

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ana Claudia de Carvalho Domitilo Costa¹

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho. Para tanto, apresenta uma visão da teoria geral da responsabilidade civil, conceituando-a, bem como caracterizando os pressupostos gerais necessários para que haja o dever de reparar. Aborda a relevância da teoria da perda de uma chance e sua admissibilidade no ordenamento jurídico pátrio. Delimita o conceito de chance perdida, e, quando esta for séria e real, demonstra a possibilidade de ensejar em dever de indenização para o agente ofensor que causou o dano e quais os parâmetros utilizados para sua quantificação. Reconhece a perda de uma chance como nova espécie de dano, caracterizando-a como dano autônomo, distinta do lucro cessante e do dano emergente, podendo traduzir-se em dano material e/ou em dano extrapatrimonial. Por fim, analisa alguns julgados onde se reconheceu a indenização com base na perda de uma chance no Direito Laboral, apresentando os fundamentos legais e doutrinários para a admissão da teoria nas relações de trabalho em fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano autônomo. Relações de trabalho. Aplicabilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Uma visão da teoria geral da responsabilidade civil; 2.1. Conceito, natureza jurídica e função da responsabilidade civil; 2.2. Pressupostos gerais; 2.2.1. Conduta humana; 2.2.2. Dano ou prejuízo; 2.2.3. Nexo de causalidade; 2.3. A culpa como pressuposto acidental; 3. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance; 3.1. Evolução doutrinária; 3.2. Conceito; 3.3. Requisitos; 3.3.1. Chance séria e real; 3.3.2. Nexo de causalidade; 3.3.3. Quantificação da chance perdida; 3.4. Natureza jurídica: a perda de uma chance como um dano autônomo; 3.5. Compatibilização da teoria com o ordenamento jurídico pátrio; 4. A aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho; 4.1. Motivos para a admissão da teoria no Direito do Trabalho; 4.2. O reconhecimento da teoria na seara trabalhista; 4.2.1. Em fase pré-contratual; 4.2.2. Em fase contratual; 4.2.3. Em fase pós-contratual; 4.3. Parâmetros de quantificação da chance perdida; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio repudiou por muito tempo a adoção da teoria da perda de uma chance, originária da França (*per't dun chance*), por entender que o dano decorrente desta carecia de certeza quanto a sua ocorrência e

¹ Graduanda em Direito na Universidade Salvador – UNIFACS.

que, por ser vedada a reparação de danos hipotéticos, não se poderia admitir a aplicação de tal teoria.

Ocorre que os estudos das probabilidades e estatísticas evoluiu de tal forma que hoje se tornou possível conferir certo grau de certeza a uma probabilidade, de modo que é plenamente possível determinar o grau de probabilidade de ocorrência do resultado final que fora obtido, a partir da análise da chance perdida, elevando esta à condição de certeza quanto ao dano ocorrido.

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance especificamente nas relações de trabalho. Para tanto, serão apresentadas e analisadas decisões jurisprudenciais em que se reconheceu a indenização com fundamento na supramencionada teoria na seara trabalhista, demonstrando o acolhimento da mesma pelos Tribunais do Trabalho pátrios, bem como os fundamentos doutrinários e legais para tal.

2. UMA VISÃO DA TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Apresentar-se-á, inicialmente, neste tópico, uma análise acerca da responsabilidade civil, a fim de que se possa delinear, em linhas gerais, os principais aspectos de tal instituto, tendo em vista que a compreensão deste é imprescindível para o estudo da teoria da perda de uma chance, a qual será analisada detidamente em momento seguinte.

2.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL

A expressão “responsabilidade” pode conduzir a diversos significados, por isso, sua conceituação, em âmbito jurídico, apresenta dificuldades em ser estabelecida. De acordo com Maria Helena Diniz (2011), o prestígio dessa concepção de responsabilidade está fundado no princípio do *neminem laedere*, o qual estabelece uma regra geral de proibição de ofensa, ou seja, segundo tal princípio, a ninguém é dado o direito de ofender outro indivíduo sem que recaia sobre tal conduta uma sanção jurídica.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 02), responsabilidade civil é:

[...] o dever que alguém tem reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um

dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Responsabilidade civil pode ser compreendida, portanto, como um dever jurídico sucessivo de assumir as consequências por um fato. Dessa forma, como o dever de reparar decorre da prática de uma conduta ilícita, ou seja, contrária ao Direito, e como a consequência lógico-jurídica de um ato ilícito é uma sanção, esta será a natureza jurídica da responsabilidade civil. Salieta-se, porém, que, ainda que a responsabilidade civil seja decorrente de uma conduta lícita, sua natureza jurídica será sancionadora.

A função primordial da reparação civil, nesse diapasão, é a compensatória do dano à vítima, buscando-se a recomposição do equilíbrio patrimonial e moral violado. Em decorrência dessa função principal nasce uma função secundária que é a de punir o agente do dano, de modo que ele não queira repetir sua conduta danosa. Além disso, torna público o fato de que condutas semelhantes terão o mesmo julgamento, desestimulando a sociedade a também adotarem condutas ilícitas, tendo, pois, uma terceira função, a socioeducativa.

Impende-se ressaltar que o ordenamento brasileiro admite a coexistência de duas espécies de responsabilidade civil, quais sejam, a subjetiva, que encontra na culpa o seu ponto de partida para caracterizar uma possível responsabilização, e a objetiva, que dispensa a prova de que o agente ofensor agiu com culpa ou dolo para que haja responsabilização, bastando que uma atividade de risco esteja caracterizada.

2.2. PRESSUPOSTOS GERAIS

Analisando-se o artigo 186 do Código Civil de 2002 tem-se que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Depreende-se desse dispositivo a presença de alguns pressupostos gerais necessários para que haja a configuração da responsabilidade civil, quais sejam; uma conduta humana (ativa ou omissiva), a ocorrência de um dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano ou prejuízo, analisado a seguir.

2.2.1. Conduta humana

Pode ser entendida como um comportamento voluntário expresso através de uma ação ou uma omissão do agente que resulta em um dano ou prejuízo a um terceiro. A ação consiste em um comportamento positivo, enquanto a omissão ocorre quando há a abstenção de uma conduta devida. A conduta omissiva, por sua vez, somente resultará em responsabilidade para aquele que possuir um dever jurídico de agir.

O aspecto fundamental desse pressuposto é o elemento volitivo, ou seja, é necessário que haja a liberdade de escolha do agente na realização da conduta. A respeito desse elemento, é o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho (2008, p.29):

Conduta voluntária é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido. Para haver vontade basta que exista um mínimo de participação subjetiva, uma manifestação do querer suficiente para afastar um resultado puramente mecânico. Haverá vontade desde que os atos exteriores, positivos ou negativos, sejam oriundos de um querer íntimo livre.

