustenta a responsabilidade integral do advogado, medindo o prejuízo entre a situação de origem e aquela em que se estaria caso sua pretensão tivesse sido inteiramente acolhida.

Para ele, a chance por si só considerada teria apenas valor extrapatrimonial nas hipóteses em que, pela matéria discutida, o recurso não teria possibilidade de ser provido. Em suas palavras:

É claro que toda vez em que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não havia probabilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano patrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano que se pode considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior³⁰.

Nesse sentido, o autor Sérgio Novais Dias insere a perda de uma chance no conceito de lucro cessante, exigindo a certeza, ainda que relativa, de que se obteria êxito caso interposto o recurso. Assim, o juiz, na análise da pretensão indenizatória, deveria fazer um juízo de probabilidade de sucesso. Em caso de remotas probabilidades de êxito, o cliente não teria a sua pretensão indenizatória afastada³¹.

Por outro lado, Sérgio Savi sustenta que a perda de uma chance deveria ser considerada como dano emergente quando tiver cunho patrimonial. O autor defende que a perda já constituía o patrimônio daquele que sofreu a lesão, atribuindo certeza a uma situação hipotética, já que não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de conseguir a vantagem.

Sergio Cavalieri Filho, ao questionar se a indenização pela perda de uma chance deve ser concedida a título de dano moral ou material e, neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante, parece concordar com as considerações tecidas por Sérgio Savi. Ademais, Cavalieri defende que, independentemente de qual enquadramento for feito, “a

³⁰ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado*: perda de uma chance, São Paulo: LTr, 1999, p.

67.

³¹ Idem.

indenização deve corresponder à própria chance que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização”³².

2.2.1 Primeiras manifestações em um tribunal brasileiro

Passando-se à análise da posição jurisprudencial, a teoria da perda de uma chance é tema cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, apesar dos tribunais estaduais pátrios reconhecerem a possibilidade de indenização pela chance perdida, desde que concreta, ainda encontram dificuldades para adequar os conceitos dessa teoria.

As primeiras manifestações a respeito da perda de uma chance no direito brasileiro ocorreram no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdãos prolatados pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Na primeira oportunidade, no ano de 1990, foram fixados os pressupostos da teoria, mas apenas para afastá-la do caso concreto. Já no segundo julgado, um ano após, houve o reconhecimento da indenização fundamentada na chance perdida.

No primeiro caso³³, a autora pleiteava indenização dos danos decorrentes de erro médico, pois havia se submetido a uma cirurgia de correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia de grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe causavam névoa no olho operado. O Tribunal entendeu que a hipermetropia e as cicatrizes na córnea eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico, estabelecendo um nexo de causalidade entre a atitude culposa e o dano final. Não se tratava, portanto, de indenização por perda de uma chance.

No segundo caso³⁴, em que a perda de uma chance foi reconhecida, a autora da ação havia contratado o réu como seu advogado para ajuizar uma ação contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), objetivando o recebimento de pensão previdenciária em razão da morte de seu marido. A ação judicial foi distribuída em 1975 para a 1ª Vara Cível de Novo Hamburgo, mas o processo extraviou e jamais chegou àquele cartório. O advogado não informou o extravio dos autos à sua cliente e tampouco providenciou a sua restauração, cerceando o direito da autora de ter o seu pedido apreciado.

³²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 84.

³³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Apelação Cível 589069996. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 12 de junho de 1990.

³⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Apelação Cível 591064837. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 29 de agosto de 1991.

O Desembargador Ruy Rosado de Aguiar reconheceu que a atitude negligente do advogado fez com que a autora perdesse a chance de ver a sua ação julgada pelo Tribunal, ressaltando em seu voto de que não há como assegurar que a autora venceria a demanda, mas que é irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o prejuízo. O acórdão está assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela chance perdida.(Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991).

A decisão, ainda, esclareceu que na fixação da indenização deveria ser observado o fato de que o dano correspondia apenas à chance perdida.

2.2.2 O caso “*show do milhão*”

O programa “Show do milhão”, protagonizado por Sílvio Santos e veiculado no SBT, proporcionou uma discussão judicial a cerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, em julgamento realizado em 8 de novembro de 2005. Considerado pelos doutrinadores como um verdadeiro *leading case*, o STJ acolheu tal teoria, ressaltando aspectos importantes, como se verifica na ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROBIDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido³⁵.

O programa de televisão, o qual a autora havia participado, consistia em um jogo de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo totalizava o valor de R\$1.000.000,00 (um milhão

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. Recurso Especial 788.459-BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 8 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 11 abr. 2017.

de reais) em barras de ouro. Nas últimas etapas do desafio, a penúltima pergunta valia R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) e, a última, o valor total do prêmio.

Conquistado o valor da penúltima pergunta, foi apresentada a “pergunta do milhão” à autora, que era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território Brasileiro?”. As alternativas apresentadas à participante eram: (a) 22%; (b) 2%; (c) 4%; e (d) 10%.

Diante dessa pergunta final, a autora decidiu não respondê-la, por considerar que não havia resposta correta, garantindo, assim, que não perdesse o prêmio de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) até então conquistados.

Não obstante, sentindo-se prejudicada pelo programa, a participante ingressou com ação judicial, pleiteando ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, correspondente ao valor dos R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). Argumentou que o programa agiu de má-fé ao formular uma pergunta sem resposta, inviabilizando a possibilidade da autora de conquistar o prêmio final.

Realmente, a Constituição Federal não especifica o percentual do território brasileiro reservado aos índios. Em sua defesa, a ré alegou que a resposta está fundamentada no artigo 231 da Constituição Federal, que dispõe que: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os bens”.

Conforme reconhecido na sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador, no entanto, a pergunta final do programa é clara ao se referir a um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como pertencente aos índios, sendo que a Carta Magna não menciona, em nenhum dos seus dispositivos, a resposta supostamente correta. Utilizou-se como fundamentação na sentença:

Conclui-se, assim, que sendo a pergunta verdadeiramente irrespondível, foi retirada da autora a CHANCE de ganhar o prêmio máximo do jogo, o que inegavelmente constitui-se num prejuízo a ser ressarcido.

A perda da chance consiste no fato de que a autora perdeu a oportunidade de tentar realmente acertar a pergunta que lhe daria o prêmio máximo, em face de sua má formulação.

É certo que não se poderá jamais saber se ela acertaria a resposta (se essa existisse), e nisso consiste o fundamento da teoria da perda de uma chance: é que nunca se virá a saber se o resultado positivo realmente aconteceria, uma vez que a chance de tal ocorrer passou... e não haverá retorno.

Conforme se verifica da sentença, a indenização tem por base a teoria da perda de uma chance, uma vez que o programa retirou da participante a possibilidade de conquistar o prêmio final, ao apresentar uma pergunta que não possui resposta. A ré foi condenada, em primeira instância, ao pagamento de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), montante esse que seria recebido caso a autora acertasse a pergunta final.

Cumprе ressaltar que, conforme já exposto no presente trabalho, o valor da indenização não poderia corresponder a quantia de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), uma vez que este corresponde ao valor que a parte receberia caso não tivesse sido lhe retirada a chance de obter o resultado positivo. Assim, a indenização deveria ser um valor inferior, por abarcar a perda da chance, e não do resultado.

Tal equívoco na quantificação do dano foi objeto de recurso especial, em que a ré requereu, caso o STJ mantivesse a condenação, que o valor fixado fosse minorado, pois parte do pressuposto de que a autora responderia a última pergunta corretamente. Como se tratavam de quatro alternativas, a chance de a autora responder corretamente era de 25%, devendo a indenização ser fixada com base nesse percentual.

O Ministro Fernando Gonçalves, acertadamente, entendeu que deveria ser aplicada ao caso a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, acolhendo o recurso especial para reduzir a indenização nos termos em que requerido pela parte ré. Em seu voto, disserta sobre a impossibilidade de se afirmar, com absoluta certeza, que a autora acertaria uma nova pergunta que viesse a ser formulada e que, dessa forma, não é possível condenar a recorrente ao pagamento da integralidade do valor que ganharia se obtivesse êxito na pergunta final.

O Ministro, ainda, reconheceu que a chance de ganhar o prêmio máximo do programa já fazia parte do patrimônio da autora quando da conduta da ré e, portanto, perdida a chance, a autora possuía direito à reparação do dano.

Ao contrário da decisão proferida na via ordinária, o cálculo matemático utilizado para se obter o valor da indenização considerou as chances reais que a autora tinha de acertar a pergunta. Como a chance era de 25%, a ré foi condenada ao pagamento de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). Vale transcrever, aqui, parte do voto do Ministro Fernando Gonçalves:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro dos parâmetros

regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à “pergunta do milhão”.

Isto porque, há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório de que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final [...]. Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão [...]

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

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete bem as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

O acórdão, portanto, chama a atenção para dois aspectos importantes: primeiro, por considerar a perda da chance como um dano passível de indenização; segundo, por estabelecer critérios e limites quanto à aplicação dessa teoria, afastando pretensões indenizatórias que não correspondam a chances sérias e reais, além de quantificar a possibilidade de forma a considerar a chance perdida e não o resultado desejado.

