

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO PESQUISA E EXTENSÃO DAS  
FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES  
TRABALHISTAS**

Tatiane Aragão Pinheiro

Presidente Prudente/SP  
2012

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO PESQUISA E EXTENSÃO DAS  
FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES  
TRABALHISTAS**

Tatiane Aragão Pinheiro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário, sob orientação do Professor José Roberto Dantas Oliva.

Presidente Prudente/SP  
2012

# INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Monografia aprovada como requisito parcial para  
obtenção do grau de Especialista.

---

José Roberto Dantas Oliva  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

Presidente Prudente/SP, \_\_\_ de \_\_\_\_ de 2012

Quando nada parece dar certo, vou ver o cortador de pedras martelando sua rocha, talvez cem vezes, sem que uma única rachadura apareça. Mas, na centésima primeira martelada a pedra se abre em duas, e eu sei que não foi aquela que conseguiu isso, mas todas as que vieram antes.

Jacob Riis

Dedico este trabalho a minha primeira filha Laura.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a Teoria da Perda de uma Chance, descrevendo como ocorreu o seu surgimento, de que forma foi introduzida no Brasil e como pode ser aplicada nas relações trabalhistas. A pesquisa se funda, basicamente, em fonte teórica, trazendo informações e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Dessa forma, avalia a Teoria, que ainda possui poucos adeptos no Brasil, demonstrando como está sendo utilizada no campo da Responsabilidade Civil e como pode ser aplicada nas relações laborais. O estudo realça a discussão, ainda não pacificada, sobre a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no campo do Direito do Trabalho. Identifica alguns tribunais trabalhistas que já adotaram tal Teoria, mas alerta que, mesmos nestes, ainda existem divergências sobre qual tipo de indenização deve ser arbitrada para o caso concreto: lucro cessante, dano emergente ou um terceiro tipo autônomo. O trabalho apresenta vários argumentos acerca da aplicação, ou não, da referida Teoria no Direito do Trabalho e, sendo aplicável, qual o tipo de indenização a ser arbitrado para que o instituto não seja banalizado.

**Palavras-chave:** Teoria da Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil. Dignidade da Pessoa Humana. Direito do Trabalho.

## ABSTRACT

This paper analyzes the theory of a Lost Chance, describing its appearance as it did how it was introduced in Brazil and how it can be applied to labor relations. The research is based primarily on theoretical source, providing information and statements of doctrine and jurisprudence. Thus, evaluating the theory, this still has few fans in Brazil, demonstrating how it is being used in the field of civil liability and how it can be applied in industrial relations. The study highlights the discussion, not yet pacified the possibility of application of the Theory of Loss of Chance in the field of labor law. Identifies some labor courts that have adopted such a theory, but warns that these same, there are still disagreements about what kind of compensation should be arbitrated to the case: lost profits, consequential damages or a third stand-alone type. The paper presents several arguments about the applicability or not of that theory in Labor Law and its application, what type of compensation to be arbitrated for the institute is not trivialized.

**Keywords:** Theory of Loss of a Chance. Liability. Dignity of the Human Person. Labor Law.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 DIREITO DO TRABALHO E SUA FUNÇÃO SOCIAL</b> .....	10
2.1 A Atividade Laboral e a Dignidade da Pessoa Humana .....	11
2.2 O Trabalhador como Parte Hipossuficiente nas Relações de Trabalho .....	14
<b>3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	16
3.1 Considerações Históricas .....	17
3.2 Elementos: Conduta, Nexo e Dano .....	19
3.3 Responsabilidade Civil nas Relações Trabalhistas .....	21
<b>4 A PERDA DE UMA CHANCE</b> .....	26
4.1 Conceito .....	26
4.2 Surgimento e Evolução .....	27
4.3 Previsão Legal .....	30
4.4 Da Natureza da Indenização pela Perda de uma Chance: Dano Emergente, Lucro Cessante e Dano Moral .....	31
<b>5 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO</b> .....	34
5.1 Compatibilidade com a CLT .....	34
5.2 No Campo das Doenças e Acidentes do Trabalho .....	36
5.3 Outras Chances Perdidas Indenizáveis .....	36
<b>6 ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO TEMA</b> .....	38
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	47

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa enfocou a Teoria da Perda de uma Chance, que teve origem na França, sendo bastante difundida na Itália. Foi trazida para o direito pátrio no campo da Responsabilidade Civil, porém, ainda com poucos adeptos. Poucos autores escreveram sobre o tema e os tribunais ainda se dividem quanto à sua aplicação.

A Perda de uma Chance nasce com a hipótese de alguém privar outrem da oportunidade de obter vantagem ou de evitar prejuízo considerável, porém, muitos consideram grave admitir que alguém seja responsabilizado por algo que realmente não aconteceu. Todavia, não obstante os argumentos contrários, tal teoria merece um estudo mais aprofundado, e é o que se tentou realizar no presente trabalho.

Quanto à natureza da indenização pela Perda de uma Chance, não existe consenso na doutrina. Alguns defendem ser lucro cessante e, desta forma, só haveria condenação se houvesse uma grande probabilidade de resultado positivo, caso a chance não tivesse sido perdida. Outros entendem ser dano emergente, ou seja, o fato danoso repercute sobre um bem já existente e pertencente à vítima, não necessitando provar que nenhum dano adviria se a obrigação fosse cumprida. E, mais tarde, surge uma terceira corrente entendendo ser a indenização pela perda de uma chance uma espécie própria, pois o autor da ação não tem como provar, de forma cabal, que, não fosse a existência do fato danoso, o resultado favorável teria se consumado.

Nesse diapasão, importante salientar que além dessa terceira hipótese de indenização, também demonstrou o estudo ser possível a cumulação com danos morais, pois poderá ocorrer um prejuízo moral em conjunto com os prejuízos materiais ocasionados pela perda da oportunidade.

A proposta do trabalho foi demonstrar que a teoria é cabível no Direito do Trabalho, somente sendo necessário que os aplicadores do Direito tomem as precauções devidas para que o instituto não seja banalizado. Deve ser observado o caso concreto com muito critério para a sua caracterização.



O estudo abrange a questão da indenização pela Perda de uma Chance na Justiça do Trabalho, com a coleta e estudo de artigos, doutrinas e jurisprudências referentes ao tema. Foram utilizados os métodos dedutivo, lógico e histórico para o desenvolvimento do trabalho.

Pretendeu-se com o presente trabalho, analisar a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na esfera trabalhista, caracterizar a indenização própria e verificar qual a melhor forma de quantificação da indenização.

## 2 DIREITO DO TRABALHO E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O Direito do Trabalho se constitui em um dos ramos mais novos do direito. A Constituição Federal de 1934 é a primeira Carta brasileira a tratar desse ramo. Antigamente, as constituições brasileiras versavam apenas sobre a forma de Estado e o sistema de Governo. Depois, passaram a tratar de todos os ramos do direito e, inclusive, do Direito do Trabalho, o que ocorre com nossa Constituição atual.

Inicialmente, o trabalho era considerado como punição e era destinado aos escravos, que não diferiam muito dos servos, na chamada sociedade pré-industrial.

Com a Revolução Industrial, as máquinas foram ingressando nas linhas de produção, ocasionando as demissões em massa. Isso, sem contar com as condições precárias e subumanas a que os trabalhadores eram submetidos. Tal fato originou as primeiras greves em nosso país.

Com a produção paralisada e as arrecadações de impostos diminuindo, o Estado resolveu intervir nas condições de trabalho.

Assim, ocorre a promulgação de um conjunto híbrido de leis denominado Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, promulgada no governo de Getúlio Vargas no dia 1º de maio de 1946.

André Luís Paes de Almeida (2009, p. 25) assim define o nascimento do direito laboral:

Ramo de direito privado que disciplina juridicamente as relações entre empregados e empregadores, nasce o Direito do Trabalho como consequência do Estado intervencionista, no sentido de dar igualdade jurídica ao empregado, inequivocamente o hipossuficiente na relação laboral.

O Direito do Trabalho é um conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas de trabalho subordinado, de caráter eminentemente social, destinado à melhoria das condições de emprego.

Cabe aqui citar um trecho do livro do professor Sergio Pinto Martins (2009, p. 17), no qual expõe a finalidade do Direito do Trabalho:

A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém não só essas situações, mas também condições sociais ao trabalhador. Assim, o Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as condições sociais de trabalho dos obreiros e também as situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade. O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito da empresa, não só no que diz respeito às condições de trabalho, mas também para assegurar uma remuneração condigna a fim de que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade. Visa o Direito do Trabalho melhorar essas condições do trabalhador.

Assim, o Direito do Trabalho possui uma função social, ou seja, a tutela do trabalhador na relação de emprego. É necessária essa proteção para que o obreiro consiga manter sua subsistência e de sua família de forma digna, pois está subordinado ao empregador, detentor do poder diretivo.

## **2.1 A Atividade Laboral e a Dignidade da Pessoa Humana**

Dentre os fundamentos do Estado brasileiro previstos no artigo 1º da Constituição Federal, merece importância maior a dignidade da pessoa humana. É o valor supremo que informa a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem normativa constitucional.