A voluntariedade na conduta não significa agir intencionalmente com a finalidade de ocasionar um dano, o que é elementar ao dolo, mas ter o discernimento necessário sobre aquilo que se está fazendo, sendo o agente, portanto, imputável. Cumpre destacar os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 22):

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade civil deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever.

Neste sentido, como regra geral, tem-se que é necessário que a conduta humana, positiva ou negativa, seja antijurídica para ser caracterizada como fato gerador da responsabilidade civil, todavia, também poderá haver casos, desde que previstos por norma legal, em que caberá responsabilização ainda que a conduta humana que ensejou no dano seja lícita.

2.2.2. Dano ou prejuízo

O ato ilícito só irá gerar uma indenização caso ocasione um dano injusto a um terceiro. Para que um dano seja objeto de reparação, no entanto, é necessário que haja a violação a um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial e que o dano seja certo e subsistente, ou seja, ao momento do pedido em juízo de uma possível reparação, é necessário que o dano ainda exista.

A configuração do dano ou prejuízo poderá decorrer da violação a bens jurídicos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, surgindo aí duas espécies de dano, o dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial.

O dano patrimonial refere-se ao dano relativo à violação a bens jurídicos monetariamente auferíveis, sendo suscetíveis de reparação pelo causador do dano. Mede-se pela diferença entre o valor atual do bem, após o ato ilícito, e o valor que ele teria caso não ocorresse o evento danoso. Busca-se, inicialmente, repor a coisa *in natura*, e, não sendo possível restabelecer o *status quo ante*, deve-se pagar um valor correspondente em pecúnia.

A partir da leitura do artigo 402² do Código Civil de 2002 infere-se que o dano patrimonial compreende o dano emergente e os lucros cessantes. O dano emergente compreende o efetivo prejuízo suportado pelo ofendido, o qual lhe gerou um decréscimo patrimonial. Já os lucros cessantes correspondem a tudo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar em decorrência do dano sofrido.

O dano moral, por sua vez, compreende uma lesão a bens jurídicos não auferíveis em dinheiro, mas àqueles bens ligados às questões de ordem moral e psíquica da vítima. Estes não são passíveis de serem repostos ao seu estado natural, tendo em vista que a conduta ilícita, aqui, representa uma violação à dignidade da pessoa, a qual não pode ser restituída uma vez violada, portanto, deverão ser reparados pecuniariamente, buscando a satisfação da vítima e atenuando seu sofrimento.

Neste ponto, conclui-se que a forma de reparação a ser utilizada deve ser analisada caso a caso, levando-se em consideração que a indenização a ser fixada não poderá acarretar na miséria do agente do dano, mas somente deverá ser um mecanismo de reparação à vítima e um desestímulo ao ofensor para não cometer o

² Artigo 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”.

ilícito novamente, podendo haver, inclusive, a cumulação da reparação de danos morais e patrimoniais, conforme a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça³.

2.2.3. Nexo de causalidade

O dever de reparar somente surgirá se a vítima que sofreu o dano comprovar que o seu prejuízo foi oriundo da ação ou omissão do agente ofensor, ou seja, o comportamento do agente deve ter dado causa ao dano.

O nexu causal é um vínculo entre a ação ou omissão do agente com o dano, de modo que se conclua que este é resultado da conduta daquele e que sem a realização da conduta do agente o dano não teria ocorrido. (DINIZ, 2011).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.46) “o conceito de nexu causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.” Através do nexu de causalidade poder-se-á identificar quem é o responsável pelo dano.

Ocorre que, quando o ato da vítima que suportou o dano também influenciar para a produção do evento danoso, somando-se sua conduta a do agente, haverá concorrência de causas. Neste caso, o dever de reparação do agente restará atenuado e a indenização deverá ser quantificada proporcionalmente de acordo com a culpa de cada uma das partes, conforme preceitua o artigo 945 do Código Civil.

2.3. A CULPA COMO PRESSUPOSTO ACIDENTAL

A culpa, muito embora esteja referida no supracitado dispositivo 186 do Código Civil de 2002 quando se menciona “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, não deve ser compreendida como pressuposto geral da responsabilidade civil, haja vista que o atual Código Civil admite a existência da responsabilidade objetiva, a qual prescinde da análise da culpabilidade para que haja sua caracterização.

Neste sentido é o pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 24), segundo os quais “se nós pretendemos estabelecer os

³ Súmula 37 STJ. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota da generalidade.” A culpa deve ser entendida, portanto, como um pressuposto accidental, e não geral, da responsabilidade civil.

3. A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

O reconhecimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento pátrio é relativamente recente, isto é reflexo do Código Civil de 1916 que continha dispositivos que enumeravam os bens protegidos pelo ordenamento. Com o advento do Código Civil de 2002 e a consequente ampliação do conceito de danos reparáveis, bem como a possibilidade de flexibilização do nexo causal, aliados à evolução do próprio instituto da responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance ganhou terreno fértil para o seu desenvolvimento.

3.1. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

A teoria da perda de uma chance surgiu originariamente na França, denominada de *perte d'une chance*, onde se passou a admitir a indenização pela perda da possibilidade de atingir determinada vantagem, e não, pela perda da própria vantagem. O dano seria, portanto, diverso do resultado final.

O primeiro caso fundando na perda de uma chance ocorreu, na França, em 1965, onde a jurisprudência francesa analisou a responsabilidade civil de um médico pela perda da chance de cura. A respeito, são os dizeres de Janaína Rosa Guimarães (2009):

A decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião de reapreciação do caso julgado pela Corte de Apelação em Paris, em julho de 1964. O caso narrou a acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotara, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto. Assim, a corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado.

A Corte entendeu possível a responsabilização do médico com base na teoria da perda de uma chance, tendo em vista que este agiu culposamente,

privando o paciente da possibilidade de obter a chance de receber um tratamento médico mais benéfico.

Tal qual a França, começou a Itália também a aceitar a existência de um dano independente do resultado final, representado pela perda de uma chance. Somente em 1983, porém, foi julgado o primeiro caso na Itália onde se reconheceu a teoria da perda de uma chance como fundamento para indenização por danos causados a terceiros. Sobre este aspecto, leciona Raimundo Simão de Melo (2007, p.366):

[...] o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão.

De acordo com a Corte de Cassação, a indenização que os candidatos pleiteavam referia-se à perda da possibilidade de participar das provas que poderiam lhes garantir uma vaga de emprego, e não, ao emprego propriamente dito, razão pela qual entendeu possível a responsabilização da empresa com base na teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a possibilidade de participar das provas, já incorporada ao patrimônio jurídico dos candidatos, lhes foi retirada.