2.3 Fundamentos para o acolhimento da teoria

O estudo do surgimento da teoria da perda de uma chance, conforme já visto, apontou que a França e a Itália foram pioneiras em discutir o assunto, reconhecendo a aplicação de indenização pela obstrução de uma chance real, a qual resultaria, em tese, em uma vantagem. No Brasil, o tema é cada vez mais frequente nos tribunais, o que nos desperta aos motivos e fundamentos da admissão desta teoria no ordenamento jurídico pátrio.

Apesar da ausência de previsão legal no Código Civil Brasileiro sobre a reparação pela chance perdida, é necessário realizar uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos que regulamentam a obrigação de indenizar, em consonância com os princípios esculpidos na Constituição Federal.

Assim como nas codificações francesas e italianas, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, prevê uma cláusula geral de responsabilidade civil, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O art. 927 do mesmo diploma, por sua vez, determina a reparação do dano como consequência do ato ilícito.

A cláusula geral de responsabilidade civil significa que o dano foi tratado de forma ampla, sendo que a lei não restringe o seu conceito, nem especifica as suas modalidades. Essa cláusula permite que a chance seja reconhecida com um bem protegido, de forma que sua perda enseja à reparação.

Desse modo, não há nenhum obstáculo para se reconhecer a indenização fundamentada na perda de uma chance, ainda que esta não esteja prevista expressamente na legislação.

Ademais, o direito brasileiro, sob a mesma ótica do direito francês, consagra em vários dispositivos o princípio da reparação integral dos danos.

O Código Civil Brasileiro de 1916 já o fazia em seu artigo 1059, dispondo que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, ao trazer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, implicitamente determina a reparação do dano injusto. O Código de Defesa do Consumidor também ressalta tal princípio expressamente em seu art. 6º, VI, estabelecendo como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O atual Código Civil Brasileiro, por sua vez, foi ainda mais incisivo em seu art. 944, caput, ao determinar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

O princípio da reparação integral dos danos objetiva estabelecer um equilíbrio entre o dano e a reparação, assegurando, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante* do lesado. Conforme ensina o Ministro Sanseverino, podem ser identificadas três funções para o princípio da reparação integral:

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real)³⁶.

Cumprido esclarecer que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, que prevê a possibilidade de redução equitativa da indenização nos casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, deve ser interpretado em harmonia com a Constituição Federal.

³⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral* - Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

Assim, o aplicador da lei fará sempre uma ponderação de princípios constitucionais na fixação do valor da indenização.

No tocante à indenização pela perda de uma chance, poderíamos pensar, equivocadamente, que se trata de uma reparação parcial do dano, devido à falsa percepção de que o dano não foi integralmente reparado. Contudo, devemos compreender que a reparação é integral, mas, como o dano equivale à chance, que é sempre menor que o todo, o valor da indenização da perda da chance é necessariamente inferior àquele que se teria obtido caso o processo aleatório não fosse interrompido.

Dessa forma, se o princípio da reparação integral determina que o lesado deve ser reparado em todos os danos causados, podemos incluir, também, o dano decorrente da perda de uma chance de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, visto que consiste em um mal injusto que poderia ter sido evitado se não fosse a conduta de outrem. Nesse sentido, ensina Sérgio Savi:

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano³⁷.

Portanto, ignorar a possibilidade de indenização fundamentada na perda de uma chance resultaria em um retrocesso ao desenvolvimento da responsabilidade civil, que atualmente busca privilegiar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva.

2.4 Pressupostos da indenização pela perda de uma chance

2.4.1 A probabilidade da chance

A perda da chance, como já analisado, consiste na frustração de se obter uma vantagem em um processo aleatório em curso, devido à conduta do agente lesante, sendo impossível afirmar que, sem a intervenção da conduta danosa, o resultado positivo seria alcançado. A peculiaridade dessa chance é que ela representa uma possibilidade real e concreta e, ao mesmo tempo, carece de uma demonstração efetiva de seu resultado final.

³⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

Há, portanto, a necessidade de probabilidade da chance perdida e, conforme ensina Fernando Noronha, o valor da reparação da perda de uma chance depende do grau de probabilidade que existia de ser alcançada a vantagem esperada, ou de se evitar um dano futuro³⁸.

Juridicamente, a chance de se obter uma vantagem ou se evitar um prejuízo constitui uma entidade patrimonial e não se confunde com a mera expectativa de fato ou simples hipótese. A chance, por estar dentro da esfera da probabilidade, é suscetível de valoração autônoma, enquanto que a hipótese encontra-se no campo da suposição, sem qualquer expectativa real de que venha a acontecer.

Para comprovar a existência do dano pela perda da chance, é comum a adoção de uma probabilidade considerada suficiente, que possa possibilitar que o juiz, diante do caso concreto, avalie se a conduta efetivamente causou o dano e se convença da certeza da chance.

Cumprе ressaltar que alguns países, no que tange à comprovação do dano, sustentam a necessidade de que a possibilidade de obter um resultado favorável deva alcançar um percentual a 50%, caso contrário não se poderia demonstrar a certeza do dano. Essa exigência, também defendida por Sérgio Savi³⁹, no entanto, vincula a perda da chance à perda do resultado útil e não à perda da possibilidade de alcançar o resultado final.

Em outras palavras, essa abordagem determina que a presença de 50% de probabilidade seja uma condição para a existência do próprio dano, o que poderia resultar em decisões injustas, que vislumbram as chances perdidas de forma demasiadamente objetiva.

Nesse sentido, ensina Ana Cláudia do Amaral que:

Não convém caracterizar as categorias dos danos indenizáveis, utilizando como parâmetro um índice previamente determinado sobre percentual fixo, mas, sim, auferir através de mecanismos justos, quando presente o dano pela perda da chance, em cada caso concreto. A não adoção de padrão rígido consubstanciado na fixação de um percentual mínimo constitui solução mais justa, por conceder ao juiz a possibilidade de auscultar os fatos que permitam a sua convicção da injustiça do dano, propiciando uma decisão equânime na difícil tarefa de fixação do dano pela perda da chance⁴⁰.

³⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 672.

³⁹ Nas palavras do autor, “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, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65).

⁴⁰ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 194.

Dessa forma, a chance não está dispensada de apresentar certo grau de certeza do dano sofrido, mas deve ser avaliada segundo as circunstâncias do caso, com base no critério da causalidade jurídica.

2.4.2 A dificuldade de configuração do nexo causal

A indenização pela perda de uma chance, como já estudado, decorre da aplicação dos mesmos elementos da responsabilidade civil esculpidos no artigo 186 do CC/02, quais sejam, o dano, o ato culposos e o nexo causal.

A grande problemática circunda o nexo de causalidade, que nada mais é que o liame que vincula a causa imputável ao lesante, sendo necessário compreender as diferentes teorias aplicadas na identificação da relação de causa e efeito entre a ofensa e o prejuízo sofrido.

Para melhor compreensão do tema, inicialmente, imprescindível se faz distinguir o “dano da perda de uma chance” do “dano final”. Vejamos: em uma situação em que em uma famosa modelo é impossibilitada de participar da fase final de um concurso devido à falta de pagamento da inscrição, que deveria ter sido realizada pela sua assessora, o “dano final” seria a perda do prêmio oferecido na competição, enquanto que, o “dano da perda de uma chance” consiste na retirada da possibilidade de a modelo competir.

Nesse caso, não podemos concluir que a falta da inscrição foi a causa necessária para a perda do prêmio (dano final), pois não há certeza de que, se inscrita, a modelo lograria êxito no concurso. Não se pode negar, por outro lado, que existe um dano causado pela omissão da assessora, visto que a modelo perdeu a chance de ganhar o prêmio. Dessa forma, vislumbra-se a perda de uma chance como um dano específico, desvinculado do dano final.

Há autores que, em consonância com o raciocínio elaborado no presente estudo, entendem a perda de uma chance como um dano autônomo, independente do resultado final. Para eles o nexo causal é o liame entre o ato do ofensor e a própria perda da chance.

Em contrapartida, existe uma corrente doutrinária que entende que a perda da chance não está dissociada do dano final, existindo uma proporção de causalidade entre a conduta do lesante e o dano final, sendo que a chance perdida deve ser calculada seguindo esta proporção.

A Teoria da Equivalência das Condições, também chamada de *conditio sine qua non*, entende que, quando houver mais de uma causa concorrendo para determinado resultado, todas devem ser consideradas eficientes na condução do dano. Para haver a reparação basta que o fato atribuído pelo agente seja um antecedente do dano e, conforme ensina Fernando de

Sandy Lopes, o agente não responde pelo dano quando provar que ele teria acontecido, ainda que ausente o evento danoso⁴¹.

Todas as condições são consideradas indispensáveis para a existência do dano, inexistindo apenas uma causa. Assim, para essa teoria, se um indivíduo A atira uma pedra no indivíduo B, ocasionando um corte superficial e, quando levado ao hospital, morre em decorrência de um incêndio no local, o indivíduo A seria responsabilizado pela morte de B, uma vez que a sua conduta concorreu para o resultado morte.

Alvo de muitas críticas, essa concepção nos leva a busca de diversas causas anteriores, o que poderia resultar em uma decisão incoerente. Apesar da tentativa de classificar as concausas em juridicamente relevantes e irrelevantes, há uma dificuldade de identificar nos casos concretos as concausas irrelevantes, e, por esse motivo, essa teoria perdeu força e já não é considerada causa toda *conditio sine qua non* do dano.