A respeito deste princípio, o professor Rizzatto Nunes (2002, p. 45) enfatiza em sua obra “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana”:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ela é importante. Contudo, no atual Diploma Constitucional, o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.

Uma das consequências da consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal é o reconhecimento de que a pessoa não é um reflexo da ordem jurídica, deve constituir seu objetivo maior. Na relação entre

indivíduo e Estado deve haver uma presunção a favor do ser humano. Assim, o poder constituinte impôs aos poderes públicos o dever de promover os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna. Uma dessas condições mínimas é o trabalho.

Os valores sociais do trabalho também são reconhecidos como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme artigo 1º, inciso IV da Constituição, como segue:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

**IV - os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifo nosso)

A partir do momento em que contribui para o desenvolvimento da sociedade, o homem passa a se sentir respeitado e útil. Se não houver a perspectiva de obter um trabalho com justa remuneração e com condições razoáveis para exercê-lo, o indivíduo acaba tendo sua dignidade violada.

Por essa razão, a Constituição prevê o trabalho como um direito social fundamental, atribuindo-lhe proteção em diversos dispositivos. Um dos direitos constitucionais do trabalho é a vedação da despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme artigo 7º, inciso I da Carta maior:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

O artigo consagra o princípio da continuidade da relação de emprego, mas essa lei complementar até hoje não existe.

A Convenção n. 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que foi incorporada ao direito interno pelo Decreto n. 1.855, de 10.4.96 e denunciada pelo Decreto 2.100, de 20.12.96, tinha como elemento central a introdução do princípio da justificação das despedidas. Devia o empregador, no ato da despedida, demonstrar uma razão socialmente justificada para a rescisão do contrato.

O artigo 165 da CLT traz o conceito de dispensa arbitrária, porém, trata somente dos empregados representantes da CIPA – Comissão Interna de Prevenção a Acidentes, como segue:

Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Assim, a CLT caracterizou como despedida arbitrária dos membros da CIPA, como sendo aquela que não reside em um dos fundamentos do artigo, ou seja, motivo disciplinar, que seria alguma falta grave ensejadora da despedida, por vezes, até mesmo da despedida por justa causa; motivo técnico, relacionado à organização da empresa, como o fechamento de uma filial, por exemplo; motivo econômico, proveniente de custos da produção; e motivo financeiro, decorrente das receitas e despesas da empresa.

O princípio da continuidade da relação de emprego expressa a tendência atual do Direito do Trabalho em atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos. Através deste princípio presume-se, na dúvida, que o contrato de trabalho terá validade por prazo indeterminado.

Sobre esse princípio, Renato Saraiva (2009, p. 36) comenta:

[...] É bem verdade que a CF/88, ao consagrar definitivamente o FGTS como regime obrigatório, bem como ao instituir a chamada indenização compensatória para os casos de dispensa imotivada ou arbitrária (CF/1988, art. 7º, I) enfraqueceu consideravelmente o princípio da continuidade da relação de emprego, convertendo a dispensa sem justa causa num mero ato potestativo do empregador.

Ocorre que, enquanto a lei complementar não é promulgada, não está vedado o despedimento em geral, a não ser para aqueles que possuem estabilidade provisória de emprego, como, por exemplo, os integrantes das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, diretores de sindicatos representantes dos empregados, a gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, entre outros. Para os trabalhadores sem estabilidade, a proteção consiste unicamente no pagamento de 40% do saldo da conta vinculada do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço).

A indagação que fica é se a indenização do FGTS seria suficiente. O homem necessita do trabalho para a sua sobrevivência, mas também para obter a

satisfação pessoal e profissional de estar contribuindo para o sucesso do empreendimento e para a evolução da sociedade.

A subordinação do empregado ao empregador não pode legitimar atitudes indignas como a de comparar um ser humano a uma máquina e, exigir deste, a mesma velocidade de produção e cumprimento de metas. O homem tem sentimentos e possui família. Não pode estar preocupado diariamente com a duração do seu contrato de trabalho e com até quando poderá dar subsistência digna para o seu lar.

## **2.2 O Trabalhador como Parte Hipossuficiente nas Relações de Trabalho**

Muitos consideram que a Justiça do Trabalho está exclusivamente voltada ao amparo do obreiro. Contudo, são as leis trabalhistas que possuem esse caráter tutelar.

Martins (2009, p. 61) assim expõe:

Temos como regra que se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica (Galart Folch, 1936:16). Esta é conferida ao empregado no momento e que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei.

Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 343) explicita um fundamento doutrinário ao princípio da norma mais favorável:

Resulta do pluralismo do direito do trabalho, que é constituído de normas estatais e dos grupos sociais; da finalidade do direito de trabalho, que é a disciplina das relações de trabalho, segundo um princípio de melhoria das condições sociais do trabalhador com características marcadamente protecionistas, como expressão de justiça social; e da razoabilidade que deve presidir a atuação do intérprete perante o problema social.

Observa-se que o Direito do Trabalho, ao contrário do Direito Comum, o qual busca igualdade entre as partes, se preocupou em estabelecer maior amparo a uma das partes, ou seja, ao trabalhador. Entretanto, essa aparente desigualdade tem por real finalidade igualar as partes, uma vez que o obreiro é considerado hipossuficiente da relação empregatícia.

Nas relações trabalhistas, é facilmente verificável a desigualdade entre as partes, especialmente às de cunho econômico. O empregador possui o poder diretivo do seu negócio e, por isso, existe uma temeridade por parte do empregado na perda do seu trabalho e por consequência, do seu sustento.

Dessa forma, o princípio da proteção visa, exatamente, igualar as partes nas relações de trabalho. E, deste princípio, emergem o princípio *in dubio pro operário*, *da norma mais favorável e da condição mais benéfica*.

Sendo o Direito do Trabalho um direito social, conforme a Carta Maior em seu artigo 6º, deve-se proteger os economicamente mais fracos, ou seja, os trabalhadores considerados hipossuficientes na relação de emprego.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tem-se a ideia de que a responsabilidade civil está ligada à obrigação, ou seja, dever de reparar um dano sofrido por alguém.

Responsabilidade é uma palavra oriunda do latim, do verbo “respondere”, o qual significa responsabilizar, assegurar, assumir algo do ato que praticou. Civil, refere-se ao cidadão, considerado na sua relação com os demais membros da sociedade, da qual resultam direitos de exigir que as obrigações sejam cumpridas.

Nesse diapasão, importante ressaltar o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 2):

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o dever de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente ao um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

É aqui que entra a noção de *responsabilidade civil*. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompensar o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Assim, para caracterizar responsabilidade civil, basta ocorrer a violação do dever jurídico. A violação desse dever gera o ilícito, que gera o dever jurídico de indenizar e reparar o dano.

A ideia de lesão de direitos está explícita no artigo 186 do Código Civil, pelo qual o ato ilícito está configurado quando houver lesão, cumulada com dano material, moral, estético e outras categorias.

O jurista Flávio Tartuce (2011, p. 332) assim define o ato ilícito: “Dessa forma, pode-se afirmar que o ato ilícito é a *conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém*”.

Segue redação do artigo 186 do Código Civil:



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

Enfim, quem pratica o ato ou não o pratica quando obrigado, e de tal fato ocorre o dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Trata-se, assim, de uma regra de equilíbrio social.

### 3.1 Considerações Históricas

A responsabilidade civil é instituto muito antigo que surgiu para solucionar conflitos de interesses na sociedade. Com esse intuito, o Código de Hamurabi (elaborado por um imperador babilônico por volta de 1700 a.C) institucionalizou a ideia de vingança, como pregava a lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”. Tal prática apresentava resultados negativos, pois se baseava em outra lesão.

Após, durante o período da Lei das XII Tábuas (450 a.C) do Direito Romano, surgiu a luta por igualdade pelos plebeus, momento em que a responsabilidade passou a ser objetiva, ou seja, sem a comprovação da culpa. Havia uma ideia de composição do dano, mas não como uma reparação e sim como uma pena ao ofensor.

Porém, essa experiência romana demonstrou situações injustas e houve a necessidade de considerar a comprovação da culpa para uma evolução da própria sociedade.

O elemento culpa foi introduzido somente na interpretação da *Lex Aquilia* (lei que regulava a responsabilidade civil promulgada muito tempo após, por volta de 286 a.C), na qual havia a ideia de reparação do dano através de pecúnia e o estabelecimento da noção de culpa como fundamento da responsabilidade. Se o causador do dano agisse sem culpa, não poderia ser responsabilizado.

A partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser regra em todo Direito Comparado e influenciou as codificações modernas, como o Código Civil Francês de 1804.

Importante ressaltar o ensinamento de Flavio Tartuce (2011, p. 316-317) sobre o assunto:

Pois bem, pela doutrina clássica francesa e pela tradução do art. 1382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa *stricto sensu*), o nexo de causalidade e o dano causado. Seguindo essa construção, o Direito Civil pátrio continua consagrando como regra a responsabilidade com culpa, denominada responsabilidade civil subjetiva, apesar das resistências que surgem na doutrina.