A teoria oriunda dos tribunais franceses e italianos começou a ser incorporada ao ordenamento jurídico pátrio relativamente há pouco tempo, e sua sistematização é obra de estudo da doutrina e jurisprudência, tendo em vista que o atual Código Civil de 2002 não traz nenhuma disposição expressa sobre a matéria.

No Brasil, o primeiro pedido de indenização com fundamento na perda de uma chance a chegar aos tribunais ocorreu no Rio Grande do Sul, em 1990, relatado pelo, à época, Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Nessa ocasião, porém, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser cabível a fundamentação da responsabilidade civil com base na teoria da perda de uma chance, pois, foi possível estabelecer o nexo de causalidade entre o ato culposos do médico e o resultado danoso, sendo que o que diferencia a perda da chance dos demais danos é

justamente o fato de, nesta, não existir nexos de causalidade entre o ato ilícito e o resultado final.⁴

No ano seguinte, porém, foi julgado pelo mesmo Tribunal e Desembargador outro caso, no qual foi reconhecida a indenização com base na teoria da perda de uma chance, configurado pelo fato de ter sido retirada da vítima a possibilidade de obter uma vantagem futura⁵.

Célebre caso de perda de uma chance no Brasil é o do “Show do Milhão”⁶, onde se reconheceu a responsabilidade civil da ré pela perda de uma chance, pois o programa televisivo de perguntas e respostas, ao elaborar erroneamente a última pergunta do jogo, retirou da participante a possibilidade de respondê-la corretamente e, conseqüentemente, de receber o prêmio final no valor de um milhão.

Nota-se, na vasta doutrina brasileira, que a grande maioria dos autores, capitaneada por Fernando Noronha (2003), Sérgio Cavaliere Filho (2008), Sérgio Novais Dias (1999), Caio Mário da Silva Pereira (1994), Raimundo Simão de Melo (2010) e Sílvio Venosa (2003), admite a aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo, cada vez mais, objeto de aprofundamento no estudo doutrinário.

A teoria, hoje, não se limita apenas à responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura, como outrora, existindo casos de sua aplicação na seara trabalhista, bem como na área do direito de família, empresarial, administrativo e do consumidor.

⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA A 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. (TJRS - 5ª Câmara Cível – Apelação Cível n.º 598069996 – Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990).

⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda de uma chance. (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º. 591064837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29/08/1991).

⁶ 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 – Resp. 788459/BA – Rel. Min. Fernando Gonçalves – Publ. em 13-03-2006).

3.2. CONCEITO

A responsabilidade civil pela perda de uma chance caracteriza-se quando o indivíduo vê-se privado da possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, em razão de ato de terceiro, desde que exista a probabilidade real de que o resultado favorável poderia ocorrer não fosse a interferência deste. (SILVA, 2007)

Dessa forma, o indivíduo não é responsabilizado por ter causado um prejuízo direto e imediato ao lesado, mas por ter retirado deste a possibilidade de evitar esse prejuízo ou de obter uma vantagem. O que se pretende indenizar não é a perda da vantagem em si, mas a perda da chance de alcançar determinada vantagem. (GONDIM, 2010)

Segundo Eduardo Abreu Biondi (2008, p. 6-7):

[...] mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas, deve-se enquadrá-las, como se danos fossem, Não será demasia acentuar que o sentido jurídico de chance ou oportunidade é a probabilidade real de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Impende ressaltar que, uma vez interrompido o processo aleatório não poderá se saber nunca se o resultado favorável ocorreria, ou não. Assim, apesar de a perda de uma chance se fundar em probabilidades, a incerteza refere-se apenas ao resultado final, contudo, há certeza na chance perdida, e, portanto, certeza do dano.

3.3. REQUISITOS

Além dos pressupostos gerais necessários para a configuração da responsabilidade civil (conduta humana, nexos de causalidade e dano) analisados anteriormente, para que haja a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é necessária ainda a presença de alguns requisitos específicos e peculiares à teoria, quais sejam, a demonstração de que a chance é séria e real, o nexo de causalidade entre a chance perdida e o ato ilícito de terceiro e uma correta quantificação da indenização.

3.3.1. Chance séria e real

Para a concessão da indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance é necessário, inicialmente, que se comprove que a chance perdida era séria e real, de modo que os danos meramente hipotéticos e simples sentimentos e frustrações não são capazes de ensejar a uma reparação pela perda de uma chance, pois o ordenamento jurídico exige a configuração de um dano certo para que se possa configurar uma responsabilização.

Dessa forma, a vítima deve demonstrar que a chance perdida, em razão de ato ilícito de outrem, apresentava certo grau de probabilidade de que seria possível obter a vantagem esperada ou de se evitar um prejuízo, não fosse a interferência deste terceiro.

A respeito, assevera Sérgio Savi (2009, p.65-66):

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda de uma chance [...].

A despeito de o referido autor estipular como parâmetro para aferição da probabilidade de se obter determinada vantagem um percentual de 50% (cinquenta por cento), nota-se que esse critério é demasiadamente impreciso, pois, na maioria das situações, não é possível estabelecer com absoluta precisão qual o percentual de probabilidade de que determinado resultado vantajoso ocorreria. Além do que, há casos em que, ainda que a probabilidade de ocorrência da vantagem futura esperada seja inferior a esse percentual, poderá haver a reparação.

O que se pretende indenizar não é a perda da vantagem, mas a perda da possibilidade de se obter essa vantagem ou de evitar um dano. Na reparação pela perda de uma chance o dano a ser indenizado será analisado, portanto, independente do resultado final, pois este é aleatório, e, ainda, a chance deverá ser considerada como o próprio dano em si, sendo este certo, conforme Fernando Noronha (2003, p. 666-667):

Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer.

A oportunidade perdida para ser objeto de reparação deverá, portanto, ser séria e real, ou seja, deverá demonstrar determinado grau de probabilidade que comprove que não fosse o ato ilícito de um terceiro, haveria o desencadeamento natural dos eventos, onde seria possível a ocorrência de uma vantagem ou a possibilidade de se evitar um prejuízo. Diante disso, tem-se que há a certeza na chance perdida e, por isso, demonstrada a certeza do dano.

3.3.2. Nexo de causalidade

A comprovação do nexos de causalidade no campo da perda de uma chance deve ser analisada a partir da chance que foi perdida, pois essa é tida como o dano em si, e não a partir do resultado final que poderia ter ocorrido, uma vez que este é incerto.

Há casos, porém, em que se torna muito difícil demonstrar o nexos causal existente entre a conduta do agente e o dano, representado pela chance perdida. Nessas situações, ainda que não reste claramente demonstrada a relação de causalidade, vem-se admitindo a concessão da indenização pela perda da chance; “É a flexibilização do pressuposto do nexos causal, com vistas ao princípio da reparação integral do ofendido [...]” (GONDIM, 2010, p.23).

