

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Wagson Lindolfo José Filho¹

RESUMO

Versa o presente artigo sobre a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Justiça do Trabalho. O estudo tem o intuito de determinar o atual panorama da responsabilidade civil no direito brasileiro e ressaltar a necessidade de mecanismos mais eficientes para preencher as lacunas jurídicas nesse campo, mormente no que diz respeito às ações de competência da Justiça do Trabalho. A clara situação fática da posição de inferioridade do empregado na relação de emprego torna-o vulnerável no momento do ajuste das cláusulas contratuais, sendo necessário que se lhe empreste tutela jurídica específica a fim de possibilitar a garantia do equilíbrio contratual. Assim, com o intuito de sopesar o desnível dessa relação (princípio da proteção), admite-se a aplicação dessa teoria com o fito de indenizar integralmente o empregado, principalmente em hipóteses de acidente de trabalho nas quais há uma gama imensurável de chances perdidas.

PALAVRAS-CHAVES: Reparação civil, perda da chance, doutrina estrangeira, vulnerabilidade do empregado, jurisprudência trabalhista brasileira.

1. INTRODUÇÃO

Depois da recente reformulação do Código Civil e da ampliação da competência da Justiça do Trabalho engendrada pela EC n. 45/2004, o sistema de responsabilidade trabalhista tornou-se mais abrangente, aceitando conceitos de dano e responsabilidade civil até antes não existentes.

Além da objetivação da responsabilidade civil, a coletivização dos direitos também contribuiu para a reparação mais ampla dos danos ocasionados à vítima. Assim, com o desenvolvimento contemporâneo, toda a sociedade passou a arcar com o ônus de reparar certos tipos de danos.

É princípio de responsabilidade civil que aquele que cause dano a outrem fique obrigado a reparar os prejuízos decorrentes de seu ato, de forma integral. Além dos prejuízos já definidos como danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou, então, de evitar um prejuízo. Trata-se, como vem sendo discutido jurisprudencialmente e doutrinariamente, da indenização pela perda de uma chance ou oportunidade (*perte d'une chance*).

O que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, mas a possibilidade de obtenção de resultado esperado. Assim, como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, logicamente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor em auferir a oportunidade desejada.

1. Bacharel em Direito pela UFG, Pós-graduando em Direito do Trabalho pela UCDB e Assistente de Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 18ª Região.

Os casos mais emblemáticos da aplicação da teoria da perda de uma chance dizem respeito à seara trabalhista. Considerando que o meio ambiente de trabalho mescla o fator de produção com as chances aleatórias de cada trabalhador, muitas vezes a vítima encontra-se em uma situação vulnerável diante do poderio econômico do empregador sem ter elementos que possibilitem a comprovação do dano sofrido.

A clara situação fática da posição de inferioridade do empregado na relação de emprego torna-o vulnerável no momento do ajuste das cláusulas contratuais, sendo necessário que se lhe empreste tutela jurídica específica a fim de possibilitar a garantia do equilíbrio contratual.

Assim, com o intuito de sopesar o desnível dessa relação (princípio da proteção), admite-se a aplicação dessa teoria com o fito de indenizar integralmente o empregado, principalmente em hipóteses de acidente de trabalho nas quais há uma gama imensurável de chances perdidas.

Dentro dessa perspectiva, será feito um estudo a respeito da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Justiça do Trabalho, analisando posicionamento doutrinário e jurisprudências diversas.

2. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Diferentemente do que ocorria no passado, as vítimas de danos recorrem cada vez mais ao Poder Judiciário visando à reparação de seus prejuízos. Inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de um infrator, alguém se vê privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou de evitar um prejuízo, o que muitas vezes pode vir a irromper a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA

A objetivação da responsabilidade civil significa a ruptura com a sociedade egocêntrica e voluntarista que criou os códigos liberais do século XIX e início do século XX. Desta maneira, com o surgimento da nova ordem massificada (sociedade de riscos), o sistema de culpa, nitidamente individualista, evoluiu para um sistema solidarista da reparação do dano.²

Além da objetivação da responsabilidade civil, a coletivização dos direitos também contribuiu para a reparação mais ampla dos danos ocasionados à vítima. Assim, com o desenvolvimento contemporâneo, toda a sociedade passou a arcar com o ônus de reparar certos tipos de danos.³

Ao estudar a enorme alteração produzida pelo surgimento do paradigma solidarista, percebe-se que os autores costumam indicar a relativização de apenas um dos requisitos aludidos como consequência da objetivação da reparação de danos: a culpa. No entanto, acredita-se piamente que o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil também provoca modificações profundas em outros requisitos da responsabilidade, como o nexo causal e o dano.