Assim, até os dias de hoje no direito brasileiro, não basta que o agente tenha causado o dano, precisa cometê-lo com culpa, conforme art. 186 do Código Civil.

Infere-se que, a partir do Código Napoleônico, houve a disseminação em outras legislações da ideia do fundamento culpa para a caracterização da responsabilidade civil. Mas, também, começaram a surgir as primeiras publicações sobre a Teoria do Risco, ou seja, responsabilidade civil sem culpa.

Com a Revolução Industrial (iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII com expansão pelo mundo a partir do século XIX), multiplicaram-se os danos que proporcionaram o surgimento de novas leis e teorias para maior proteção às vítimas do fato danoso.

Respeitáveis os ensinamentos de Tartuce (2011, p. 317) acerca do tema:

O estrondo industrial sentido na Europa com a segunda Revolução Industrial, precursora do modelo capitalista, trouxe consequências jurídicas importantes. De acordo com a aclamada *teoria do risco* iniciaram-se os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade. Verificou-se, a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificou a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa. Mesmo com resistências na própria França, a teoria da responsabilidade sem culpa prevaleceu no direito alienígena, atingindo também a legislação do nosso país.

Portanto, com o desenvolvimento da sociedade, a aplicação da responsabilidade subjetiva, ou seja, com a comprovação da culpa, mostrava-se imprópria para abarcar todas as situações de reparação. Dessa forma, operou-se sua extensão ou incidência, surgindo a Teoria da Responsabilidade sem Culpa, a objetiva.

O Código Civil Brasileiro de 2002 trata especificamente da responsabilidade objetiva no seu artigo 927, parágrafo único, sem prejuízo de outros

preceitos legais que também trazem esse tipo de responsabilidade. Segue redação do artigo para melhor compreensão:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesses casos, a responsabilidade se satisfaz com a conduta, nexo causal e o dano. Não há a necessidade de comprovação da culpa.

### **3.2 Elementos: Conduta, Nexo e Dano**

São elementos da responsabilidade civil: conduta humana; nexo de causalidade; dano ou prejuízo. A culpa é um elemento acidental e não obrigatório, verificada somente quando da responsabilidade subjetiva.

A conduta humana é o comportamento positivo ou negativo marcado pela voluntariedade. Essa conduta pode ser omissiva ou comissiva.

Flávio Tartuce (2011, p. 365) assim explica:

Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um *fato jurígeno*.

Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado. Ilustrando, a jurisprudência nacional tem entendido que o condomínio, em regra, não responde pelo roubo ou furto do veículo no seu interior, uma vez que não há por parte do mesmo, ou de seus prepostos, o dever legal de impedir o ilícito.

Há entendimento jurisprudencial de que o condomínio só responde quando há um comprometimento com a segurança.

Importante ressaltar que a conduta precisa ser voluntária no sentido de controlável pela vontade e culposa, ou seja, toda espécie de comportamento

contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo ou não intencional, como no caso da culpa.

Cabe ressaltar novamente que existem casos de responsabilidade sem culpa, ou seja, responsabilidade objetiva a qual não exige a comprovação do elemento culpa. Assim, haverá o dever de indenizar nos casos específicos da lei ou quando a atividade do autor do dano trazer risco para os direitos alheios. É a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Deve haver nexo causal, que se trata de um vínculo jurídico que une o agente ao dano ou prejuízo.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 46):

[...] Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades. A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado.

Nesse diapasão, ninguém pode responder por algo a que não deu causa. Assim, o nexo causal é o elo entre conduta e resultado.

O dano, lesão ao interesse jurídico tutelado material ou moral, também há de estar presente. Porém, nem todo dano é indenizável, sendo necessária a caracterização de três elementos: violação a um interesse jurídico, certeza do dano e a subsistência do dano.

Cavalieri Filho (2010, p. 72-73) traz excelente explicação acerca do dano na responsabilidade civil:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação do proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.

Dessa forma, na responsabilidade civil não há o que os penalistas chamam de crime de mera conduta, ou seja, será sempre um delito material, com resultado de dano.

Esses são os elementos da responsabilidade civil que devem ser verificados para o arbítrio de uma reparação. São elementos indispensáveis para ensejar o dever de reparar o dano, lembrando que a responsabilidade objetiva dispensa a comprovação da culpa.

### **3.3 Responsabilidade Civil nas Relações Trabalhistas**

O direito civil é aplicável de forma subsidiária às relações de trabalho, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 230):

[...], o direito civil é aplicável subsidiariamente às relações de trabalho por força da própria lei trabalhista, que assim dispõe (CLT, art. 8º, parágrafo único), ao declarar que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste, preceito que tem aberto larga porta, necessária para cobrir lacunas da lei trabalhista e promover integração do ordenamento jurídico.

Essa aplicação somente não poderá ocorrer quando a lei trabalhista dispuser sobre a mesma regra ou quando se mostrar incompatível com os princípios do Direito do Trabalho. Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade civil é perfeitamente cabível nas relações trabalhistas.

Por haver uma desigualdade fática entre empregado e empregador, o sistema normativo trabalhista protege o pólo hipossuficiente da relação, ou seja, o trabalhador subordinado que necessita do emprego para própria sobrevivência. Tal proteção, não é diferente quando da aplicação das regras da responsabilidade civil.

Como já mencionado no presente trabalho, a regra que vigora no Brasil é a da responsabilidade subjetiva, mas sendo possível também ocorrer a responsabilidade objetiva quando da atividade do autor do dano resultar em risco para os direitos de outrem.

A disposição do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, trata da Teoria do Risco trazida em 2002 e de grande importância, inclusive, para o Direito do Trabalho.

A atividade do empregador pode gerar prejuízos e, conforme artigo 2º da CLT, que trata do princípio da alteridade, o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida. Segue redação do artigo:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Assim, o empregado não pode sofrer qualquer dano por executar o contrato de trabalho, o risco para viabilizar a atividade econômica é do empregador. Logo, o empregador se responsabiliza por todos os ônus exigidos para funcionamento da empresa, não podendo o empregado concorrer com qualquer risco ou prejuízo.

Salienta-se ainda que, a responsabilidade objetiva da empresa também se propaga quanto aos danos a terceiros causados por ato do empregado ou preposto na execução do contrato de trabalho, como se extrai das previsões contidas nos artigos 932, inciso III e 933 do Código Civil (grifo nosso):

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o **empregador** ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

[...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Nesse contexto, convém citar a explicação de José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 99):

[...] a responsabilidade contra terceiros é da empresa e eventual ação de regresso contra o empregado somente poderá ocorrer em sintonia com as diretivas traçadas no § 1º do art. 462 da CLT, quais sejam: dolo ou culpa prevista expressamente no contrato. É que tais danos, ainda que de natureza culposa, quando situados numa área de previsibilidade própria da execução contratual, integram o risco normal da atividade (álea contratual), não podendo repassar ao empregado tal ônus. [...]

Dessa forma, o fundamento jurídico para adoção da responsabilidade objetiva trabalhista encontra-se na teoria do risco e no conceito legal de empregador previsto na CLT.

Além da responsabilidade civil do empregador por ato seu ou do seu empregado contra direitos de outrem, existe a possibilidade do empregador causar dano ao próprio empregado. Nesse caso, a responsabilidade civil é subjetiva, porém não é uma regra absoluta. Nesse contexto, importante citar Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 112):

Note-se, inclusive, que, por força de normas regulamentares, há uma série de atividades lícitas que são consideradas de risco para a higidez física dos trabalhadores, parecendo-nos despidendo imaginar que, provados os três elementos essenciais para a responsabilidade civil e ausente qualquer excludente de responsabilidade, ainda tenha o empregado lesionado de provar a culpa do empregador, quando aquele dano já era potencialmente esperado.

Para o autor, quando da própria atividade do empregador resultar dano ao empregado, aquele responderá de forma objetiva.

Quanto à competência material, após promulgação do artigo 114 da Constituição Federal, não se tem mais dúvida que, sendo caso de responsabilidade civil nas relações trabalhistas, é da Justiça do Trabalho.

Importante mencionar aqui o caso de responsabilidade civil nas ocorrências de acidente do trabalho. Segue conceito legal extraído do artigo 19 da lei 8213/91:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Assim, o acidente do trabalho é toda ocorrência que decorre da execução do contrato de trabalho, provocando lesão corporal com morte ou redução da capacidade laborativa.

O artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal confere uma indenização para o acidente do trabalho, que é a reparação dos danos, como segue:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]  
 XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;  
 [...]

Tal disposição trouxe polêmica sobre qual tipo de responsabilidade o empregador teria, subjetiva ou objetiva.

Raimundo Simão de Melo (2010, p. 324-325) assim entende:

Estamos convictos de que não se pode fazer uma leitura tópica isolada do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, como o fazem a doutrina e a jurisprudência tradicionais. É necessário buscar uma interpretação desse dispositivo de forma harmônica com o dispositivo no §3º do art. 225 da mesma Lei Maior.