A respeito, cumpre registrar os ensinamentos de Anderson Schreiber (2012, p. 66):

De certa forma, pode-se afirmar que as cortes têm se recusado a dar à prova do nexos causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, haviam atribuído à prova da culpa, com tão injustos resultados, preferindo navegar por opções teóricas mais ou menos amplas diante de uma legislação lacônica sobre a matéria. [...] Mais que isso, verifica-se, muitas vezes, que, mesmo na absoluta ausência de nexos causal sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação.

Depreende-se, portanto, que o nexos de causalidade deverá ser demonstrado em todas as situações que envolvam a responsabilização da perda de

uma chance, de maneira evidente, não presumida, muito embora se admita que haja uma flexibilização do quanto exigido pelo artigo 403 do Código Civil de 2002.

3.3.3. Quantificação da chance perdida

Cumpra-se determinar, ainda, a correta quantificação do dano da perda de uma chance. Segundo Sérgio Savi (2009, p. 03):

O óbice à indenização nesses casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria a indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

O prejuízo, objeto da reparação, será representado pela própria chance, e não pelo resultado final esperado, pois este é incerto. Para tanto, deve-se mensurar o valor total do resultado final esperado e sobre este calcular o percentual relativo à probabilidade de ocorrência da vantagem esperada, conforme exemplifica Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 138):

Como bom exemplo dessa afirmação tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do prêmio de corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$4.000,00.

Nestes casos, o valor da indenização pela chance perdida deverá ser sempre aquém ao valor total auferido do resultado final. Ademais, muito embora a indenização se funde em percentuais calculados com base no resultado final, a indenização aqui concedida não é parcial, pelo contrário, ela representará o valor integral da chance que foi perdida, pois esta representa o dano, objeto de reparação pela perda de uma chance.

Desse modo, o grau de probabilidade de ocorrência do resultado final é que determinará o valor da indenização, senão, a chance estaria sendo igualada à certeza, de forma que não se poderia reparar pela perda de uma chance.

Apesar de a grande maioria doutrinária indicar o critério com base em percentuais para quantificar a indenização como sendo o mais acertado, essa solução não será satisfatória em muitos casos, como por exemplo, nas hipóteses em que a chance se referir a danos extrapatrimoniais, bem como quando o valor do percentual não puder ser preciso ou quando se tratar de chances pela frustração em evitar um prejuízo (GONDIM, 2010, p. 136).

Nessas hipóteses, defende-se que deve haver uma valoração discricionária, feita pelo juiz, de maneira equitativa, e com base no fato concreto apresentado diante dele, a fim de que haja uma maior flexibilidade na apuração da chance perdida.

3.4. NATUREZA JURÍDICA: A PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO

A possibilidade de reparação pela perda de chances já é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, os tribunais ainda apresentam dificuldade em determinar qual a natureza jurídica dessa indenização. Ora entendem que a perda de uma chance trata-se de dano moral, ora de dano patrimonial, havendo divergências, ainda, em estabelecer se este se configuraria a título de dano emergente ou lucros cessantes. Além do que, há alguns julgados que reconhecem o dano da perda de uma chance como uma espécie de dano autônomo.

A chance perdida pode traduzir-se em um dano patrimonial, que é aquele em que há uma lesão ao patrimônio do ofendido, causando-lhe um prejuízo ou diminuição patrimonial, o qual compreende o dano emergente e o lucro cessante, como dito alhures. De acordo com Sérgio Savi (2009, p. 11):

[...] ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da chance de vitória e não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano.

Segundo o citado autor, a chance perdida deve ser compreendida como uma subespécie do dano emergente, pois, a chance seria uma espécie de propriedade anterior da vítima que suportou o dano, ou seja, no momento em que há

a lesão, a chance perdida já integraria o patrimônio do ofendido, e, por isso, essa lesão lhe causaria uma redução patrimonial imediata e efetiva. (SAVI, 2009)

Ocorre que, a indenização pela perda de uma chance não toma como parâmetro aquilo que o lesado efetivamente perdeu, mas sim aquilo que ele foi frustrado de ganhar em decorrência de ato ilícito de um terceiro, de modo que não há como se falar que a perda de uma chance enquadra-se como dano emergente.

Há outros autores, por outro lado, que afirmam, conforme Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 199), que “na verdade, quando se concede *lucros cessantes*, há um juízo de *probabilidade*, que desemboca na perda de uma chance ou de oportunidade.”. Tal qual o posicionamento do referido autor, a jurisprudência inúmeras vezes condena à reparação por perda de uma chance como se lucros cessantes fosse, no entanto, há diferença entre ambos, conforme explicita Glenda Gonçalves Gondim (2010, p. 123):

O lucro cessante diz respeito à lesão a um bem jurídico que, comprovadamente, seria incorporado ao patrimônio do ofendido no futuro, acaso a conduta culposa não tivesse ocorrido. A chance representa um resultado almejado incerto, mas provável, cuja impossibilidade de acrescer o patrimônio do ofendido é atual.

Nota-se que, na perda de uma chance, o resultado final tem a probabilidade de ocorrer, mas não há como comprovar que a sua concretização ocorreria, não fosse a conduta danosa. Já os lucros cessantes, correspondem ao que razoavelmente se deixou de ganhar, ou seja, se houvesse o desencadeamento natural dos fatos a vantagem esperada seria alcançada; trata-se de uma probabilidade que representa a certeza, enquanto na perda da chance a vantagem esperada é incerta, sendo certa, apenas, a chance que foi perdida.

Além disso, a chance perdida pode apresentar-se como um dano extrapatrimonial, desde que o bem jurídico lesionado não tenha caráter material. Nestas situações, o bem jurídico lesionado se traduz na dor e angústia suportadas pela vítima. Impende ressaltar, porém, que, muito embora se admita a perda de uma chance como hipótese de dano moral, esse não será necessariamente exclusivo, pois, há a possibilidade de a perda de uma chance resultar em danos de natureza patrimonial e moral simultaneamente.

Por conta disso, esse trabalho compreende a perda de uma chance como dano autônomo, representando uma terceira espécie de dano, distinta do dano

emergente e do lucro cessante, inclusive por que não se pode limitar tal teoria a uma destas duas últimas hipóteses, tendo em vista que a perda de uma chance pode traduzir-se ainda como dano extrapatrimonial, e, assim procedendo, não se ampararia todas as situações decorrentes da perda de uma chance.