A Teoria do Dano Direto, por sua vez, também opera com as *conditio sine qua non*, mas se diferencia da Teoria da Equivalência das Condições uma vez que, no caso de várias causas concorrerem para o evento danoso, elege-se uma delas como causa necessária do dano, a única que irá ensejar reparação.

Para explicar o significado de “direto e imediato”, a subdoutrina que obteve mais adeptos foi a da necessariedade da causa, criada por Dumoulin e Pothier. Para eles, o evento danoso deve ser efeito necessário de determinada causa. Posicionando-se favoravelmente à essa corrente, Agostinho Alvim entende que os danos indiretos ou remotos não se excluem, mas em regra não são indenizáveis⁴².

Veja-se que Pothier explana como exemplo a situação de um indivíduo A que compra uma vaca infectada, acarretando a transmissão da doença aos demais animais de sua propriedade. Depois disso, em razão do não cultivo da terra, alguns credores sequestram e vendem os bens de A por preço ínfimo. Segundo essa corrente, o vendedor da vaca não seria responsabilizado pelos danos decorrentes do sequestro dos bens, pois é uma consequência distante do seu dolo e não uma relação necessária, e, embora a vaca contaminada tenha influenciado o desequilíbrio nos bens, esse pode ter tido outras causas.

⁴¹ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 390.

⁴² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. Ed. atualizada, Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965. p. 351.

Nessa perspectiva, o surgimento de uma causa superveniente rompe o nexo causal entre a primeira causa e o dano. Considera-se como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.

Ademais, essa interrupção do nexo de causalidade não se dá pela distância temporal, mas pelo surgimento de outra causa. Assim, nem sempre a causa direta e imediata será a mais próxima do dano, mas aquela que foi determinante, com uma proximidade lógica, e não temporal.

Em contraposição, a Teoria da Causalidade Adequada aponta que, dentre as várias causas que concorrem para o evento danoso, há uma mais adequada, ou seja, mais idônea para gerar o dano. Nessa relação de adequação, Caio Mário da Silva afirma que o juiz deve descartar, dentre os antecedentes do dano, aqueles fatos que são menos relevantes, sobressaindo aquele que “está em condições de necessariamente tê-lo produzido”⁴³.

Nesse mesmo diapasão, o juiz deve realizar um juízo de probabilidade, analisando se os danos efetivamente ocorreram como consequência do fato praticado. Assim, primeiramente se observa se a causa geral (*in abstracto*) seria capaz de ocasionar o dano e, depois, verifica-se o caso *in concreto*, analisando se o fato foi, realmente, causa do dano.

A partir da análise das teorias apresentadas acerca do nexo causal, Gisela Sampaio Cruz entende que, no Brasil, a verificação do nexo de causalidade é feita de forma “intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra”.⁴⁴ A seu ver, os tribunais muitas vezes confundem as teorias, que por si só já são complexas e objetos de poucos estudos, sendo natural que a doutrina e a jurisprudência não delimitem os aspectos tratados por cada teoria.

Apesar das distorções conceituais, há fortes defensores da Teoria do Dano Direto e Imediato, principalmente, no que tange à sua positivação pelo art. 403 do CC, que dispõe que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Para Gustavo Tepedino, o referido artigo não abrangeu a Teoria da Equivalência das Condições, nem a da Causalidade Adequada, sendo que ambas “gerariam resultados exagerados e imprecisos, estabelecendo nexo de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados efetivamente produzidos”.⁴⁵

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 79.

⁴⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Renovar, 2005. p. 122.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

Por outro lado, a principal crítica a esta teoria é que ela impede a indenização dos danos indiretos. Somente a Teoria da Causalidade Adequada permite que a indenização também alcance os danos mediatos, ao considerar que a distância entre o fato e o evento danoso não é propriamente a temporal, mas a lógica.

No tocante ao posicionamento adotado neste trabalho, que considera a perda da chance como um dano indenizável, específico, e que se diferencia do dano final, observa-se que a causa deve ser uma *conditio sine qua non*, ou seja, é necessário que a hipotética ausência da causa corresponda à inoccorrência do dano. Esta exigência torna impossível a reparação do dano final, tendo em vista que a conduta lesante não é causa necessária para o surgimento do dano final.

Para que o dano pela perda da chance seja passível de indenização, deve estar presente o pressuposto do nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano da perda da possibilidade de se auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, sendo que tal liame não se vincula com o dano final.

Conclui-se, assim, que a melhor maneira de se visualizar o nexo causal na perda de uma chance é através da síntese das teorias do Dano Direto e Imediato e da Causalidade Adequada, sendo que uma causa é necessária justamente por ser adequada, só podendo-se selecionar a causa adequada dentre aquelas que, no caso concreto, se mostram indispensáveis à ocorrência do dano.

Ademais, o art. 403 do CC deve ser interpretado com o intuito de afastar o dano meramente hipotético. Conforme explica Judith Martins-Costa, “a prova da existência do dano e adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real) configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”.⁴⁶

2.4.3 Prova do Dano

Ainda que difícil sua constatação, o dano pela perda da chance, assim como todos os demais danos abrangidos pelo instituto da responsabilidade civil, precisa ser provado para que enseje a indenização. As simples alegações não possuem o condão de exigir tal reparação, sendo que as possibilidades de sucesso no processo aleatório devem estar devidamente demonstradas, caso em que se justificará o ressarcimento.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo II. p. 527.

Dessa forma, Ana Cláudia do Amaral aponta que a perda da chance exige duas provas a serem consideradas pelo juiz: a primeira diz respeito à existência do dano pelas chances perdidas e a segunda ao *quantum indenizatório*⁴⁷.

A prova da existência do dano está relacionada à demonstração do nexo de causalidade entre a conduta lesante e a perda da chance. Ou seja, conforme já explanado, o juiz observará se a conduta antijurídica foi causa necessária para a interrupção do processo aleatório, retirando da vítima, definitivamente, todas as possibilidades de se obter uma vantagem esperada.

O nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e a interrupção do processo aleatório, quando comprovado, demonstra a existência do dano pela perda da chance, reconhecendo, assim, que a chance constitui um interesse jurídico do lesado, e que já integrava seu patrimônio no momento da conduta.

No tocante à segunda prova, a avaliação do *quantum debeatur* está relacionado ao percentual de probabilidade para alcançar a vantagem esperada ou do prejuízo que poderia ser evitado. Tal prova pode ser obtida através da realização de perícia, necessária na apreciação de matérias técnicas, que se esquia do conhecimento jurídico.

Devido às particularidades do dano pela perda da chance, a prova não pode ser revestida de requisitos rígidos, impondo-se certa flexibilização quanto à análise de sua existência, podendo ser demonstrada por meio de testemunhas e presunção simples. Ainda assim, a prova do dano deve oferecer consistência, precisão e segurança quanto ao grau de probabilidade da chance no caso concreto.

Importante ressaltar que o resultado final jamais será absolutamente certo, tendo em vista que é intrínseco à perda da chance que o processo aleatório seja interrompido diante de uma possibilidade, expectativa, desejo de se obter um resultado útil. Se o resultado final é certo, não se fala em reparação pela perda da chance, mas de indenização integral em decorrência de um dano efetivo e comprovadamente sofrido.

Feitas essas considerações, observa-se que a existência do dano pela perda da chance independe do resultado final que se desejava alcançar, bastando provar que a causa da interrupção do processo foi a conduta antijurídica, que retira do lesado a possibilidade de auferir uma vantagem. Nas palavras de Fernando Noronha, “o dano é a perda da própria

⁴⁷ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 173.

chance que o lesado tinha antes da conduta antijurídica, perda esta que é um prejuízo distinto do benefício que era esperado”⁴⁸.

Nesse sentido, a perda da chance é reconhecida como interesse juridicamente relevante, integrante do patrimônio do indivíduo, sendo que a lesão a esse interesse causa um prejuízo, resultando em um dano, que não só pode como deve ser demonstrado.

2.5 Quantificação do Dano

O dano pela perda de uma chance, objeto da presente pesquisa, é tido como autônomo e indenizável. Isto porque, como afirmado alhures, o que deve ser demonstrado é o nexo causal entre o ato lesante e a perda da chance, e não o liame entre a conduta ofensora e o resultado final desejado.

Constatada a existência do dano pela perda da chance, é necessário encontrar parâmetros confiáveis para sua justa reparação. Apesar da dificuldade de quantificar a chance e de não haver consenso doutrinário, alguns autores tratam do tema, tecendo importantes considerações, as quais podem dirimir os problemas enfrentados pelos magistrados na quantificação desse dano.

Antes de adentrarmos nos critérios para a quantificação da perda de uma chance, a primeira observação necessária a se fazer é que, como a chance é intrinsecamente aleatória, sua reparação deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem final esperada pela vítima.

É importante ressaltar, mais uma vez, que o fato de a indenização ser sempre menor que o valor total do dano não significa de forma alguma que a reparação é parcial. Conforme explica Ana Cláudia Corrêa, nos casos de perda da chance não há transgressão ao princípio da reparação integral por se tratar de indenização proporcional, “pois engloba a totalidade das chances, menores, por obviedade, do que o resultado final esperado”⁴⁹.