Com efeito, sem abstração da possibilidade de inconstitucionalidade daquele deve-se procurar para o caso vertente, adotando os princípios da unidade e da harmonização das normas constitucionais, soluções de *lege lata* e de *lege ferenda*, estas últimas, com alteração do texto do inciso XXVIII para dele se excluir a ideia de culpa e, assim, compatibilizá-lo por completo com a regra geral do §3º do art. 225, que se trata de uma norma de maior amplitude, ou como diz *Bachof*, de uma norma supralegal.

A solução definitiva para a questão é o reconhecimento da responsabilidade na modalidade objetiva por todo e qualquer tipo de indenização por acidente de trabalho, seja a cargo da Previdência Social, do empregador ou de eventual segurador privado, levando-se em conta o risco criado, como tendência inafastável do Direito Contemporâneo.

O professor preconiza não ser justo, e muito menos lógico, criar para o acidente do trabalho, do qual padece a vida humana, maior dificuldade para a responsabilização e menor dificuldade quando ocorrer dano ambiental.

Já Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 114-115) assim interpreta:

[...] Não há como se negar, *como regra geral*, que indubitavelmente a responsabilidade civil do empregador, por danos decorrentes de acidente de trabalho, é subjetiva, devendo ser provada alguma conduta culposa de sua parte, em alguma das modalidades possíveis, incidindo de forma independente do seguro acidentário pago pelo Estado.

Todavia, parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que, por força de lei, assume os riscos da atividade econômica e por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, em risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados. Ainda assim, *em relação aos seus empregados*, tenha o direito subjetivo de somente responder, *pelos seus atos*, se os hipossuficientes provarem culpa. A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente. Desculpe-nos, mas é muito para o nosso fígado [...].



Pamplona Filho entende ser responsabilidade subjetiva nos casos de acidente do trabalho, quando a atividade do empregador não for de risco; caso contrário, passa a ser objetiva.

A responsabilidade civil no campo do Direito do Trabalho pode ser assim definida: responsabilidade subjetiva quando da inexecução do contrato de trabalho (tanto pelo empregado como pelo empregador) e no caso do abuso de direito; responsabilidade objetiva em face do dano sofrido pelo empregado oriundo do regular cumprimento do contrato de trabalho, riscos físicos oriundos da atividade da empresa e perante terceiro provocado por ato do empregado.

Enfim, cabe aos operadores jurídicos tutelarem a vítima do dano e tomarem como fundamento o princípio constitucional maior, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

## 4 A PERDA DE UMA CHANCE

A teoria clássica da responsabilidade civil alberga tanto os prejuízos já ocasionados, como os ganhos que o prejudicado deixou de usufruir. O Código Civil brasileiro adotou tal conceito em seu artigo 402, como segue:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Todavia, existem outras formas de danos como a possibilidade de alguém privar outrem da oportunidade de evitar prejuízo considerável. É a chamada Teoria da Perda de uma Chance, pouco difundida, ainda, no Brasil.

### 4.1 Conceito

A Perda de uma Chance ocorre quando o causador de um ato ilícito obstrui o caminho para que a outra parte obtenha um lucro ou o afastamento de um prejuízo. O ato do agente recai sobre um evento, que se não houvesse sido fulminado, poderia resultar em algo positivo para a vítima.

Sérgio Novais Dias (1999, p.14), assim apregoa:

Chance é a palavra de origem francesa que significa entre nós “ocasião favorável, oportunidade” (cf. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa). Embora raras manifestações doutrinárias e jurisprudencial em derredor desse tema, quando dele se ocupam, utilizam a expressão perda de uma chance para referir-se, no tocante à atividade de advogado, à perda da oportunidade que o cliente sofre, causada por falha daquele profissional, de ver examinada em juízo uma pretensão ou de ver reformada em seu favor uma decisão judicial que lhe foi desfavorável e contra a qual cabia recurso. Porque utilizada pelos que cuidam especificamente do tema e por identificar com propriedade, a situação jurídica sob exame, adotamos aqui a expressão.

Verifica-se que o autor utiliza da Teoria da Perda de uma Chance para exemplificar o caso de um advogado negligente, que não efetuou de forma correta o seu ofício, causando prejuízo ao seu cliente. Assim, haveria a possibilidade de

indenização por parte do advogado pela perda da oportunidade do cliente em ver sua pretensão analisada ou, até, com uma decisão favorável.

Existem muitas críticas para esta posição, dentre as quais a de que não se sabe, ao certo, se realmente o resultado seria outro caso o advogado interpusesse recurso, por exemplo. Mas, o presente trabalho pretende demonstrar como essa teoria pode ser aplicada sem cometer injustiças.

## 4.2 Surgimento e Evolução

A teoria da responsabilidade civil por Perda de uma Chance foi bastante difundida na Itália, apesar de ter origem histórica na França. Em 1940, o professor Giovanni Pacchioni da Università di Milano estudou a teoria em sua obra *Diritto Civile Italiano*.

Sérgio Savi (2006, p.7), informa como Pacchioni (1940, p. 109-115) tratou da matéria:

Ao tratar no capítulo 7 das formas de ressarcimento dos danos, Pacchioni, partindo de alguns exemplos clássicos de responsabilidade civil por perda de uma chance citados na doutrina francesa, indagava o que ocorreria nos casos em que alguém, mediante conduta culposa, fizesse com que outra pessoa ficasse privada de uma possibilidade de lucro.

Os exemplos analisados por Pachionni são os seguintes: um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável.

Segundo Pacchioni, em todas essas hipóteses as vítimas – o proprietário do cavalo, o pintor e o cliente do advogado – teriam sem dúvida razão para se queixar. Todavia, afirma ser muito controverso se as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo.

Assim, Pacchioni concluiu que as condutas estudadas por ele, fizeram com que as vítimas de tais atos perdessem uma oportunidade de lucro, uma simples chance sem valor efetivo, certo e presente, portanto, incapazes de causar um dano patrimonial, embora desagradáveis.

Francesco Donato Busnelli, em 1965, manteve a posição de Pacchioni ao comentar um julgado do Tribunal de Apelação de Paris. Considerou a Perda de uma Chance como interesse de fato, e sendo assim, o dano não seria indenizável.

De forma detalhada, Sérgio Savi (2006, p. 8) apresenta o julgado e o comentário de Busnelli (1965, p. 46-52):

O caso julgado pelo Tribunal de Apelação de Paris está assim descrito pelo autor: um banco efetuou o pagamento de um cheque emitido por um cliente seu sem provisão de fundos. Todavia, antes de o cliente regularizar a situação perante o banco, é vítima de acidente fatal causado culposamente por um terceiro. O banco, então, ajuíza uma ação contra o terceiro para obter a condenação deste pagamento do valor que despendeu para satisfazer ao credor portador do cheque. O Tribunal de Apelação de Paris, assim como havia ocorrido em primeiro grau de jurisdição, rejeitou a pretensão indenizatória do banco.

Busnelli, após fazer algumas considerações sobre a motivação do julgado, analisa o caso sob uma perspectiva diversa, qual seja, a da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Afinal era provável que, se o cliente do banco não tivesse morrido, iria restituir a quantia paga pelo banco ao credor do cheque. Apesar de ser possível pensar, em tese, em uma ação de indenização da chance perdida, Busnelli afirma que neste caso concreto a *causa petendi* e o *petitum* da pretensão indenizatória do banco eram bastante diversos e, por isso, não autorizariam a procedência do pedido. Isso porque o banco pediu a condenação do terceiro ao pagamento da quantia que havia sido paga para cobrir o cheque sem fundos emitido pelo cliente. Todavia, a causa de pedir da ação consistiu, única e exclusivamente, em uma lesão a um mero interesse de fato e não na lesão a um direito de crédito (direito subjetivo).

Apesar de admitir que é possível estabelecer facilmente um nexo de causalidade entre o ato ilícito do terceiro e o dano causado ao banco consistente na perda de uma chance, Busnelli afirma que a pretensão indenizatória encontra obstáculo no fato de se referir a um dano que não deriva de uma lesão a um direito subjetivo ou a um interesse juridicamente tutelado. A questão mais importante que se coloca é, para o autor, a de saber se somente as lesões a verdadeiros direitos subjetivos da vítima integram o conceito de “injustiça” do dano, previsto no art. 2.043 do Código Civil Italiano, ou se seriam suficientes, para o surgimento de indenizar, lesões a interesses diversamente tutelados. A primeira opção seria sustentada pelos autores e juízes mais tradicionais e a segunda estaria sendo defendida pelos doutrinadores modernos.

Dessa forma, Busnelli não aceita a indenização pela teoria da Perda de uma Chance fundada em um interesse de fato. Para ele, teria que haver uma lesão a um direito subjetivo.