Os Tribunais pátrios já vêm reconhecendo a possibilidade de a perda de uma chance resultar em danos de naturezas jurídicas distintas⁷, além do que, foi aprovado o Enunciado 443, relacionado ao artigo 927 do Código Civil de 2002, na V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, em novembro de 2011, o qual dispõe que:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se que já se admite que a perda de uma chance pode compreender danos de naturezas distintas, de modo que se revela mais acertado o posicionamento que compreende o dano da perda de uma chance como um dano autônomo, não o limitando nem à esfera patrimonial, nem à esfera extrapatrimonial exclusivamente.

3.5. COMPATIBILIZAÇÃO DA TEORIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O ordenamento jurídico de outrora, durante a vigência do Código Civil de 1916, impossibilitava a reparação por perdas de chances, consequência do *quantum* disposto nos artigos 1.537 a 1.554 do Código Civil de 1916 que restringiam os bens

⁷ Exemplificando: APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALHA DE DIAGNÓSTICO. AVC. AUSÊNCIA DE PRONTO TRATAMENTO. SEQUELAS. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS CARACTERIZADOS. 1. O conjunto fático-probatório da demanda apontou que efetivamente a ré falhou ao diagnosticar o estado de saúde da autora, pois que ao invés de perceber que a paciente havia sofrido um AVC, o nosocômio afirmou que a parte sofrera um distúrbio de ansiedade, não promovendo o devido tratamento esperado para a enfermidade, **razão pela qual justa e legal a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da perda de uma chance real de cura.** [...] (Apelação Cível Nº 70045189859, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/05/2012). (grifei).

jurídicos protegidos pelo ordenamento (SAVI, 2009). Esse posicionamento, contudo, foi alterado, devido à vigência do novo Código Civil.

Apesar de a legislação vigente não trazer expressamente nenhum dispositivo admitindo e regulando a aplicação da teoria no ordenamento jurídico pátrio, o Código Civil de 2002, a partir de seus arts. 186 e 927, estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, pois, utilizou um conceito amplo de dano, sem restringir quais as espécies de danos seriam abarcados pelos supracitados dispositivos. Assim, qualquer espécie de dano pode ser reparada, inclusive os danos da perda de uma chance, desde que as chances sejam sérias e reais.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 previu no seu artigo 5º, inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como em seu inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”, corroborando com a busca em reparar toda espécie de dano, não havendo motivos, portanto, para se excluir os danos decorrentes da perda de uma chance do campo da reparação.

Ademais, quando o Código Civil de 2002, no artigo 402, definiu que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, positivou, ainda que implicitamente, o princípio da reparação integral dos danos. (SAVI, 2009)

Tal princípio visa assegurar que a vítima seja reparada por todos os danos sofridos, buscando-se o retorno ao estado anterior. O seu fundamento, portanto, não é a repressão do ato ilícito, mas a proteção da vítima de um dano, independente da espécie deste. (MELO, 2010)

De acordo com Sérgio Savi (2009, p. 98):

A Constituição Federal, todavia, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (CF/88, art 1º, III) e ao consagrar como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária (CF/88, art. 3º, I) acabou, a nosso sentir, por transpor para o texto constitucional o Princípio da reparação integral dos danos.

Na esteira desse entendimento, se a Constituição Federal incorporou, ainda que implicitamente, o princípio da reparação integral dos danos, não há como

se negar a possibilidade de indenização nos casos de perda de uma chance, tendo em vista que essa é a Lei Maior e está no topo do ordenamento.

4. APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance pode ser aplicada a outros ramos do direito diversos do direito civil, como o direito de família, o direito empresarial, o direito administrativo e outros. O objetivo do presente trabalho será demonstrar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance especificamente no direito laboral. Para tanto, serão apresentadas e analisadas algumas decisões jurisprudenciais em que foi reconhecida a indenização com fundamento na perda de uma chance na seara trabalhista, demonstrando o acolhimento da teoria pelo Direito do Trabalho, bem como os fundamentos doutrinários e legais para tal.

4.1. MOTIVOS PARA A ADMISSÃO DA TEORIA NO DIREITO DO TRABALHO

A aplicação da teoria da perda de uma chance no direito laboral ainda é recente e tímida, porém, alguns doutrinadores, a exemplo de Raimundo Simão de Melo (2010), já vem admitindo a aplicação da referida teoria no âmbito laboral.

O Direito do Trabalho, em verdade, tem reconhecida a sua autonomia científica, pois possui institutos próprios e regras próprias, sua autonomia didática, quando se constata a existência de uma cadeira dedicada ao estudo desse ramo do direito nas faculdades, bem como sua autonomia judiciária, tendo em vista a existência de uma Justiça Especializada para dirimir os conflitos oriundos da relação de trabalho. Isso não significa, porém, que tal ramo do Direito seja totalmente independente do restante do ordenamento jurídico. O próprio artigo 8º da CLT ao dispor que:

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.

Afirma que, naquilo que o Direito do Trabalho for omissivo, poder-se-á valer-se de outros ramos do direito para solucionar seus conflitos. Ademais, o parágrafo único do referido dispositivo é expresso ao afirmar que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, demonstrando ser possível a aplicação de institutos do direito civil subsidiariamente ao direito do trabalho, desde que tais preceitos não colidam com os princípios do direito laboral.

Muito embora as relações de trabalho estejam fundamentadas no binômio trabalho/capital, os seus sujeitos (empregado e empregador) quando praticam atos ilícitos de natureza civil, não podem se excluir do campo do Direito Civil, independentemente se tais atos tenham sido oriundos da relação de trabalho. (CARDONE *apud* PAMPLONA FILHO; 1998, p. 75).

Nota-se, portanto, que é perfeitamente aplicável a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho. O motivo inicial refere-se ao fundamento legal, ora mencionado, disposto no parágrafo único do artigo 8º da CLT, o qual permite a aplicação subsidiária do direito civil naquilo que o direito do trabalho for omissivo, não havendo nenhum empecilho legal para a aplicação da teoria.

Ademais, ao ampliar as hipóteses de reparação por danos injustos, a teoria da perda de uma chance ampara a busca pela melhoria da condição social do trabalhador, prevista no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que tal instituto representa mais uma ferramenta da responsabilidade civil a serviço da proteção dos direitos do trabalhador. (VIEGAS, 2010)

Inadmitir a aplicação da supramencionada teoria significaria permitir que o trabalhador, hipossuficiente da relação, tivesse que suportar os danos injustos sofridos sem direito a nenhuma reparação. Além do que, o não reconhecimento da teoria nessa seara pode ocasionar decisões injustas, uma vez que, ou se terá que conceder uma indenização com base no valor total da vantagem que foi perdida, ou, terá que negar o acolhimento da pretensão, deixando a vítima do dano da perda de uma chance sem direito à indenização.