Ressalta-se que a chance perdida constitui um dano e, apesar de ser aleatória a possibilidade de ser alcançada a vantagem esperada, a perda da chance séria e concreta, que tenha como causa necessária o ato do ofensor, deve ser indenizada. Para tanto, o grau de probabilidade de se obter sucesso deve ser considerado para se determinar o *quantum debeatur* indenizatório.

Nesse sentido, Flávio da Costa Higa aponta que:

⁴⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 704.

⁴⁹ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 200.

[...] como a chance nada mais representa do que uma probabilidade (parte) em relação à obtenção do todo, cuja conquista ficou obstaculizada pela superveniência do evento danoso, por óbvio, o valor da indenização será inferior ao dano final, pois sobre este montante deverá ser aplicado um coeficiente de redução, correspondente ao percentual de chances de êxito que a vítima teria de conseguir o resultado.⁵⁰

O coeficiente redutor é utilizado na operação matemática para que o grau de probabilidade seja considerado no valor da reparação. Conforme apresentada na obra de Sérgio Savi, a operação é consolidada na seguinte equação, estabelecida pela Corte de Cassação Italiana: “VIP = VRF x Y, onde: VIP = valor da indenização da chance perdida; VRF = valor do resultado final; Y = percentual de probabilidade de obtenção do resultado final”.⁵¹

Na análise da quantificação do dano pela perda da chance, Fernando Noronha afirma que o valor dependerá da probabilidade da concretização do resultado desejado, sendo que essa probabilidade é materializada como um percentual sobre o valor do dano final. Assim compreende o autor sobre a apuração do valor da indenização:

Esse cálculo será relativamente fácil somente nos casos em que existam condições de determinar quais seriam o valor do dano total e o percentual de probabilidade. Assim, aproveitando um exemplo de Yves Cartier, reproduzido por Pateffi da Silva [2001, p. 28], se um advogado deixa de interpor um recurso em ação que, se tivesse sido julgada favoravelmente, traria uma vantagem econômica de dez mil reais, e se havia 30% de chance de se reverter a sentença, a indenização final pela perda da chance deveria ser de três mil reais.

Nos demais casos, o cálculo da probabilidade nunca será fácil, mas seguramente sem ser mais difícil do que os casos de arbitramento de reparações por danos não patrimoniais.⁵²

Portanto, um dos pontos cruciais para diferenciar o dano pela perda da chance dos demais danos abrangidos pela responsabilidade civil é a premissa de que a sua reparação se dá a partir do cálculo de probabilidade que havia de se obter o benefício esperado ou, nos casos em que o processo aleatório acarretaria em um prejuízo, o grau de probabilidade de se evitar o dano.

Sendo assim, a primeira proposta para a quantificação dos danos é, por excelência, o da aplicação do coeficiente redutor. Quando a oportunidade perdida puder ser facilmente

⁵⁰ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

⁵¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 3 ed. São Paulo, 2012, p. 32.

⁵² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 675.

efetivada por uma operação matemática, como a chance perdida para o êxito de uma ação judicial, ou como ocorreu no caso do “Show do Milhão”, resta simples a sua aplicação.

Contudo, alguns casos concretos podem oferecer dúvidas sobre qual teria sido o resultado final diante da inocorrência do ato lesante interruptor do processo aleatório, sobre o percentual de chances de êxito ou, ainda, sobre a forma de avaliação monetária do resultado perdido.

Para tais situações, Flávio da Costa Higa, em uma análise sobre os métodos de cálculo do dano da perda da chance de cura ou sobrevida nas Cortes norte-americanas, constatou a aplicação da chamada “teoria da diferença”. Conforme ensina José de Aguiar Dias, para essa teoria “o dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”.⁵³

Essa teoria sugere a análise da possível situação da vítima, conforme o curso esperado dos acontecimentos. Significa realizar uma abstração mental acerca das consequências do ato ilícito de modo equilibrado, afastando exageros e meras frustrações de sonhos.

Para Flávio da Costa Higa trata-se, de qualquer forma, de um juízo especulativo, “pois jamais se terá certeza se outra circunstância também poderia intervir de modo a obstar que os acontecimentos, do modo previsto pelo julgador a partir da razoabilidade, se concretizassem daquela maneira”.⁵⁴

Cumpra esclarecer que o coeficiente redutor também será aplicado em tais casos, uma vez que o julgador, primeiramente, aplica a teoria da diferença, a fim de formular um dado hipotético sobre a totalidade da vantagem esperada para, no momento seguinte, aplicar o coeficiente de redução, a fim de considerar a probabilidade da chance se materializar.

Apesar de a teoria possuir seu valor, ela indeniza um dano hipotético, não podendo se falar sequer em aplicação da teoria da perda de uma chance. Não faz sentido, conforme os preceitos estabelecidos até então pela teoria proposta, indenizar um dano que poderá ou não ocorrer.

Dessa forma, observa-se que alguns autores se arriscam no tema da quantificação da indenização por perda da chance. A grande maioria, no entanto, se respalda na fórmula que prevê que o valor da indenização é definido pelo valor do dano final, com a incidência do coeficiente de probabilidade do resultado desejado.

⁵³ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 760.

⁵⁴ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138

3. PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO

3.1 Compatibilidade

A aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance se dá em outros ramos diversos do direito civil. Pretende-se, aqui, estudar a perda de uma chance nas relações trabalhistas, tendo em vista a necessidade de explicar as suas condições, sistematizar suas relações, esclarecer os vínculos e analisar os seus resultados e aplicações.

Desde o desenvolvimento do esboço histórico da teoria da perda de uma chance, realizado neste trabalho, observamos que a seara trabalhista é um ramo favorável à ocorrência desse dano. A França e a Itália, países que se destacam na aplicação dessa teoria, há muito tempo reconhecem a sua expansão ao Direito do Trabalho.

Na França, no início da década de 1980, já havia acórdãos que versavam sobre a perda da oportunidade de se apresentar em um concurso, de empreender uma atividade remunerada, iniciar uma carreira profissional ou, ainda, de se obter um emprego com melhores salários. Na Itália, a primeira aplicação da teoria da perda de uma chance pela Corte de Cassação italiana se relacionava com uma demanda trabalhista, em que determinados candidatos à vaga de motorista, após aprovados nos exames preliminares, foram impedidos de participar das fases subsequentes do concurso.

Como importante ferramenta da responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance também ganhou seu espaço na doutrina nacional, vislumbrando, ainda que de maneira tímida, sua aplicação na seara laboral. Os temas sobre doenças e acidentes de trabalho, por exemplo, encontram campo fértil para aplicação dessa teoria.⁵⁵

Observa-se que esse reconhecimento da aplicação da teoria da perda de uma chance como reparação de um dano injusto, na esfera trabalhista, fomenta a melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º da CF) e vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse viés, a teoria da perda de uma chance reforça o intuito legislativo de proteção aos trabalhadores subordinados, reconhecidos como parte mais fraca do vínculo laboral.

Ademais, a autonomia científica do Direito do Trabalho – que possui um campo temático vasto e específico, teorias e metodologias próprias – não enseja em uma independência, tampouco ruptura com outros ramos jurídicos. Na verdade, é necessário

⁵⁵ MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

compreender o diálogo existente entre os diversos ramos dentro de um sistema jurídico, o que, para Flávio da Costa Higa, propicia “a evolução conjunta do Direito”⁵⁶.

Evidenciada a relação sólida entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, o legislador trabalhista criou regra de Direito Hermenêutico, esculpida no art. 8º da CLT, determinando que, naquilo que o Direito do Trabalho for omissivo, aplicar-se-á outros ramos do direito para solucionar o conflito, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Dessa forma, nota-se não só a comunicação entre os ramos jurídicos, como também uma abertura no diálogo com as demais fontes de integração da norma, o que, para Homero Batista Mateus da Silva, representa, no direito do trabalho, “uma espécie de canal permanente de comunicação com os demais ordenamentos preocupados com a disciplina, sem o constrangimento de o julgado parecer uma carta de princípios ou um postulado de solução legislativa”.⁵⁷

Ademais, o parágrafo único do artigo supracitado demonstra a possibilidade de aplicação de institutos do direito civil subsidiariamente ao direito do trabalho, desde que tais preceitos não colidam com os princípios do direito laboral. Assim, em situações de lacuna, o Direito Civil é aplicado, com a justificativa, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado, de que “o próprio legislador celetista, sabedor da incompletude intrínseca do seu texto, nele insculpiu cláusula de abertura à utilização do direito comum – dentre outros instrumentos – como fonte subsidiária, de modo a colmatar suas eventuais lacunas”⁵⁸.

Como se observa, essa autorização para se utilizar de outras fontes diversas do Direito do Trabalho exige dois requisitos: (i) omissão de norma especial e (ii) compatibilidade de princípios. Isso porque, ao contrário das relações civilistas, em que as partes se presumem iguais, o Direito do Trabalho se presta a reequilibrar a relação de emprego, oferecendo uma maior proteção à figura mais frágil – o empregado.

⁵⁶ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

⁵⁷ SILVA, Homero Mateus Batista da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 1, p. 217.

⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 75.