Em 1966, Adriano de Cupis, professor de direito civil da Università di Perugia, publica a *Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, contrariando a posição de Pacchioni e Busnelli. Esse autor consegue visualizar a responsabilidade civil pela Perda de uma Chance, como um dano independente do resultado final. Segue o entendimento de De Cupis (1966, p. 263) apud Sérgio Savi (2006, p.10):

Ao enfrentar os mesmos exemplos citados por Pachionni, De Cupis admite que, no caso do cavalo que deixou de correr o grande prêmio por culpa do jóquei, não há como falar que o dano consistiria no valor pago ao vencedor da corrida. Isto porque, ainda que o cavalo tivesse corrido, nada assegura que conseguiria chegar em primeiro lugar. “La vittoria è assolutamente incerta” e, conseqüentemente, uma ação que visasse à condenação do jóquei ao pagamento do valor da corrida certamente estaria fadada ao insucesso. Afinal, o dano neste caso não preenche o requisito de certeza exigido pelo ordenamento jurídico para o surgimento do dever de indenizar. Da mesma forma, nos casos do pintor e do advogado, não há como afirmar que, caso o quadro tivesse chegado em tempo à exposição ou o recurso tivesse sido interposto no prazo correto, o pintor venceria a exposição e o recurso provido, respectivamente. Desta forma, não é possível reconhecer um dano passível de indenização relativo ao prêmio pago ao vencedor da exposição e ao benefício que o cliente do advogado teria auferido se a sua pretensão fosse acolhida pelo Tribunal. Mais uma vez, o dano nestes casos é meramente hipotético e, portanto, não indenizável. Não obstante reconhecer a inadmissibilidade de indenização de um dano consistente na vitória perdida (na corrida de cavalo, na exposição de quadros ou na causa judicial), Adriano de Cupis afirma que, por outro lado, não há como negar a existência de uma *possibilidade de vitória* antes da ocorrência do fato danoso. Desta forma, diz ser justo afirmar que, em relação à exclusão da possibilidade de vitória, existe um dano jurídico passível de indenização.

Dessa forma, o autor considera a indenização pela Perda de uma Chance como dano emergente, reconhecendo o seu valor patrimonial.

Savi (2006, p. 12) informa que em 1976, Maurizio Bocchiolla (1976, p. 55-101), também professor da Università di Milano, publicou artigo chamado “*Perdita di una chance e certezza del danno*”. A obra traz uma consistente e adequada compreensão da problemática teoria da Perda de uma Chance. O professor reconhece a possibilidade de indenizar as chances perdidas a depender do caso concreto. Expõe que a perda de chance é normalmente um dano presente, pois a chance é perdida no mesmo momento em que ocorre o fato danoso.

Diante dos estudos realizados por esses professores, em 1983, na Corte de *Cassazioni*, foi julgado o primeiro caso favorável à indenização pela perda de uma oportunidade na Itália. Uma empresa foi condenada a pagar uma indenização por ter obstado alguns candidatos, após terem realizado as fases iniciais de um processo de seleção, de participarem das provas posteriores. A Corte impetrou a indenização pela perda da possibilidade de conseguir o emprego.

No direito brasileiro, tal teoria ainda não foi muito aprofundada. Poucos autores escreveram sobre o assunto e as jurisprudências ainda se dividem acerca do tema.

Rafael Pettefi da Silva (2009) contribuiu para que o assunto tivesse maior visibilidade no direito nacional. A obra “Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance” foi tema de sua dissertação de mestrado no Rio Grande do Sul no ano de 2001 e aprofunda a discussão acerca da matéria.

Após ele, Sérgio Savi (2006, p. 44-82) também encarou o assunto e analisou as jurisprudências dos tribunais brasileiros.

Sérgio Novais Dias, advogado no estado da Bahia, utilizou como tema de sua dissertação de mestrado a “Responsabilidade Civil do advogado na Perda de uma Chance”. A obra, publicada em 1999, trouxe a discussão sobre a responsabilidade civil do advogado quando de sua atuação negligente no exercício da profissão. O autor entende que a atividade do advogado pode ser responsabilizada quando, por um ato seu, o cliente deixa de obter um resultado almejado.

O objetivo da sua obra é definido a seguir (DIAS, 1999, p. 15):

O objetivo desta dissertação se prende, assim, a investigar esse campo da responsabilidade civil ainda não suficientemente estudada entre nós, de grande importância para os agentes dessa relação de consumo, tão necessária nos dias de hoje, para estabelecer em que situações realmente ocorre a responsabilização desse profissional liberal, e em que medida ele deve ser responsabilizado, ou seja, qual a indenização que é devida ao cliente. O presente trabalho se propõe, pois, a demonstrar que nos casos de perda de uma chance o advogado é responsável pelos danos sofridos pelo cliente desde que exista uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do advogado e o dano, ou seja, que em termos de probabilidade, num prognóstico a *posteriori*, os danos tenham decorrido necessariamente, direta e imediatamente, da falha cometida pelo advogado.

O autor considera que o advogado exerce uma profissão de meio e não de resultados, porém é responsável pela melhor utilização dos meios legais que estiverem ao seu alcance para proteção dos direitos de seus clientes.

Assim, embora seja uma teoria com fortes embasamentos, a Perda de uma Chance ainda não encontrou muitos adeptos no direito pátrio.

### **4.3 Previsão Legal**

Importante trazer o embasamento legal para a possibilidade de indenização pela Perda de uma Chance no direito brasileiro.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso V, a cláusula geral de responsabilidade, como segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

Entende-se, portanto, que quem causar dano a outrem é obrigado a repará-lo de forma proporcional ao agravo. Assim também apregoam os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil:

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

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

Raimundo Simão de Melo (2007, s/n) assim concluiu:

[...] Agora, como se observa, não há mais entrave algum para o reconhecimento à indenização pela perda de uma chance. Ao contrário, as chances perdidas, desde que reais e sérias, deverão ser indenizadas quando restar provado o nexos causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, uma vez que o Código Civil brasileiro, a exemplo de outros sistemas jurídicos estrangeiros, ao prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de danos, inclui aquela decorrente da perda de uma oportunidade.

Conforme disposto pelo professor, não há repressão ao ato ilícito em si, mas, a proteção da vítima. Dessa forma, cabe ao juiz, na apreciação do caso concreto, verificar se, caso não houvesse ocorrido o fato danoso, haveria o alcance do resultado almejado.

#### **4.4 Da Natureza da Indenização pela Perda de uma Chance: Dano Emergente, Lucro Cessante e Dano Moral**

Existem divergências na doutrina acerca da natureza da indenização pela Perda de uma Chance, pois ainda não há entendimento consolidado como sendo um dano certo e determinado.

Alguns defendem ser lucro cessante, desta forma, só haveria condenação se houvesse uma grande probabilidade de resultado positivo, caso a chance não tivesse sido perdida. Outros entendem ser dano emergente, ou seja, o fato danoso repercute sobre um bem já existente e pertencente à vítima, não necessitando provar que nenhum dano adviria se a obrigação fosse cumprida.

Melo (2010, p. 425) preleciona:

[...] por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém obter uma oportunidade de chances ou de evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não poderá nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido que se diz interrompido.

Infere-se que a chance não pode ser analisada como a perda de um resultado favorável, mas sim como a perda da possibilidade de alcançar aquela vantagem.

Melo (2007, s/n) também assevera:

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Ora, se a vitória não pode ser provada e confirmada, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado.

Dessa forma, surge uma terceira corrente entendendo ser a indenização pela perda de uma chance uma espécie própria. Há uma probabilidade e não uma certeza da obtenção do resultado almejado.

Outro ensinamento importantíssimo é trazido por Sérgio Savi (2006, p. 63):

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do



resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um *valor menor* que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

Para Savi, a indenização pela chance perdida será sempre inferior ao montante que a parte receberia se a oportunidade de um ganho não tivesse sido perdida. Isso porque não tem como ter certeza absoluta que aquele ganho iria se concretizar ou não.

A indenização pela Perda de uma Chance também não pode ser confundida com uma indenização de natureza exclusivamente moral, o que não impede a cumulação dos pedidos. Novamente o autor Raimundo Simão de Melo (2007, s/n), detalhadamente, ensina:

Por outro lado, o que não pode é dizer que a indenização pela perda de uma chance é de natureza moral, apenas. É claro que, além da indenização material, enquadrada nessa terceira e *sui generis* espécie, a vítima pode sofrer dano moral, também passível de reparação. Igualmente não se pode esquecer de que o ato ilícito que gerou a indenização pela perda de uma chance pode acarretar outros prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito, passível de reparação. É o caso, por exemplo, de um atleta corredor que está a poucos metros da bandeirada final que lhe daria, com séria chance, a vitória em primeiro lugar, mas que é agarrado por uma pessoa que o impede de continuar na disputa. Com esse ato retira-se-lhe a oportunidade de ser vitorioso. Há prejuízo pela perda da chance e por danos morais, mas esse atleta pode ainda ficar traumatizado e doente e ter que se submeter a sério tratamento médico e psicológico para poder voltar a correr, pois o abalo foi tão grande que atingiu a saúde física e psíquica do mesmo. Com as despesas desse tratamento deverá arcar o autor do ato, como é evidente, que tem natureza de dano emergente.