4.2. RECONHECIMENTO DA TEORIA NA SEARA TRABALHISTA

Neste ponto será realizado estudo de casos em que foi reconhecida a indenização com base na perda de uma chance na seara trabalhista, a fim de se demonstrar os fundamentos que os tribunais vêm adotando para o acolhimento da teoria.

As decisões jurisprudenciais ora analisadas revelam a incidência de ocorrência de danos pela perda de uma chance principalmente em virtude de atos ilícitos do empregador face ao empregado. De maneira geral, ocorrem tanto em fase pré-contratual, contratual, nesta, sobretudo em decorrência de acidente de trabalho, quanto em fase pós-contratual, por isso, será conferido um estudo a respeito de situações fáticas específicas a cada fase contratual.

4.2.1. Em fase pré-contratual

Aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo, ainda que o dano ocorra antes da celebração do contrato, ou seja, na fase pré-contratual. O dano em fase pré-contratual ocorre quando uma das partes age em desacordo ao princípio da boa-fé objetiva, onde, através de um comportamento injustificado, desiste da concretização do negócio. Assim, em virtude da seriedade das negociações, autoriza-se a responsabilização civil nessas hipóteses.

Observa-se que o dano da perda de uma chance pode ocorrer também em fase pré-contratual, desde que comprovados os elementos essenciais para caracterizar a responsabilidade contratual acima transcritos, aliados à caracterização dos requisitos essenciais da própria teoria da perda de uma chance anteriormente analisados.

A esse respeito leciona Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 996):

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

Além da perda da oportunidade de celebrar outro contrato de trabalho, o dano na fase pré-contratual ainda pode corresponder à perda da possibilidade de auferir melhores salários em decorrência da não concretização do contrato de trabalho que estava sendo negociado, e, ainda, pode traduzir-se como dano extrapatrimonial, dado o sofrimento e a angústia sofrida por aquele que se vê frustrado da possibilidade de concretizar um contrato de trabalho, em virtude de ato ilícito de outrem.

Caso interessante a respeito de responsabilidade pela perda de uma chance em fase pré-contratual foi o julgado pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Recurso Ordinário de nº 0 000324-85.2011.5.04.0351, com a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRÉ-CONTRATO. Configurado prejuízo ocasionado pela reclamada ao reclamante na fase de pré-contrato, devida a reparação por danos morais decorrente do prejuízo causado pela contratação frustrada e perda de uma chance. (RO nº 0000324-85.2011.5.04.0351, Relator João Pedro Silvestrin, Quarta Turma, TRT 4ª Região, DJ 01/02/2012).

No referido caso, a sentença de primeiro grau condenou a reclamada ao pagamento de indenização no valor de 2.734 reais (dois mil, setecentos e trinta e quatro reais) correspondentes aos danos morais sofridos pela reclamante que teve frustrada a proposta de trabalho não concretizada em virtude de ilícito da empregadora. Inconformada, a reclamada recorreu da decisão, porém, a 4ª Turma confirmou a decisão de primeiro grau, determinando o pagamento da indenização por danos morais decorrentes da perda da oportunidade de contratação para trabalhar.

Conforme os fatos narrados na petição inicial, o reclamante, em fevereiro de 2011, foi procurado pela Reclamada para ser contratado como agente de prevenção e perdas, para tanto, o reclamante providenciou toda a documentação necessária a sua contratação, além de realizar os exames médicos admissionais solicitados. Além disso, o reclamante abriu uma conta no Banco do Brasil para poder receber os seus salários, apresentando uma declaração expressa da reclamada de que o mesmo era seu funcionário.

Após tais providências, ficou acordado que a apresentação no trabalho ocorreria no dia 07 de março de 2011, porém, em 23/24 de fevereiro o reclamante foi

surpreendido pela empresa que lhe informou que o mesmo não seria mais contratado em decorrência de um problema que não foi, ao menos, demonstrado ao reclamante.

Nota-se, neste caso, que, de fato, se configurou uma proposta de contratação, sendo evidenciada pela declaração emitida pela própria reclamada para que o reclamante abrisse conta-corrente para recebimento de salário junto ao Banco do Brasil, declarando que o mesmo era seu “funcionário”. Além do que, tendo havido a primeira entrevista, entrega de documentações, realização de exames admissionais de saúde, restou evidente que houve a formação de um pré-contrato, o qual foi aceito pelo reclamante, obrigando os contraentes pelo que se comprometeram.

A conduta da empresa foi ilícita, pois, agiu em desconformidade ao princípio da boa-fé objetiva que rege as relações contratuais, retirando a chance do reclamante de alcançar a vantagem pretendida, ou seja, sua contratação.

Como dito em momento anterior, a indenização pela perda de uma chance pode traduzir-se também como um dano extrapatrimonial, desde que o dano tenha causado uma lesão ou abalo de ordem moral e psíquica ao indivíduo, como ocorre nos casos da perda de uma chance de cura. Por isso, nesta situação, o dano da perda de uma chance revela-se como dano moral.

Não se pode afirmar que, se não fosse o ato ilícito da reclamada, o reclamante seria contratado e permaneceria por muito tempo no serviço, crescendo profissionalmente e auferindo melhores salários. Pode-se afirmar, contudo, que no momento do dano, a probabilidade de contratação pela empresa era muito alta, de modo que a chance que foi perdida em virtude do ato ilícito era séria e real, não uma mera expectativa. É, portanto, cabível a indenização por danos morais pela perda da chance de ser contratado, tendo em vista que a conduta da empresa obstou o reclamante de alcançar uma vantagem almejada, qual seja, a sua contratação no emprego e o recebimento de salário, o que lhe causou um sofrimento real.

4.2.2. Em fase contratual

A perda de uma chance no Direito do Trabalho revela-se, sobretudo, quando o ato ilícito do empregador frustra o empregado de auferir uma vantagem, como crescer profissionalmente e aumentar o seu patamar salarial, ou impede que o

empregado evite um prejuízo futuro, como nos casos em que há perda de uma chance decorrente de acidente de trabalho, por exemplo. Nada impede, porém, que um ato ilícito do empregado também enseje ao empregador o direito a uma indenização com base na perda de uma chance.

O empregador responderá, regra geral, subjetivamente, pelos danos ao empregado em decorrência do acidente de trabalho. E, a depender do caso concreto, tratando-se de acidente de trabalho decorrente de atividade com acentuado risco ao empregado, propugna-se por uma responsabilização objetiva do empregador face ao empregado.

Os acidentes do trabalho comumente desembocam em danos pela perda de uma chance, dadas às consequências de tal evento, quais sejam, a perda parcial ou definitiva da capacidade laborativa. O dano sofrido pelo empregado, nessas hipóteses, muitas vezes lhe tira a chance de evoluir profissionalmente e auferir melhores salários, ou, simplesmente, impedem-no de continuar a auferir os salários de até então.