Diante disso, verificamos que é totalmente aplicável a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho. Não há empecilho legal, já que o legislador trabalhista delegou ao direito comum um caráter supletivo, observado os princípios específicos do Direito do Trabalho.

Ademais, a aplicação da teoria da perda de uma chance, na seara trabalhista, ampara a busca pela melhoria da condição social do trabalhador, tendo em vista que tal instituto representa mais uma ferramenta de proteção aos trabalhadores. Não admitir sua aplicação acarretaria em decisões injustas em que, o trabalhador – parte hipossuficiente da relação – ou receberia uma indenização pelo valor total da vantagem que não foi auferida, ou não receberia nada.

Nesse sentido, a perda de uma chance não só aumenta as possibilidades de reparação de um dano injusto, como também o torna mais equitativo, já que abre mais possibilidades ao juiz, podendo reparar o dano na medida de sua extensão, conforme preceitua o artigo 944 do CC.

Por outro lado, cumpre esclarecer que nem sempre a aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance será a favor do empregado. Os princípios trabalhistas que, inicialmente visam à proteção da parte mais frágil da relação de trabalho, não se sobrepõem a outros pressupostos que regem as relações interpessoais de modo geral, como o princípio da primazia da realidade, o princípio da boa-fé e o princípio da razoabilidade.

Essa chamada “via de mão dupla”⁵⁹ da perda de uma chance significa que há a possibilidade de o empregado ser condenado a indenizar o empregador com respaldo nessa teoria. Embora a hipótese seja menos recorrente, as mesmas justificativas para configuração do dano utilizadas pelo empregado podem ser invocadas quando causados ao empregador.

Para exemplificar tal situação, temos que a lei impõe o comparecimento das partes em audiência, podendo o empregador fazer-se substituir por preposto que tenha conhecimento dos fatos, nos termos do art. 843, *caput* e §1º da CLT.

Consoante Súmula 377 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o preposto deve, necessariamente, ser empregado do reclamado, exceto nas reclamações de empregado doméstico ou em face de micro ou pequenas empresas.

O não comparecimento do reclamado em audiência – geralmente a empresa – pode acarretar diversas consequências, a depender da fase do processo. A audiência trabalhista,

⁵⁹ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195.

apesar de ser una, pode ser desmembrada em várias etapas, sendo que a ausência do reclamado ou do preposto pode acarretar em efeitos diversos.

Nesse caso, a primeira audiência será destinada à conciliação, sendo que o não comparecimento do empregador acarretará em revelia e confissão das matérias fáticas (art. 844 da CLT). Já a segunda audiência é dedicada à oitiva das partes e testemunhas e a ausência resultará apenas em confissão, desde que tenha sido intimado a comparecer para depor, sob expressa cominação de confissão (Súmula 74, I, do TST). A terceira audiência, por sua vez, é destinada para a prolação da sentença e o não comparecimento do reclamado não gera nenhum efeito.

Quando o preposto empregado falta na primeira audiência (de conciliação) sem justificativa, verificamos que não se pode conferir ao dano valor equivalente das pretensões almejadas, já que não há certeza de que a revelia e confissão foram causas necessárias da procedência dos pedidos do autor. Por outro lado, também não se pode afirmar que a presença do preposto, possibilitando a realização de defesa, resultaria em um resultado melhor do que a sua ausência.

Dessa forma, a falta injustificada do preposto em audiência, por não assegurar a defesa, configura a possibilidade de dano causado pelo empregado ao seu empregador, consubstanciado na perda da chance de evitar um prejuízo. Observa-se, ainda, que esse dano não está vinculado ao resultado final, mas à chance de obtê-lo. Conforme os preceitos já traçados, a reparação levará em conta o grau de probabilidade de evitar ou diminuir a condenação sofrida.

Assim, concluímos que a perda de uma chance não só é aplicável na seara trabalhista, como também abarca os dois polos da relação de emprego, sendo que o dano injusto deve ser reparado, sem que isso signifique, necessariamente, a proteção ao empregado.

3.2 Perda de uma chance nas diversas fases contratuais

3.2.1 Perda de uma chance pré-contratual

A aplicação da teoria da perda de uma chance nas relações de trabalho deve abarcar, além da execução do contrato, as fases pré e pós-contratuais. Trata-se de responsabilidade civil aquiliana, baseada na regra geral de que a ninguém é facultado prejudicar outrem (princípio *neminem laedere*). Não se trata de violação à cláusula contratual, já que na fase pré-contratual o vínculo jurídico ainda não se formou, e na pós-contratual, já se exauriu.

Essa responsabilidade decorre da ofensa a um dever de conduta esperado à figura dos sujeitos do contrato. Conforme dispõe o art. 422 do CC, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Observa-se que o princípio da boa fé objetiva, traduzido pelo dever de agir com lealdade, lisura e consideração com a outra parte contratual, excede o âmbito da execução contratual, devendo ser observado desde as negociações preliminares, até mesmo após a rescisão do contrato. Nesse sentido, ensina Fernando Noronha:

A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da contraparte e, em geral, a não indução desta em erro. Essa violação impede algumas vezes a realização do negócio; outras, justificam que este venha a ser invalidado. Tanto num caso como no outro, quando a outra parte, com o propósito de se preparar para cumprir o esperado contrato, tiver sido levada a realizar despesas (seja com estudos, projetos e pesquisas, seja até com a aquisição de máquinas específicas ou de elevada quantidade de matéria prima), ou a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios, terá de ser indenizada.⁶⁰

Portanto, aquele que causa dano a outrem, ainda que antes da celebração do contrato, possui o dever de repará-lo. Se uma das partes, na fase pré-contratual, agir em desacordo ao princípio da boa-fé objetiva, desistindo injustificadamente da concretização do negócio, autoriza-se sua reparação, em virtude da seriedade das negociações.

Cumpre, nesse ponto, esclarecer importante diferença entre negociações prévias e pré-contrato. Este último é um ato jurídico perfeito e acabado que tem por objeto a promessa de celebração de um contrato definitivo e, “caso não efetive (a contratação), existe dano, mas esse dano não decorre de responsabilidade pré-contratual e sim de violação ao pré-contrato”⁶¹.

Já as negociações preliminares, conforme explica José Afonso Dallegrave Neto, “são constituídas de fatos e tratativas em fase incipiente que objetivam fixar as condições e o objeto de um contrato ou de um pré-contrato”⁶².

Essas duas figuras, na prática, se confundem pelo comportamento do empregador, quando solicita ao futuro empregado realização de exame admissional, abertura de conta-

⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 456.

⁶¹ COLEHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 120.

⁶² DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

salário, entrega de documentos, dentre outros. A jurisprudência, normalmente, considera tais atitudes como equivalentes a um pré-contrato.

Quanto à constatação dos elementos essenciais da responsabilidade civil, na fase pré-contratual, aliados aos requisitos necessários para a configuração do dano pela perda da chance, Mauricio Delgado Godinho explica que:

[...] Não é necessariamente inviável, do ponto de vista jurídico, a possibilidade de ocorrência – ainda que rara – de uma eventual obrigação indenizatória, em consequência de prejuízos derivados de uma fase pré-contratual que tenha se mostrado posteriormente frustrada [...]. A perda da oportunidade de celebração de outro contrato em vista do encaminhamento firme de uma negociação pré-contratual, seria situação que poderia ensejar a discussão sobre a viabilidade na incidência da obrigação de indenizar⁶³.

No que concerne às demandas trabalhistas, os julgados sobre a perda de uma chance no estágio pré-contratual versam, praticamente, sobre a frustração da contratação. Além da perda da chance de celebrar outro contrato de trabalho, o dano na fase pré-contratual pode decorrer da perda da possibilidade de se auferir melhores salários, em virtude da não celebração do contrato de trabalho que estava sendo negociado ou, ainda, pode ser causa de um dano extrapatrimonial, em decorrência da angústia sentida por aquele que tem a oportunidade frustrada de concretizar o contrato de trabalho.

Exemplo de um caso que representa a responsabilidade pela perda de uma chance em fase pré-contratual foi o julgado, em 26/06/2013, pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, no Recurso Ordinário nº 1470-12.2011.5.01.0072, assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO. EXPECTATIVA REAL DE CONTRATAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. DEVIDA. A responsabilidade trabalhista não está adstrita à execução propriamente dita do contrato de trabalho, mas alcança, ainda, a fase das negociações pré-contratuais, bem assim questões pós-contratuais, em consonância com os postulados de probidade, ética e boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), bem assim com os princípios fundamentais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV e III, respectivamente). Portanto, as tratativas preliminares que antecedem a contratação formal do trabalhador caracterizam a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas e pressupõe o respeito aos princípios de lealdade de boa-fé. Portanto, à luz da teoria da perda de uma chance que se fundamenta na probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que a perda indevida da vantagem resultou um prejuízo, o não cumprimento de obrigação pré-contratual que obsta a possibilidade de resultado positivo ao trabalhador, constitui inegável dano, moral e material, a

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 996.

ensejar o pagamento de indenizações correspondentes. Recurso do reclamante a que se dá provimento.⁶⁴

No exemplo retratado, o autor, na reclamatória trabalhista, alegou que foi selecionado para a vaga de auxiliar de movimentação de frota, e foi exigida pelo chefe de pessoal e pela funcionária que coordenava o processo seletivo a baixa em sua carteira de trabalho relativamente ao emprego que possuía.