Como ainda não há uma consolidação no entendimento, dependerá de como o juiz irá analisar o caso concreto para arbitrar e quantificar a indenização devida, igualmente como ocorre com a indenização pelo dano moral.

## 5 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO

A relação de trabalho constitui campo fértil e um dos mais propícios à ocorrência de perda de oportunidades. Uma das hipóteses mais recorrentes é a melhoria na carreira profissional do trabalhador que, muitas vezes, é inviabilizada em razão de atos praticados pelo seu empregador.

Na Itália, atribui-se à jurisprudência trabalhista o mérito de, hoje, a perda de uma chance encontrar plena aplicabilidade no mundo jurídico. No Brasil, os gaúchos foram os pioneiros na aplicação da teoria.

A responsabilidade civil traz como princípio basilar que: aquele que causa dano a outrem tem a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral. Como já demonstrado, a obrigação não é somente pelos lucros cessantes e danos emergentes provocados, mas, também, pela perda da oportunidade de obter vantagem ou afastar um prejuízo.

Melo (2010, p. 427) expõe como a doutrina francesa ensina:

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

Dessa forma, a Perda de uma Chance constitui uma importante ferramenta da responsabilidade civil, pois ela aprimora as formas de reparação do dano injusto. Portanto, a sua reparação fomenta a melhoria e a condição social do trabalhador, realçando o princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana”.

Assim, a teoria da Perda de uma Chance coaduna-se com os princípios trabalhistas, ou seja, proporciona maior tutela aos trabalhadores subordinados considerados hipossuficientes na relação laboral.

### 5.1 Compatibilidade com a CLT

O Direito do Trabalho possui autonomia científica e metodológica. Porém, essa autonomia não significa independência ou ruptura com o restante organismo jurídico.

Amauri Mascaro do Nascimento (2009, p. 196) define o direito laboral como sendo o: “[...] *ramo da ciência do direito que tem por objetivo as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à sua proteção, em sua estrutura e atividade*”

Trata-se de um ramo do direito que cuida das relações jurídicas derivadas da prestação pessoal, subordinada, não eventual e assalariada de trabalho e que, subsidiariamente, utiliza-se das normas gerais compatíveis do Direito Civil, quando for omissivo.

Nascimento (2009, p. 230) leciona mais uma vez:

Em conclusão, direito civil é aplicável subsidiariamente às relações de trabalho por força da própria lei trabalhista, que assim dispõe (CLT, art. 8º, parágrafo único), ao declarar que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste, preceito que tem aberto larga porta, necessária para cobrir as lacunas da lei trabalhista e promover a integração do ordenamento jurídico.

Desse modo, são sólidas as relações entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, as quais possuem origem histórica, pois o Direito Laboral proveio do Direito Civilista.

Segue a transcrição do artigo 8º, parágrafo único da CLT:

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.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Infere-se daí que o direito comum possui caráter supletivo a ser utilizado somente quando houver lacuna e naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Assim, a Perda de uma Chance concilia-se com os princípios do Direito laboral, e está harmonizada ao ideal da melhoria da condição social do trabalhador e a reparação do injusto. Não há óbice legal à adoção da teoria pelo Direito do Trabalho brasileiro.

## **5.2 No Campo das Doenças e Acidentes do Trabalho**

Raimundo Simão de Melo (2010, p. 436) encontra, no campo das doenças e acidentes de trabalho, campo fértil para a ocorrência de danos pela perda de uma oportunidade. Segue um exemplo comentado em seu livro:

Imagine-se a situação de um trabalhador que, em perfeitas condições de higidez física e psíquica, na busca de melhoria profissional, se está preparando e ao mesmo tempo prestando concurso público, mas, em razão de um evento acidentário, perde a oportunidade de concluir um certame que está participando, quando, para conseguir o seu desiderato, precisava apenas se submeter à última das quatro fases eliminatórias do concurso. Sabe-se que os concursos públicos são cada vez mais concorridos, e que o candidato que chega, por exemplo, à terceira fase de uma seleção para a Magistratura ou o Ministério Público, tem sérias e reais chances de ser aprovado na última fase. Certeza não há se ele seria aprovado, caso realizasse a última prova, mas as chances, na situação descrita, são razoáveis, o que justifica a fixação de uma indenização pelo juiz, como forma de compensar a vítima pelo dano a ela injustamente causado.

O caso trazido pelo autor não se trata de dano emergente ou de lucro cessante, pois o candidato ainda não foi aprovado no certame. Verifica-se uma expectativa de atingir o resultado almejado, ou seja, concretizar um direito ainda em expansão.

## **5.3 Outras Chances Perdidas Indenizáveis**

Outro caso muito corriqueiro é, também, mencionado por Melo (2010, p. 436):

Outra hipótese pode ocorrer em relação ao funcionário que, conforme as normas internas da empresa, estava prestes a obter uma promoção, a qual não se concretizou por conta de perseguições e de assédio moral praticados pelo seu chefe. A pessoa assediada pode ter sido demitida ou ter

pedido demissão do emprego por não suportar o assédio ou se ter desmotivado da promoção em razão dos danos à sua saúde, provocados pela prática da chefia.

Nesse caso, é possível peticionar o pagamento de indenização pela Perda de uma Chance, pois houve a perda da oportunidade de conseguir a promoção.

Vários outros exemplos podem ser mencionados, como: empregado que perdeu a chance de obter recolocação no mercado de trabalho em razão de sua CTPS ter ficado retida no emprego anterior; as abominadas listas negras elaboradas pelos empregadores para obstar que seu ex-empregado consiga um novo emprego quando ele ingressa com uma reclamação trabalhista; imposição de prazos para alcance de metas e demissão antes do final do prazo, entre outros.

## 6 ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO TEMA

Como já mencionado, poucos doutrinadores escreveram com profundidade sobre o tema. Alguns se posicionaram contra e outros a favor da possibilidade de indenização pela Perda de uma Chance.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 325) expõe:

Também, como anota a doutrina com insistência, o dano deve ser real, atual e certo. Não se indeniza, como regra, por dano hipotético ou incerto. A afirmação deve ser vista hoje *cum granum salis*, pois, ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano certo, embora os lucros cessantes não fujam muito dessa perspectiva. No entanto, essa assertiva, tida como inafastável em sede de indenização, deve ser entendida em seu contexto. Os julgados demonstram que, quando é estabelecida indenização por lucro cessante, em várias oportunidades a construção é feita sob hipóteses mais ou menos prováveis. Na verdade, quando se concede *lucro cessante*, há um juízo de probabilidade, que desemboca na perda de chance ou oportunidade.

Venosa entende possível a indenização pela perda de uma oportunidade e que os tribunais, quando concedem lucro cessante, fazem um juízo de probabilidade que acaba desembocando na perda de uma chance. Alerta o autor, porém, que os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados, pois não se pode indenizar pelo total da perda, uma vez que não há certeza absoluta se aquela chance perdida iria se concretizar.

Assevera ainda, que a possibilidade frustrada a ser indenizada, não pode ser vaga ou meramente hipotética. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida era concreta, mas essa apreciação não se fundará no ganho ou na perda, pois a frustração já é aspecto caracterizador da perda da chance.

Outro doutrinador que se posicionou sobre o assunto foi Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 77-78). O autor explana em seu livro:

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

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis.

Também entende Cavalieri (2010, p. 77-78), que a perda de uma chance possui certa relação com o lucro cessante e que a chance, para ser indenizada, precisa ser séria e real. Enfatiza o autor, que a indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem.

Já Flávio Tartuce (2011, p. 440-441) é contrário a indenização baseada na teoria da perda de oportunidade. Segue sua opinião:

Pois bem, nas edições anteriores desta obra, já havíamos manifestado a nossa não concordância quanto à reparação civil pela perda de uma chance. Isso porque tais danos seriam hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o *se*. Essa ainda continua sendo a nossa opinião. Todavia, temos acompanhado as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e, no futuro, pode ser que esse parecer seja alterado. É importante salientar que a evolução de consciência da civilística nacional conduz à admissão desses novos danos reparáveis, antes não admitidos [...]

Tartuce considera que a teoria da Perda de uma Chance trabalha com possibilidades, e a indenização pela responsabilidade civil exige um dano certo. Considera a hipótese da mudança de opinião, mas ainda não restou convencido.

Outro não adepto à teoria é Rui Stoco (2007, p. 512), como segue:

Não há como admitir que outrem substitua o juiz natural da causa para perscrutar o íntimo de sua convicção e fazer um juízo de valor a destempo sobre “possibilidade” de qual seria sua decisão, caso a ação fosse julgada e chegasse ao seu termo.

Ora, admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável.

Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorrerá.

Ademais de se caracterizar em verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado

que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em *ultima ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção.

Por fim, a maior heresia será admitir que o profissional, em uma obrigação contratual de meios, seja responsabilizado pelo resultado. Seria, *data vênia*, a *summa contradictio*.

Observa-se que o autor é radicalmente contra a indenização pela perda de uma chance. No texto acima, ele faz uma crítica a posição de Sérgio Novais Dias que escreveu sobre a “Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance”. Considera que a possibilidade é um dano hipotético e, portanto, não indenizável.