De acordo com Raimundo Simão de Melo (2010, p. 435):

Nas relações de trabalho, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance ou oportunidades encontra campo fértil, assim como vem ocorrendo no tocante às indenizações por dano moral *lato sensu*. No campo das doenças e acidentes do trabalho, maiores ainda são as possibilidades da ocorrência de danos pela perda de uma chance. O ponto marcante é a melhoria da carreira profissional do trabalho, muitas vezes inviabilizada em razão de fatos danosos praticados pelo seu empregador ou tomador de serviços.

Nesse sentido, imagine-se um empregado que atue em uma indústria de automóveis operando uma de suas máquinas para a confecção de peças para a montagem dos veículos. Imagine-se ainda que o mesmo tenha participado de um processo seletivo interno na empresa em que trabalha e tenha sido aprovado nessa seleção, garantindo-lhe o direito a uma promoção de cargo, e, conseqüentemente, um aumento salarial.

Ocorre que, antes de assumir o novo cargo, por conta de um acidente de trabalho, o qual ocorreu devido à negligência da empresa em não lhe oferecer equipamento de proteção adequado para operar tal máquina, o empregado perdeu seu membro superior direito, tornando-se totalmente incapaz para o desempenho do

seu trabalho atual e também para o desempenho do trabalho no novo cargo que faria *jus*, dada a sua promoção.

Note-se que, neste caso, evidente está a configuração da perda de uma chance. Ou seja, no momento da ocorrência do dano, causado pela empresa mediante sua conduta negligente, o empregado já havia incorporado ao seu patrimônio jurídico o direito a ser promovido e auferir maior ganho salarial, porém essa chance lhe foi retirada justamente por conta do ato ilícito praticado pela empresa.

Nessa situação, é perfeitamente cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance a título de danos materiais, pois a chance de ser promovido era séria e real, apresentando um alto grau de probabilidade de ocorrer. Não se pode afirmar, contudo que ao ser promovido, o empregado iria permanecer por um longo período no cargo, ou que iria crescer profissionalmente ainda mais, por isso, esse resultado final é incerto. Pode-se afirmar, porém, que a chance de ser promovido já existia no momento da ocorrência do dano, de modo que a chance que foi perdida é certa, séria e real, ensejando a uma reparação.

A perda da chance, neste caso, ainda pode traduzir-se a título de danos morais, comprovando-se que a perda da oportunidade de ser promovido e melhorar seu salário, além do fato de ter sido vítima de um acidente de trabalho que o deixou debilitado para desempenhar definitivamente suas funções, tenham causado dor, angústia e frustrações a ponto de abalar sua estrutura moral e psicológica. Lembrando-se que, meras frustrações não ensejam à reparação pela perda de uma chance.

4.2.3. Em fase pós-contratual

Aqui, será analisado um caso exemplificativo em que, também em virtude de ato ilícito do empregador, por agir negligentemente, retirou-se do empregado a oportunidade de obter uma vantagem esperada, porém, no caso em questão, a responsabilidade do empregador ocorreu em virtude de ilícito cometido em fase pós-contratual.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região julgou o Recurso Ordinário, nº 00628-2011-028-03-00-5, confirmando a indenização por danos materiais com base na perda de uma chance, em razão de ato ilícito do empregador que não deu

baixa na CTPS do seu empregado, o que o impediu de ser contratado por outra empresa.

De acordo com o Acórdão, na ocasião, o empregado já havia participado de processo seletivo em nova empresa e tinha sido aprovado para desempenhar a função de porteiro, porém, a conduta omissa da sua antiga empregadora frustrou a sua contratação, de acordo com a ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PERDA DE UMA CHANCE. Demonstrado que a exclusão do reclamante de processo seletivo para emprego decorreu única e exclusivamente da ausência de baixa na CTPS pela antiga empregadora, inegável o enquadramento da conduta da ré no conceito de ato ilícito constante do art. 186 do CC/02, qual seja, a “*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*”, por meio da qual se viola direito de outrem, causando-lhe dano. Sendo assim, há de se imputar à reclamada a responsabilidade por tal chance perdida, uma vez estarem presentes os pressupostos comuns da responsabilidade civil e os específicos requisitos dessa espécie de responsabilização (a probabilidade séria e concreta de efetivação do resultado esperado e a verificação da perda de uma chance). (Processo 0000628-13.2011.5.03.0028 , RO ° 00628-2011-028-03-00-5, Rel. Paulo Mauricio R. Pires, Revisor Eduardo Aurelio P. Ferri, Primeira Turma, TRT 3º Região, DJ 18/05/2012)

Configurados estão os pressupostos essenciais da responsabilidade civil, tendo em vista a ocorrência da conduta ilícita da empresa, diante da sua negligência em não providenciar a devida baixa na CTPS do seu antigo empregado, além do dano patrimonial a este causado, pois ele perdeu a chance de ser contratado e, com isso, receber uma contraprestação salarial pelo seu serviço. Evidente ainda o nexo de causalidade entre a conduta omissiva da empresa e o dano causado ao empregado.

Ademais, configurados também os requisitos de aplicação da teoria da perda de uma chance, pois, demonstrou-se que, no momento do dano, a oportunidade de o reclamante ser contratado era séria e real, a qual somente foi impedida em virtude do ato ilícito da empresa. O dano nesse caso foi certo e atual, não se tratando de um dano meramente hipotético e, por isso, passível de ser indenizado, conforme a decisão prolatada.

Neste caso, o dano em questão é decorrente do descumprimento de uma obrigação oriunda do contrato de trabalho. Assim, muito embora a relação de trabalho já tenha sido extinta, o empregador, ao agir negligentemente, violou o princípio da boa-fé, não dando a devida baixa na CTPS de seu antigo empregado,

retirando deste a chance de poder ser contratado por um novo empregador, caracterizando o dever de repará-lo, ainda que em fase pós-contratual.

4.3. PARÂMETROS DE QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA

Questão tormentosa no que tange à aplicação da teoria da perda de uma chance é em relação à quais os parâmetros que devem ser utilizados para quantificar o valor da indenização pela chance perdida, como visto alhures.

No Direito do Trabalho a quantificação da perda de uma chance como dano material também será calculada partindo-se dos mesmos parâmetros utilizados no Direito Civil explicados anteriormente, ocorre que, em algumas situações, torna-se difícil calcular o valor total do resultado final. Isso acontece porque o dano da perda de uma chance, nas relações de trabalho, na maioria das vezes revela-se na frustração de crescimento profissional, de modo que, o indivíduo perde a chance de auferir um salário maior.