A decisão de primeiro grau não reconheceu a responsabilidade pré-contratual da reclamada, fundamentando ausência de provas de que o autor foi selecionado para a vaga existente e, ainda, que foi obrigado a pedir demissão no emprego que possuía para sua efetiva contratação.

Nesse entendimento, até o término da seleção e a efetiva contratação, existe apenas mera expectativa de direito por parte do candidato. Participar de processo de seleção não é garantia de emprego, pois é de conhecimento do candidato que há risco de não ser aprovado, não gerando tal qualquer dever de indenizar por parte da empresa.

A 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, contudo, entendeu, em sede de recurso ordinário, que as provas dos autos demonstraram que o reclamante participou do processo seletivo, inclusive, submetendo-se a exame admissional e assinando um termo de compromisso. Ademais, verificou-se que o reclamante pediu demissão do seu emprego logo após a conclusão do processo seletivo, e que não soa razoável que ele o faria sem que lhe fosse garantida a sua contratação.

Observa-se, portanto, violação por parte da reclamada do princípio da boa-fé objetiva e do art. 421 do CC, que determina que “a liberalidade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Sendo assim, configurou-se lesão ao patrimônio jurídico do reclamante em face da perda da chance de se beneficiar de uma situação favorável, que lhe proporcionaria melhores condições de vida.

Respalado na teoria da perda de uma chance, o acórdão condenou a empresa, a título de indenização por dano material, ao pagamento da multa de 40% do FGTS e ao pagamento de cinco salários e de aviso prévio. Quanto ao dano moral, buscando a compensação da vítima e com o intuito pedagógico ao ofensor, fixou indenização no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais). Para estabelecer tal valor, foi considerada a condição econômica das partes, bem como observado o princípio da razoabilidade, de forma a evitar valores irrisórios ou montantes que importassem em enriquecimento da vítima.

⁶⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 4ª Turma. Recurso Ordinário 1470-12.2011.5.01.0072. Julgado em 26 de junho de 2013. Rel. Paulo Marcelo de Miranda Serrano. Disponível em <www.trt1.jus.br>. Acesso em 3 abr. 2017.

3.2.2 Perda de uma chance contratual

A teoria da perda de uma chance no Direito do Trabalho é bastante discutida em casos de acidentes de trabalho e doenças relacionadas ao trabalho, haja vista as diversas possibilidades de subtração de chance que tais situações podem ocasionar. O dano sofrido pelo empregado, nessas hipóteses, muitas vezes lhe retira a oportunidade de crescimento profissional e de auferir melhores salários.

Pensemos no caso em que um empregado participa de um processo seletivo interno na empresa, concorrendo a uma vaga que lhe proporcionará melhores condições de salário. Alguns dias após sua aprovação, devido ao não fornecimento de equipamento de proteção adequado, o empregado sofre um acidente de trabalho, causando-lhe incapacidade total para o desempenho de seu trabalho atual, e também para desenvolver o novo cargo da promoção.

Nessa situação, observa-se que no momento da ocorrência do dano, causado pela conduta negligente da empresa, o empregado já tinha em seu patrimônio jurídico o direito a ser promovido e perceber melhor salário. Essa chance foi retirada do empregado devido ao ato ilícito da empresa, que não forneceu o equipamento de proteção necessário.

Se por um lado não podemos afirmar que, se promovido, o empregado permaneceria por muito tempo no cargo e atingiria objetivos de crescimento profissional maiores, por outro podemos garantir que, no momento do dano, a chance de ser promovido era séria e real, o que enseja a reparação baseada na teoria da perda de uma chance.

Nesse mesmo sentido, a 7ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região, em acórdão publicado em 02/10/2008, firmou entendimento de que, quando a promoção legitimamente esperada é obstada por ato ilícito da empresa, o empregado faz jus à reparação consubstanciada na perda de uma chance. Observe a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. VANTAGEM SÉRIA E REAL PERDIDA PELO EMPREGADO EM DECORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR. PERDA DE UMA CHANCE. DANO PATRIMONIAL INDENIZÁVEL. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor. Se o reclamante tinha como justa e real a probabilidade de um ganho salarial decorrente de sua promoção ao cargo de supervisor de vendas da reclamada, porque aprovado em processo seletivo interno da empresa, mas viu perdida a chance de conquistar esse resultado em razão de ato ilícito praticado pelo empregador, quando da sua dispensa, manifestamente abusiva e ilícita, faz jus à reparação patrimonial decorrente deste ilícito. E aqui, independentemente dos ganhos perdidos, o que se indeniza é o

prejuízo consistente na perda dessa oportunidade, a perda da chance real de alcançar a promoção legitimamente esperada.⁶⁵

No caso em tela, o autor, que trabalhava na função de “*back office* de operação” ajuizou reclamatória trabalhista afirmando que havia participado de um processo seletivo interno na empresa, sendo aprovado ao cargo de supervisor para início imediato. Contudo, dias depois, o reclamante foi surpreendido com uma reunião para prestar esclarecimentos sobre determinada conduta na empresa, que configuraria fraude.

A convocação tinha o objetivo de questionar sobre duas recargas que foram feitas no telefone celular do empregado, embora o acesso (login) utilizado não ser dele. Apesar de o reclamante alegar à empresa que não reconhecia os sujeitos que fizeram tal recarga e que não estava envolvido nos fatos, os prepostos mantiveram o autor retido na sala de reunião por mais de uma hora e meia, o que, não suportando mais tal situação, fez com que o reclamante pedisse demissão.

No dia seguinte, após refletir sobre sua atitude, o reclamante retornou na empresa com uma carta de próprio punho, pedindo a reconsideração de sua demissão. Seu desejo não foi acatado pelo RH da empresa e, já muito nervoso, o autor rasgou sua carta de demissão, assinada no dia anterior.

Diante disso, a empresa formalizou sua dispensa por justa causa, fundamentada no art. 482, “a”, da CLT (ato de improbidade). O reclamante, contudo, não foi comunicado, já que não retornou a empresa após o episódio, e nem compareceu ao sindicato para finalizar a sua rescisão contratual.

O Juízo *a quo* entendeu que o ato do reclamante de destruir a carta de demissão foi precedido de coação por parte da empregadora, para que ele rompesse o contrato de trabalho. Dessa forma, a sentença reverteu a dispensa por justa causa em dispensa imotivada e condenou a ré ao pagamento das devidas parcelas rescisórias.

No que tange a perda de uma chance, a decisão de primeiro grau foi no sentido de que a aprovação em teste de seleção para o cargo de supervisor criou apenas a expectativa do direito, o que não acarreta em nenhuma reparação.

Em análise do recurso da reclamada, o acórdão manteve a reversão da dispensa por justa causa em dispensa imotivada e firmou entendimento de que a empresa ultrapassou os limites de seu poder diretivo, o que justificou a reação do empregado e também legitimou

⁶⁵ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 7ª Turma. Recurso Ordinário 1533-2007-112-03-00-5. Julgado em 25 de setembro de 2008. Rel. Emerson Jose Alves Lage. Disponível em <www.trt3.jus.br>. Acesso em 3 abr. 2017.

seu pedido de reparação extrapatrimonial. Ademais, a reclamada não determinou o real motivo de sua dispensa, tendo em vista que o ato de destruição do documento pode ser tido como mau procedimento (aliena b, do art. 482, da CLT), jamais ato de improbidade (art. 482, a, da CLT).

Quanto ao recurso do reclamante, o acórdão reconheceu estar provado no processo que o autor tinha como justa e real a oportunidade de ser promovido a uma função de maior ganho salarial. A empresa, no entanto, retirou a chance do reclamante de conquistar o cargo superior, em razão da sua dispensa abusiva e ilícita.

A decisão, portanto, reforça que o dano decorrente da frustração de uma oportunidade viável e real enseja ao pagamento de indenização pela perda da chance, mas se depara com a dificuldade da fixação do *quantum debeatur*.

Como a indenização pela perda da chance objetiva reparar a própria perda da oportunidade, no entendimento do Tribunal, não se poderia fixar indenização, conforme foi pleiteado, consistente nos ganhos salariais do autor, por 36 meses, considerando o cargo de supervisor. Isso porque, apesar da certeza da promoção do reclamante, não se pode afirmar por quanto tempo nesse cargo ele seria mantido.

Assim, a solução encontrada pelo acórdão foi de considerar o salário do cargo de supervisor para fins de rescisão contratual. Além disso, condenou a reclamada a anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do reclamante a função de supervisor de operação de tele vendas.

O julgado analisado chama a atenção não só por exemplificar a aplicação da teoria da perda de uma chance na fase contratual, mas também por estabelecer elementos importantes no reconhecimento dessa teoria no âmbito das relações trabalhistas. São várias as decisões judiciais, que, equivocadamente, não conseguem identificar o dano, devido à falta de “certeza”. Nesse sentido, leciona Flávio da Costa Higa:

Negar reparação a um trabalhador que perdeu a oportunidade de ser promovido, independentemente do quão adiantadas estavam as tratativas na persecução e na conquista do interesse aleatório, ao argumento da incerteza da promoção, é dizer, de modo subliminar, que o direito material à “chance” não é tutelável juridicamente.