Na análise das jurisprudências, o primeiro acórdão brasileiro que menciona a responsabilidade civil por Perda de uma Chance foi prolatado pelo Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, em 1990, pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Foi realizada uma análise da teoria para dizer que não se aplicava ao caso em questão.

Tratava-se de uma ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A vítima, ora autora da ação, havia sido submetida a uma cirurgia para correção da miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois e cicatrizes na córnea. Tais cicatrizes acarretaram névoa na visão.

Segue ementa do acórdão:

**EMENTA:** RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando nevoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance. (TJRS. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 589069996. Rel: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Porto Alegre, 12/06/1990, Diário da Justiça do dia).

O Tribunal chegou à conclusão de que houve erro do médico na cirurgia, portanto, foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não sendo o caso de perda de uma chance.

Após um ano deste primeiro caso, o mesmo Desembargador foi relator de outra apelação cível onde se discutia um caso de responsabilidade civil por perda de uma chance. Desta vez, o dano foi reconhecido no caso concreto.

**EMENTA:** 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 á mandante pela perda da chance.



(TJRS. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 591064837. Rel: Ruy Rosado de Aguiar, Porto Alegre, 29/08/1991, Diário da Justiça do dia)

No caso em questão, a autora da ação havia contratado o réu como seu procurador para ajuizar uma ação contra o INPS (hoje INSS), objetivando o recebimento de uma pensão previdenciária em razão da morte de seu marido. O processo foi distribuído, porém extraviado.

O advogado não informou tal fato à autora e também não providenciou a restauração dos autos. Assim, houve um cerceamento do direito da autora em ver sua pretensão apreciada pelo órgão previdenciário, configurando a perda da oportunidade.

Tais julgados foram os primeiros que enfrentaram o tema da responsabilidade civil pela Perda de uma Chance no Brasil. Depois surgiram vários outros na área cível, mas poucos na área trabalhista.

Um dos casos mais emblemáticos enfrentado pela jurisprudência sobre a perda de uma chance foi o caso do “Show do Milhão”. Tratava-se de um programa de televisão com perguntas e respostas exibido pela emissora do SBT. O julgado é de novembro de 2005 no qual o Superior Tribunal de Justiça acolheu a teoria da Perda de uma Chance. Segue a ementa do acórdão:

**EMENTA:** RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

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

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ. T4 – Quarta Turma. 788459 BA 2005/017 2410-9. Rel: Fernando Gonçalves, 08/11/2005, DJ 13/03/2006 p. 334.)

A autora da ação participou do programa televisivo onde o prêmio máximo era de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). O prêmio destinava-se ao participante que respondesse corretamente às perguntas sobre conhecimentos gerais.

Tal programa possui um regulamento no qual estipula que o participante vai acumulando o montante do prêmio conforme vai acertando as

respostas e, caso acerte a penúltima pergunta, acumula R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Na última pergunta, a chamada “pergunta do milhão”, o apresentador a projeta na tela e o participante tem a opção de responder ou não. Se responder incorretamente perde tudo o que já ganhou, mas, se responder corretamente leva o prêmio total.

A autora da ação já estava na última fase do concurso quando, após a projeção da pergunta, optou por não responder.

No entanto, a autora entendeu que o programa agiu de má fé por estipular uma pergunta sem resposta correta. Assim, ajuizou a ação peticionando danos materiais (R\$ 500.000,00 que deixou de ganhar) e morais (em razão da conduta do programa).

De fato, a “pergunta do milhão” não tinha como ser respondida por não possuir resposta. Por ser “irrespondível”, a juíza de primeiro grau proferiu decisão favorável em parte, somente rejeitando o pedido de indenização por danos morais. O Tribunal de Justiça, após interposição da apelação, manteve a sentença de primeiro grau.

A questão subiu, por recurso especial, ao Superior Tribunal de Justiça. O recorrente, ora réu na ação, alegou que não teria como saber se a participante do programa saberia responder corretamente, mesmo que a pergunta fosse formulada de outra forma.

O Ministro Fernando Gonçalves analisou o caso e entendeu que deveria ser aplicada a teoria da perda de uma chance. Fixou a indenização com base no percentual de chances que ela teria de acertar a resposta se a pergunta fosse corretamente formulada. Reduziu a indenização para R\$125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais), ou seja, como a questão tinha quatro alternativas, a participante teria 25% de chances de acertar a resposta.

O acórdão sobre este caso é uma verdadeira aula sobre a teoria da Perda de uma Chance e confirma que a indenização vai depender do caso concreto.

Já a jurisprudência trabalhista têm se manifestado a favor da teoria em relação ao acidente do trabalho, como segue decisão do Tribunal do estado do Rio Grande do Sul:

**EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. COMPENSAÇÕES. IDADE LIMITE.**1. Demonstrado que a reclamada não ofereceu treinamento adequado ao reclamante e deixou de instalar equipamentos de proteção na serra circular que o feriu, resta configurada sua culpa e responsabilidade pelos danos materiais e morais resultantes do acidente de trabalho;2. Mesmo que o trabalhador mantenha-se no emprego sem redução de salário, ou obtenha outro posto de trabalho com remuneração idêntica, é certo que a perda parcial da capacidade laborativa reduz suas chances de buscar melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. Por isso, a indenização sob a forma de pensão não é compensável com as quantias pagas em retribuição ao trabalho;3. Verificada a redução da capacidade laboral de forma permanente, é devido o deferimento da pensão mensal de modo vitalício, sobretudo quando se considera que tal medida res [...]. (TRT-4. Vara do Trabalho de Cachoeira do Sul. RO 7200672104001 RS. Rel: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, 23/04/2009).

O TRT da 4ª região manteve a condenação da empresa no pagamento da pensão ao empregado em razão da perda de sua capacidade laborativa. Houve uma redução nas chances de buscar melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho.

O TRT da 24ª região concedeu indenização pela perda de uma chance no caso onde o empregado rescindiu indiretamente o seu contrato de trabalho, como segue:

**EMENTA: RESCISÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO.** O ato injustificável do empregador que limita o empregado de executar o contrato em sua plenitude, de modo a impedir o ganho de parcela salarial até então percebida, constitui-se naquilo que doutrinariamente se chama de perda de uma chance. Tipifica a dita rescisão indireta e tem-se a responsabilidade civil do empregador. A indenização, nesse caso, visa compensar a perda da possibilidade de ganho, de modo que a média da parcela salarial paga até então e injustificadamente suprimida, guarda proporcionalidade com o dano material experimentado pelo empregado. É razoável, pois, que a indenização em foco tenha por base a referida média salarial suprimida. (TRT-24. 2ª Vara do Trabalho de Campo Grande MS. RO 1111200600224009 MS. Rel: João Marcelo Balsanelli, 23/04/2008).

No caso em tela, houve uma supressão da parcela salarial devido a um ato injustificável do empregador. A indenização arbitrada visou compensar o empregado pela perda da possibilidade de ganho, ou seja, houve a perda da chance de melhorar seu ganho e sua condição de vida.

No mesmo sentido, outro julgado proferido pelo TRT da 14ª região:

**EMENTA: JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 08, TST.08**De acordo com o teor da Súmula nº 08 do Tribunal Superior do Trabalho, não se admite a juntada de documentos na fase recursal, ressalvado os casos de justo impedimento ou

se referir a fato posterior à sentença. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DA CHANCE. DANO PATRIMONIAL INDENIZÁVEL. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade de obtenção de um resultado legitimamente esperado e que é obstado pela dispensa. Se o reclamante tinha como justa e real a probabilidade de um ganho salarial decorrente de sua promoção ao cargo de vendedor, 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. 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. (TRT-14. Primeira Turma. RO 1315. Desembargadora: Elana Cardoso Lopes, 06/04/2010).

Enfim, não é objetivo deste trabalho exaurir todos os julgados sobre o tema, mas sim trazer alguns para demonstrar como está sendo discutido nos tribunais brasileiros.