Note-se, que, nesses casos, o valor total do resultado final é impreciso, pois o ato ilícito frustra o indivíduo de auferir uma vantagem esperada que não iria se exaurir em um único evento, mas essa vantagem teria o caráter de continuidade, de prolongação no tempo. Ou seja, uma vez frustrada a chance de crescimento profissional e auferir ganho salarial mais significativo, o resultado final em questão não seria o recebimento de um único salário, mas, o recebimento de salários mensalmente, enquanto perdurasse o contrato de trabalho.

Dessa forma, quando a perda de uma chance nas relações de trabalho caracterizar-se na frustração de uma contratação e, conseqüentemente, no recebimento de salários, deve-se tomar como parâmetro a ser utilizado como valor total do resultado final o valor correspondente ao primeiro salário que o trabalhador teria direito, não fosse o ato ilícito. A menos que, a depender da situação, haja como determinar o período de tempo provável que o trabalhador permaneceria laborando e o valor total que ele receberia nesse lapso temporal, pois, neste caso, deve-se levar em consideração esse valor total como sendo o resultado final.

Imagine-se, como exemplo, um trabalhador que, por ato ilícito do tomador de serviço, foi frustrado de ser contratado e de, conseqüentemente, de receber salário mensal no valor de 2 mil reais. Nesse caso, não há como se precisar o tempo total que esse indivíduo permaneceria nesse trabalho, assim, o resultado final

deverá ser calculado com base no valor do primeiro salário a ser recebido, qual seja, 2 mil reais.

Em contrapartida, imagine-se um trabalhador que foi frustrado, por ato ilícito do tomador de serviço, de ser contratado para desempenhar uma determinada função no período de 12 meses, recebendo como salário total 12 mil reais divididos em parcelas mensais iguais, o resultado final, aqui, será o recebimento dos salários correspondentes aos 12 meses.

Determinado o valor do resultado final, deve-se analisar a probabilidade de ocorrência do mesmo, a fim de precisar o percentual a incidir sobre aquele. Como já dito em momento anterior, não há como se estabelecer um percentual mínimo de probabilidade de ocorrência do resultado danoso capaz de ensejar na indenização pela perda de uma chance, de modo que, a análise da probabilidade deve ser realizada de acordo com o caso concreto, não podendo, porém, ser ínfima essa probabilidade, senão não será possível a reparação pela perda de uma chance.

Quando a perda de uma chance traduzir-se em danos extrapatrimoniais, porém, o valor da indenização deve levar em conta os mesmos parâmetros utilizados na aferição do próprio dano moral, quais sejam, a condição econômica de quem cometeu o dano, a gravidade do sofrimento, a posição de sujeição do ofendido, além da própria extensão do dano.

Infere-se, portanto, que a quantificação da indenização pela perda de uma chance no direito do trabalho apresenta algumas características peculiares que devem ser observadas no momento da apuração do valor reparatório, utilizando-se, naquilo que for comum, os mesmos parâmetros de aferição da quantificação utilizados no Direito Civil.

5. CONCLUSÕES

O trabalho desenvolvido buscou demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho, analisando o instituto da responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance de maneira geral e, especificamente, nas relações trabalhistas, podendo-se concluir, em síntese que:

a) A configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance enseja, além da presença dos requisitos do próprio instituto da responsabilidade civil

(conduta humana, nexo de causalidade e dano), a caracterização dos requisitos específicos da teoria da perda de uma chance, quais sejam; chance séria e real, nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano da perda de uma chance e a correta quantificação da chance perdida.

b) Apesar de a legislação vigente não disciplinar expressamente a possibilidade de reparação pela perda de uma chance, o CC/02, em seus arts. 186 e 927, estabeleceu uma cláusula geral de responsabilização, de modo que se pode admitir a indenização pelos danos da perda de uma chance.

c) O dano da perda de uma chance pode ser compreendido como um dano autônomo, representando uma terceira espécie de dano, distinta do dano emergente e do lucro cessante, entendimento corroborado pelo Enunciado 443, da V Jornada de Direito Civil.

d) As relações de trabalho são campo fecundo para que ocorram danos pela perda de uma chance, dadas às intensas relações que são travadas entre empregado e empregador, e principalmente em decorrência da situação de sujeição deste em relação àquele. Por conta disso, a perda de uma chance no Direito do Trabalho revela-se, sobretudo, quando o ato ilícito do empregador frustra o empregado de auferir uma vantagem, como crescer profissionalmente e aumentar o seu patamar salarial, ou impede que o empregado evite um prejuízo futuro. Nada impede, porém, que um ato ilícito do empregado também enseje ao empregador o direito a uma indenização com base na perda de uma chance.

e) Não há nenhuma vedação legal no Direito do Trabalho que impeça a aplicação da teoria da perda de uma chance, oriunda do Direito Civil, às suas relações, pois a CLT no seu artigo 8º dispõe que, naquilo que o Direito Laboral for omissivo, poderá valer-se de outros ramos do direito, sendo expresso, ainda, ao afirmar no parágrafo único do dispositivo em questão, que o direito comum será subsidiário ao Direito do Trabalho naquilo que aquele não for de encontro aos princípios deste último.

O trabalho não pretendeu esgotar o tema, mas contribuir com o estudo acerca deste, de maneira que os Tribunais pátrios possam, cada vez mais, reconhecerem essa nova concepção de dano também na seara trabalhista. O não reconhecimento da teoria nessa seara pode ocasionar decisões injustas, uma vez que, ou se terá que conceder uma indenização com base no valor total da vantagem

que foi perdida, ou, terá que negar o acolhimento da pretensão, deixando a vítima do dano da perda de uma chance sem direito à indenização.

REFERÊNCIAS

BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>> Acesso em: 18 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 13 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9-stj>> Acesso em: 10 maio 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná- UFPR. Curitiba, 2010.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Perda de uma chance. Considerações acerca de uma teoria**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41209>> Acesso em: 18 jun. 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª região). Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Indenização por danos materiais – perda de uma chance. Relator: Paulo Mauricio R. Pires. Belo Horizonte, 18 de maio de 2012. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=24959>> Acesso em: 15 ago. 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações** - Introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

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

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia seletiva para a correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 de junho de 1990. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>> Acesso em: 20 maio 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelações cíveis. Agravo retido. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Falha de diagnóstico. Avc. Ausência de pronto tratamento. Sequelas. Perda de uma chance. Danos caracterizados. Apel. Cível nº 70045189859. Relator: Gelson Rolin Stocker. Porto Alegre, 08 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca>> Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4ª região). Acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região. Indenização por danos morais - pré-contrato. Relator João: Pedro Silvestrin. Porto Alegre, 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 15 ago. 2012.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A reparação civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2429>> Acesso em 20 jul. 2012.