Aliás, a exigência da propalada “certeza” tem sido, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, o mais empecilho à indenização pela perda de uma chance. Não por ser errado exigir “certeza”, pois todo dano deve ser certo, mas pela notória dificuldade em distinguir a chance, como entidade distinta

e tutelável, do resultado final buscado, o que faz com que as Cortes não saibam sobre o que, exatamente, deve-se exigir a “certeza”.⁶⁶

Outro aspecto importante na perda de uma chance na fase contratual é de que recorrentemente há uma confusão entre esse instituto e os lucros cessantes. Cumpre lembrar que a principal distinção entre as duas figuras é de que, apesar de ambas estarem relacionadas com uma possibilidade, nos lucros cessantes utiliza-se de um sistema de presunções, como se soubesse o resultado que teria alcançado. Já na perda da chance, admite-se a incerteza do resultado final, mas que pode ser obtido através de um juízo de probabilidades.

Nesse contexto, Flávio da Costa Higa comenta que essa confusão pode gerar prejuízo na reparação do dano injusto, quando, por exemplo, impede a cumulação de indenização por perda de uma chance com lucros cessantes, fundamentado em *bis in idem*⁶⁷.

Essa situação é explorada pelo autor no caso em que um acidente de trabalho resulta na morte do empregado, ensejando em pagamento de pensão, como vertente dos lucros cessantes. O cálculo do benefício será efetuado através do critério de presunções, considerando-se o que razoavelmente a vítima ganharia, caso estivesse viva.

Se considerarmos, no entanto, que o empregado *de cujus* participava de um Quadro de Carreira, no qual as promoções são alternadas por antiguidade e merecimento, na medida em que alcançados os requisitos necessários à promoção por antiguidade, deveria ocorrer um reajuste salarial no valor da pensão, a título de lucros cessantes. No que concerne às promoções por merecimento, Flávio da Costa Higa entende que “rechaçá-las por não haver ‘certeza’ da conquista das promoções é resolver mal o problema, pois, igualmente, não há ‘certeza’ do fracasso em sua busca”⁶⁸.

No suposto caso, o empregado que é inserido em um plano de carreira possui, naturalmente, a chance de crescimento profissional. Assim, interessante a reflexão proposta por Flávio da Costa Higa, que entende que o pensionamento pode envolver não apenas os reajustes relacionados à promoção por antiguidade, baseado em juízos de presunção, mas também o valor correspondente às oportunidades perdidas, calculadas “de acordo com o grau de probabilidade que a vítima teria de obter as promoções por merecimento”⁶⁹.

⁶⁶ HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 231.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 232.

Por todo o exposto, verifica-se que o tema sobre a responsabilidade da perda de uma chance nas relações de trabalho incide, também, na fase contratual e é objeto de discussão doutrinária e pela jurisprudência. Há, ainda, muita dificuldade de reconhecer nos casos concretos a sua aplicabilidade e, quando reconhecida, de mensurar a sua correta quantificação.

3.2.3 Perda de uma chance pós-contratual

Pautadas na cláusula geral de boa-fé objetiva, as relações obrigacionais acarretam em deveres anexos de conduta, que persistem na fase pós-contratual e obrigam as partes envolvidas no contrato. No âmbito trabalhista, isso significa que as partes devem manter os valores como confiança, lealdade e legalidade, mesmo depois de encerrado o contrato de trabalho.

Nesse sentido, verifica-se a perda de uma chance pós-contratual nos casos em que o ex-empregador presta informações desabonadoras sobre o ex-empregado, ensejando em indenização pela perda da chance, conforme posicionamento do TST no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1475820135030132, julgado em 19/11/2014, que assim ficou ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA . INFORMAÇÕES NEGATIVAS SOBRE O EX-EMPREGADO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. A hipótese é de acórdão que confirma a responsabilidade do ex-empregador por ato lesivo à boa fama do trabalhador. O fato consistiu em gerente ter prestado informações negativas sobre o ex-empregado, que deixou de ser contratado após ser aprovado em entrevista de emprego. Com apoio na prova testemunhal, conclui o acórdão pela configuração do ato ilícito do ex-empregador, deferindo indenização por danos morais de R\$ 5.000,00 e materiais de R\$ 9.000,00. Nesse quadro, incide o dever de indenizar pela perda de uma chance, decorrente da frustração de uma expectativa séria e provável. Destarte, o ato que subtrai da vítima o direito de buscar uma chance de êxito pode resultar em dano emergente, lucro cessante e/ou dano moral. No caso dos autos, intangível o cenário fático descrito pelo acórdão (Súmula nº 126/TST), o deferimento dos danos morais e materiais ajusta-se à teoria da responsabilidade civil por ato ilícito do ex-empregador. Agravo de instrumento desprovido.⁷⁰

Extraí-se da ementa, que a atitude do ex-empregador em prestar informações desabonadoras sobre o ex-empregado, atenta contra a honra, dignidade e boa fama do

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 7ª Turma. Recurso de Revista 1475820135030132. Publicação em 28 de novembro de 2014. Rel. Arnaldo Boson Paes. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em 2 abr. 2017.

trabalhador, além de dificultar a sua reinserção no mercado de trabalho. O dever de indenizar decorre da frustração de uma possibilidade séria e concreta, que foi obstada pela conduta ilícita do ex-empregador.

Dessa forma, verifica-se a admissão da *culpa post factum finitum* no âmbito das relações trabalhistas, calcada no princípio da boa-fé objetiva, sendo que os efeitos se projetam para além do término do contrato de trabalho. Assim, a responsabilidade pela perda de uma chance pós-contratual recairá sobre os casos em que não se observam os deveres anexos do contrato.

3.3 Perda de uma chance no TST

A Corte Superior Trabalhista, conforme análise de acórdãos em que se discutiram a perda de uma chance na seara laboral, não impõe restrições à compatibilidade do instituto com o Direito do Trabalho e, de modo geral, demonstra certa naturalidade na abordagem do tema e aplicação das diretrizes teóricas nos casos concretos.

É crescente o número de demandas que envolvem essa teoria, sendo que alguns julgados merecem destaque quanto aos critérios utilizados para a sua aplicação e para a quantificação do dano. O primeiro deles, um caso mais antigo, julgado no ano de 2010, diz respeito a uma trabalhadora que pleiteou indenização pela perda de uma chance, devido ao atraso no pagamento das verbas rescisórias, o que lhe impediu de auferir lucro com a aplicação do montante no mercado de capitais. Na decisão do Tribunal, defendeu-se o seguinte:

Ora, não houve prova, nos autos, de que a reclamada tivesse o costume de fazer aplicações no mercado de capitais, ou de que tivesse a intenção de aplicar aquele valor específico para este fim, e não para a compra de um bem material, por exemplo. Também não restou provado que a possível aplicação no mercado de capitais rendesse lucro, uma vez que, se escolhesse a bolsa de valores, por exemplo, poderia obter prejuízo.⁷¹

A partir dos argumentos utilizados para este caso concreto, a primeira observação a ser feita é de que o Tribunal entende, acertadamente, que a ausência de provas que a reclamante possuía o hábito de investir no mercado financeiro ou de sua intenção de aplicar o valor das verbas rescisórias impede a indenização pela perda da chance.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª Turma. Recurso de Revista 144540-94.2006.5.02.0085. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 9 abr. 2010.

Se a autora não comprovou sequer seu costume de fazer aplicações no mercado de capitais, não há como dizer que ela perseguia um interesse aleatório e que foi impedida pelo ato ilícito da reclamada. Nesse ponto, a decisão reforça um dos pressupostos necessários para a configuração do dano, qual seja, a comprovação da perda de uma chance séria e real, e afasta pretensões especulativas.

No segundo momento do acórdão, equivocadamente, a Corte impõe à reclamada o dever de comprovar que a aplicação do montante no mercado financeiro resultaria em vantagem econômica. Contudo, ainda que se tratasse de uma chance séria e real, o resultado final almejado pela reclamante não poderia ser demonstrado.

Isso porque, conforme toda a linha de estudo traçada até aqui, caberia à autora provar a chance, séria e real, e não o ganho final – impossível de comprovação. Dessa forma, o segundo argumento utilizado pela Corte é inconsistente, ainda mais se tratando de aplicações no mercado financeiro que, naturalmente, envolvem o risco de se obter uma vantagem ou também de sofrer um prejuízo.

Também cumpre destacar que a seriedade da chance é abordada em vários julgados mais recentes do TST, que exige a perda de uma oportunidade real e concreta, como no julgamento, em 29/03/2017, do Agravo em Recurso de Revista n. 10012-75.2015.5.03.0087, conforme se verifica na ementa abaixo:

PERDA DE UMA CHANCE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. A jurisprudência desta Corte entende pela possibilidade de deferir indenização por danos morais pré-contratuais se comprovada a circunstância de o empregador, na fase que antecede à formalização do contrato de trabalho, gerar no trabalhador séria e consistente expectativa de celebração do pacto e, na sequência, acabar por não efetivá-lo. Entretanto, no caso concreto do presente processo, de acordo com os dados fáticos expostos pelo TRT, as tratativas entre a Autora e a Empresa não foram suficientes para caracterizar uma real, efetiva e séria expectativa de celebração do pacto laboral. Conforme se observa da decisão recorrida, *"não consta qualquer prova a demonstrar que a reclamada tenha, em algum momento, se comprometido a contratar a autora"*. Nesse contexto, concluiu o TRT que *"a situação retratada nos autos demonstra a inexistência de qualquer atitude ilícita da reclamada a ensejar a reparação pretendida, prejuízo financeiro ao obreiro, muito menos a perda de um direito, mas apenas a frustração de uma mera expectativa de contratação, o que, como visto, não confere o direito a nenhum tipo de indenização"*. Assim sendo, afirmando a Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, a ausência dos elementos configuradores dos danos pleiteados, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo

rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido.⁷²

O caso retrata pedido de indenização de danos materiais e morais, devido à frustração na contratação para vaga de emprego. A reclamante alegou na inicial que após o processo seletivo realizado pela reclamada, pediu demissão do atual emprego e se mudou, junto à família, para a nova cidade em que desempenharia suas funções. Contudo, foi surpreendida quando informada que a empresa não mais a contrataria.