Para que não se apresente somente registros favoráveis, cabe mencionar um precedente proferido pelo TRT da 23ª região, o qual indeferiu indenização baseado na perda de uma chance, como segue

**EMENTA:** INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A reparação civil pela perda de uma chance é devida quando provados os seguintes requisitos: conduta (ação ou omissão); dano, caracterizado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo; e nexos de causalidade entre a conduta e o dano. No caso dos autos, o mencionado dano não se verificou, muito embora o Obreiro tenha se submetido a concorrido concurso público, porquanto houve apenas a extinção do contrato de experiência, que atendeu uma de suas finalidades, qual seja, avaliar as aptidões do Reclamante. Como o Obreiro, por sua própria culpa, não atendeu às expectativas patronais, por óbvio, não tem qualquer direito à reparação civil no particular. Apelo obreiro improvido. APELO OBREIRO. DANO MORAL. DISPENSA ILEGAL. INOCORRÊNCIA. Não se vislumbra no particular qualquer ilegalidade na dispensa do Autor a ensejar dano moral, na medida em que o Réu apenas exerceu o seu direito potestativo, assegurado por lei, de dispensar o Demandante, após o seu insucesso no procedimento avaliatório do período de experiência, o que fez sem praticar qualquer ato ofensivo à moral do trabalhador, não merecendo reforma a r. sentença que indeferiu o pedido de condenação do Demandado ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso Ordinário do Autor ao qual se nega provimento. APELO PATRONAL. RECONVENÇÃO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. A assertiva, realizada intra autos, não é capaz de afetar a credibilidade da instituição bancária, a sua imagem, o seu bom nome, e a sua probidade comercial, pois certamente não há qualquer repercussão do referido ato perante a sociedade. O reconhecimento de eventual dano à moral da pessoa jurídica, diz respeito a sua posição e atributos perante o público, que no caso não restou afetada, não se podendo falar em abalo de sua reputação, como pretende o Reconvinte. Recurso não provido. (TRT-23. 2ª Turma. RO 01196.2007.001.23.00-5 MT. Rel: Luiz Alcântara, 04/06/2008)

O empregado, após aprovação em concurso público, foi dispensado pela não aprovação em contrato de experiência. Ingressou com reclamação trabalhista pleiteando reparação civil pela perda de uma chance. Entendeu-se que teria havido apenas a extinção do contrato de experiência que atendeu suas finalidades, qual seja, avaliar as aptidões do empregado. Nesse caso, o réu exerceu seu direito potestativo de dispensar o autor da ação, após o insucesso no procedimento avaliatório do período de experiência.

É preciso ressaltar que existe a possibilidade de o empregado ser condenado a indenizar a empresa pela perda de uma chance. Isto se daria em situações mais raras, mas poderia acontecer, em um caso hipotético, quando determinado trabalhador, detentor de conhecimento exclusivo, abandonasse a empresa sem cumprir aviso prévio e quando esta necessitava de suas habilidades para participar de concorrência e aumentar seus ganhos. Verifica-se a perda de uma chance, pois poderia haver a não conclusão de um contrato importante em razão da interrupção abrupta do contrato de trabalho.

Será de grande importância a atuação do magistrado nesses casos para analisar o caso concreto e ser favorável, ou não, à indenização pela perda de uma chance.

## 7 CONCLUSÃO

O estudo trouxe um esboço da Teoria da Perda de uma Chance, instituto aplicado quando alguém, por força de ato praticado por outrem, fica tolhido da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo. Procurou-se demonstrar que tal ato deve ser indenizado para não gerar injustiças com a vítima.

A Teoria foi introduzida no Brasil no campo da Responsabilidade Civil, porém ainda existem autores que não aceitam a sua aplicação. Foram elencados alguns posicionamentos favoráveis e outros absolutamente contrários ao arbitramento de eventual indenização como resultado de sua adoção. Com a máxima vênua aos argumentos desfavoráveis, o estudo demonstra ser perfeitamente cabível a indenização com base na Teoria, uma vez que se indeniza a perda da oportunidade e não importa se o fato iria se concretizar ou não.

Nas relações trabalhistas, verificou-se cabível a indenização pela Perda de uma Chance quando, por ato do empregador, o empregado perde a oportunidade de evoluir profissionalmente, ou seja, uma chance séria, plausível, que lhe ocasione prejuízos. Também se verificou possível o empregado ter que indenizar o empregador, em casos mais raros, quando este for o prejudicado.

Sendo possível a aplicação, esbarra-se na polêmica sobre qual tipo de indenização deverá ser arbitrada. Qual seria, portanto, a natureza jurídica da indenização: lucro cessante, dano emergente ou um tipo autônomo. Encontra embasamento mais forte a de um tipo autônomo, pois há uma probabilidade e não uma certeza da obtenção do resultado almejado. Tal indenização pode ser cumulada com o pedido de dano moral.

O trabalho traz a importância da exploração e aceitação desta Teoria no direito pátrio. A responsabilização pela Perda de uma Chance é garantia da dignidade do empregado que se encontra cada vez mais ameaçada pela automação do emprego e a ganância dos empresários pelo lucro acima de tudo.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho Material, Processual e Legislação Especial**. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2009. 358 p.

BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da Perda de uma Chance na responsabilidade civil. **DireitoNet**, 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Site da Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Site da Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos e Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Site da Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, 25 jul. 1991 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)> Acesso em: 22 nov. 2011.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Site da Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, 11 jan, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2011.

BRASIL. STJ. T4 – Quarta Turma. **Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade**. 788459 BA 2005/017 2410-9. Relator: Fernando Gonçalves. 08/11/2005, DJ 13/03/2006 p. 334. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9-stj>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

CARVALHO, Leandro Souza de. Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance nos Tribunais Pátrios. **JurisWay**, 2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4220](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220)>. Acesso em: 30 nov. 2011.

CARVALHO, Thânia Pereira Teixeira de. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2009. 67f. Monografia (Pós-Graduação) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 588 p.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2009. 429 p.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado – Perda de uma Chance**. São Paulo: LTr, 1999. 109 p.

FERREIRA NETO, Jorge Francisco ; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e as Relações do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. 575 p.

GUIMARÃES, Janaina Rosa. Perda de uma chance. Considerações acerca de uma teoria. **Revista Jus Vigilantibus**, 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41209>>. Acesso em: 12 out. 2011.

HIGA, Gabriela. A Perda de uma Chance no Direito do Trabalho. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33478&seo=1>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

LACAZ-RUIZ, Rogério; DOZENA, Marcelo Roberto; LIMA, Girlei Aparecido de. **Monografia**: porque e como fazer. 1ª Edição Pirassununga: Lawbook Editora, 2009. 125 p.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009. 876 p.

MATO GROSSO. TRT-23. Segunda Turma. **Ilegitimidade de partes. Arguida em Contra-razões pelo Reconvindo**. RO 01196.2007.001.23.00-5 MT. Relator: Luiz Alcântara, 04/06/2008, DJ/MT 30/06/2008. Disponível em: <<http://www4.trt23.jus.br/jurisprudenciaonline/pages/buscacfg.jsf>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

MATO GROSSO DO SUL. TRT-24. 2ª Vara do Trabalho de Campo Grande MS. **Rescisão Indireta. Indenização**. RO 1111200600224009 MS. Relator: João Marcelo Balsanelli, Campo Grande MS, 23/04/2008, DO MS nº 286 de 02/05/2008.



Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4534080/recurso-ordinario-ro-1111200600224009-ms-01111-2006-002-24-00-9-ro-trt-24>>. Acesso em 20 nov. 2011.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010. 559 p.

\_\_\_\_\_. Indenização pela perda de uma chance. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a.5, no 224; 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1415 p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008. 720 p.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**. São Paulo: Saraiva, 2002. 127 p.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, nº 1, Ano 70; jan-jul/2004. Brasília: Ed. Síntese. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/ssedoc/paginadabiblioteca/revistadotst/rev\\_70/tst\\_1-2004\\_7.pdf](http://www3.tst.jus.br/ssedoc/paginadabiblioteca/revistadotst/rev_70/tst_1-2004_7.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Quinta Câmara Cível. **Responsabilidade Civil. Médico. Cirurgia Seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance**. 589069996. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12/06/1990. Diário da Justiça do dia. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8836294/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Quinta Câmara Cível. **Responsabilidade Civil. Advogado. Perda de uma chance. Age com negligência o mandatário que sabe o extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance**. 591064837. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Novo Hamburgo, 29/08/1991. Diário da Justiça do dia. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5434026/apelacao-civel-ac-591064837-rs-tjrs>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. TRT-4. Vara do Trabalho de Cachoeira do Sul. **Acidente de Trabalho. Responsabilidade Civil. Pensão Mensal Vitalícia. Compensações. Idade Limite.** RO 7200672104001 RS. Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, Cachoeira do Sul, 23/04/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4539646/recurso-ordinario-ro-7200672104001-rs-00007-2006-721-04-00-1-trt-4>>. Acesso em 20 nov. 2011.

RONDÔNIA / ACRE. TRT-14. Primeira Turma. **Juntada de documento na fase recursal. Impossibilidade. Súmula nº 8 TST.** RO 1315 RO. Desembargadora: Elana Cardoso Lopes, 06/04/2010, DETRT14 n. 064 de 07/04/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18921181/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1315-ro-0001315-trt-14>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade Objetiva e Subjetiva do Empregador.** São Paulo: LTr, 2007. 256 p.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho.** 10 ed. São Paulo: Método, 2009. 527 p.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance.** São Paulo: Atlas, 2006. 115 p.

SERRAGLIO, Fernando Pretti. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance.** 2006. 139f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006.

SILVA, Rafael Pettefi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. 268 p.

SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. Perda de uma Chance por advogado: análise da real possibilidade de êxito do processo (Info. STJ). **Site LFG.** 2010. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20101201210137562&mode-print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101201210137562&mode-print)>. Acesso em: 28 dez. 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência.** 7 ed. São Paulo: RT, 2007. 1949 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Método, 2011. 612 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 376 p.