O acórdão manteve a decisão que indeferiu as reparações almejadas, ao fundamento de que a empresa não demonstrou, em momento algum, garantia de que contrataria a autora. No acervo probatório, ficou comprovado que no momento da demissão, a reclamante ainda participava do processo seletivo.

Realmente, se comprovado que a reclamante ainda participava do processo de seleção, não há que se falar em perda de uma chance séria e real, mas de mera expectativa da participante. As decisões tomadas por ela, portanto, correram por sua conta e risco.

Em harmonia com o entendimento do Tribunal, ressalta-se que a perda de uma chance pressupõe a existência de um dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, não sendo suficientes meras conjecturas ou possibilidades, pois o dano potencial ou incerto, em regra, não enseja indenização.

Por outro lado, encontramos várias decisões do TST, em sede de Recursos de Revistas, em que se vislumbra a indenização pela perda de uma chance nos casos de cancelamento de contratação do emprego, após ter sido feito o registro em Sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. Exemplo disso é verificado na ementa abaixo:

PERDA DE UMA CHANCE. QUEBRA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA LEALDADE CONTRATUAL. ARTIGO 422 DO CÓDIGO CIVIL. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$ 15.000,00. A controvérsia dos autos envolve o pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00, ao reclamante, que, após se submeter a processo de recrutamento e seleção, foi contratado pela reclamada e dispensado, sem justa causa, no dia seguinte. O dano, nos casos em que a contratação não é efetivada, após a realização de exame admissional e registro na carteira de trabalho do empregado - o que gera expectativa na pessoa de conseguir um novo emprego -, é *in reipsa*, ou seja, decorre do próprio evento danoso, não havendo falar em demonstração do dano, pois, nesse caso, ele se situa no psicológico do lesado, em que é impossível se extrair uma prova material. Nessa senda, aplica-se ao caso dos autos o artigo 422 do Código Civil, segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão

⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 3ª Turma. Agravo em Recurso de Revista 10012-75.2015.5.03.0087. Publicação em 31 de março de 2017. Rel. Mauricio Godinho Delgado. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em 2 abr. 2017.

do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Tem-se, assim, que a reclamada não agiu com a devida lealdade e boa-fé em relação ao empregado, que, após processo seletivo, foi contratado e dispensado no dia seguinte. Nessas condições, configurou-se a conduta ilícita da empresa e, por consequência, o dever de reparação conforme pretendido pelo reclamante (precedentes).⁷³

Verifica-se que o TST também reconhece o dever de reparação nos casos em que a reclamada não age com a devida lealdade e boa-fé com o empregado.

No caso retratado, a reclamada, após submeter o autor a rigoroso processo de recrutamento e seleção, avaliação física e de conhecimentos técnicos, exames clínicos e psicológicos, resolveu, sem qualquer justificativa plausível, rescindir o seu contrato no dia seguinte ao que procedeu as formalidades de contratação. Para a Corte, a atitude da empresa configurou abuso de direito.

Dessa forma, a perda de uma chance se faz presente, pois o ato ilícito da empregadora retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como a de conseguir um novo emprego e até mesmo de perseguir futuras progressões na carreira. A indenização, que foi feita a título de dano moral, visa reparar o dano injusto causado ao empregado.

Através da pesquisa sobre as demandas trabalhistas concernentes à perda de uma chance, observa-se certa facilidade do Tribunal Superior do Trabalho de enquadrar a teoria nos casos concretos. Podemos afirmar, ainda, que os pressupostos que ensejam a reparação são criteriosamente avaliados, exigindo-se, sempre, a presença de uma chance séria e concreta, o nexo causal entre a conduta ilícita da reclamada e a chance perdida e, ainda, a prova do dano.

⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª Turma. Recurso de Revista 287-21.2014.5.04.0103 . Publicação em 17 de março de 2017. Rel. José Roberto Freire Pimenta. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em 2 abr. 2017.

CONCLUSÃO

A pesquisa procurou demonstrar, em um primeiro momento, as primeiras manifestações acerca do instituto da perda de uma chance. A partir do esboço histórico traçado, observou-se que o tema, inicialmente debatido na França e na Itália, ganhou espaço na doutrina e jurisprudência brasileira, como mais uma ampliação dos danos ressarcíveis.

No Brasil, o avanço da responsabilidade civil caminhou para a reparação da perda de uma chance séria e real, que atualmente é considerada lesão a uma legítima expectativa. A reparação desse dano exige, além dos requisitos do próprio instituto da responsabilidade civil, a configuração de critérios específicos da teoria da perda de uma chance, quais sejam: (i) chance séria e real; (ii) nexo de causalidade entre a conduta ofensiva e a perda da chance; e (iii) quantificação do dano.

Quanto à natureza jurídica, apesar de não haver consenso na doutrina, a perda de uma chance pode, a depender do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos: patrimoniais e extrapatrimoniais. Observamos que se a chance é entendida como perda de um resultado favorável, a tendência é enquadrá-la como lucro cessante. Já se a chance é considerada a própria perda da possibilidade de atingir o resultado favorável e não o resultado em si, é natural enquadrá-la como dano emergente. Conforme posicionamento adotado, a natureza jurídica estará vinculada ao interesse ao qual o processo aleatório está relacionado.

Não obstante a falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, não há empecilho para a aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil, tendo em vista a adoção de cláusula geral de responsabilidade civil e a consagração do princípio da reparação integral dos danos na Constituição Federal de 1988. Assim, podemos afirmar que o sistema de responsabilidade civil brasileiro possui um paradigma solidarista, ou seja, que se preocupa com a reparação, sempre que possível, dos danos suportados pela vítima.

No que tange às relações de trabalho, percebemos que a perda de uma chance revela-se, sobretudo, quando o ato ilícito do empregador retira a possibilidade do empregado em auferir uma vantagem, como crescimento profissional ou aumento salarial. Vimos, também, que a perda de uma chance pode ser invocada pelo empregador, embora seja uma hipótese menos recorrente.

Observou-se, ainda, a compatibilidade do instituto da perda de uma chance com o Direito do Trabalho, tendo em vista que o próprio legislador celetista previu a aplicação do direito comum, em caráter supletivo. Ademais, a aplicação dessa teoria está em conformidade com os princípios trabalhistas, concorrendo para a melhoria da condição social do trabalhador

Através das pesquisas jurisprudenciais realizadas ao decorrer do trabalho, verificou-se que a teoria da perda de uma chance é objeto cada vez mais frequente nas demandas judiciais trabalhista, e que se opera em todas as fases do contrato de trabalho.

A teoria da perda de uma chance também é objeto das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, que não encontra tamanhas dificuldades para reconhecer a existência de um dano desvinculado do resultado almejado, embora, em alguns casos, insista, equivocadamente, em exigir a certeza do dano final.

O estudo não pretendeu esgotar o tema, visto que a teoria da perda de uma chance encontra-se em constante desenvolvimento. O que se espera é compreender as devidas distinções da perda de uma chance de institutos jurídicos similares, de forma a evitar equívocos no âmbito indenizatório.

Assim, observados os elementos que compõem a reparação da chance perdida, a aplicação adequada dessa teoria caminha para o cumprimento eficaz dos objetivos da nova responsabilidade civil, quais sejam, a reparação integral do dano e a satisfação da vítima. Isto porque o não reconhecimento desse instituto no âmbito trabalhista poderia ocasionar decisões injustas, deixando a vítima suportar o dano da perda de uma chance sem nenhuma reparação.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. ed. atualizada, Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CARVALHO Santos, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- COLEHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Renovar, 2005.
- CUPIS, Adriano de. *II Dano: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1966.
- DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 21. ed. rev., atual. de acordo com a reforma do CPC.v. 7. São Paulo: Saraiva, 2008
- HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAZEAUD, Henri e Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. délictuelle et contractuelle*. 5. Ed. Paris: Éditions Montchrestein, 1958. t. 1.
- MELO, Raimundo Simão. Indenização pela perda de uma chance. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano. Parte Seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delitti* Padova: CEDAM, 1940.

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

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Homero Mateus Batista da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Rafael Pateffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7.

ZH ESPORTES: *Vanderlei Cordeiro de Lima é bronze na maratona*. Disponível em <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/noticia/2004/08/vanderlei-cordeiro-de-lima-e-bronze-na-maratona-661094.html>>. Acesso em 2 de março de 2017.