A dinamicidade da vida moderna fez surgir a necessidade de se repararem danos que possuem causas intangíveis e emocionais, mesmo que não se saiba precisar seus reais causadores. Desse modo, fatos como quebra de expectativa e confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e

2. AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**, 1997, p. 11.

3. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, 2003, p. 540.

perda da escolha já podem ser considerados ressarcíveis.⁴ Nestes casos, a teoria da perda de uma chance estriba-se em mais uma maneira de possibilitar ao lesado receber alguma reparação.

A impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do infrator faz com que o operador do direito utilize parâmetros de estatística e probabilidade para aferir e reparar o dano injusto causado à vítima.

A Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, surgiu e se desenvolveu, como prelúdio, na França (*perte d'une chance*). Logo após, a doutrina e a jurisprudência de outros países europeus passaram a adotar a teoria, inclusive a Itália, que a princípio ofereceu certa resistência às inovações trazidas por essa nova concepção de dano hipotético.

A importância e a utilidade da teoria da perda de uma expectativa favorável fizeram com que o instituto também refletisse nos países de tradição da *Common Law*, gerando uma quantidade infindável de *leading cases*, precipuamente em relação à seara médica. Inclusive, pode-se notar uma evolução jurisprudencial no sentido de reparar integralmente a vítima em situações em que há um dano perpetrado por uma conduta mínima do agressor.

Alguns autores associam o aparecimento da responsabilidade pela perda de uma chance à utilização menos ortodoxa do nexo de causalidade, ora se manifestando em forma de causalidade parcial, ora em forma de presunção de causalidade, nos moldes da responsabilidade coletiva ou grupal. Outra corrente defende que a teoria da perda de uma chance constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável, mantendo a aplicação mais rígida do nexo causal.

Dois são os critérios apontados pela doutrina e jurisprudência para a correta aplicação da teoria da perda de uma chance. O primeiro diz respeito à seriedade das chances ultrajadas; para que a demanda seja digna de procedência, a chance deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. O segundo prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem final.

A teoria, em linhas gerais, reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um determinado prejuízo. Pode-se utilizá-la em hipóteses fáticas regidas tanto pela responsabilidade civil objetiva (orientada pela teoria do risco), assim como pela tradicional responsabilidade civil subjetiva, que tem na culpa o seu maior fundamento e requisito.

2.2 PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO ESPECÍFICO

Esta vertente da teoria tem por escopo reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo e específico consistente na chance perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor pecuniário, de conteúdo patrimonial, à probabilidade de obter um lucro, sem a certeza da efetivação, no caso concreto, da vantagem derradeira.

Não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade real e séria de consegui-la. Para tanto, a teoria faz uma distinção entre resultado perdido e as chances vituperadas, relativizando o conceito de dano.

Um dos expoentes dessa corrente é Joseph King Jr. O autor americano propugna que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano

4.SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**, 2007, p. 06.

reparável, pois a interpretam equivocadamente como uma possível causa para a perda definitiva do lucro esperado pela vítima.⁵

King Jr. defende a autonomia das chances perdidas a partir do conceito de predisposições (*preexisting conditions*). Utilizada principalmente na seara médica, a teoria das predisposições serve para averiguar qual dano a vítima já havia sofrido antes do erro médico. Assim, as predisposições distanciam-se das causas concorrentes por serem propensões relativas a eventos naturais como câncer, hepatite, etc., sem constituírem a causa necessária para o desencadeamento do dano.⁶

Na lição do referido doutrinador, as probabilidades medem a ignorância humana, e não uma chance legítima, que já existe por si só. Portanto, a única forma sensível de se avaliar, no caso concreto, a oportunidade perdida pela vítima é quantificar o dano sofrido, levando-se em conta a probabilidade que tinha a vítima de aferir, ao final do processo aleatório, a vantagem pretendida.

2.3 PERDA DE UMA CHANCE COMO CAUSALIDADE ALTERNATIVA

A teoria clássica da perda de uma chance imprimiu um caráter autônomo em relação às chances perdidas. Essa referida independência serviria para distinguir o dano representado pela paralisação do processo aleatório no qual se encontrava a vítima (oportunidade perdida) do prejuízo representado pela perda da vantagem pretendida, que também se denominou dano final.

A falta de causalidade necessária (*conditio sine qua non*) entre o dano final e o ato do agente ofensor que causou a interrupção do processo aleatório impossibilita a reparação integral da vantagem final esperada. Entretanto, servindo-se da mesma linha evolutiva utilizada para respaldar a atenuação do pressuposto da culpa, a doutrina passou a considerar uma teoria capaz de modificar os requisitos necessários do nexo de causalidade, criando, para tanto, a propalada causalidade alternativa.

No sistema jurídico brasileiro de tradição romano-germânica, a condição necessária deve encontrar respaldo num juízo de certeza sólido entre a conduta e o dano. Dessa maneira, não existe possibilidade de gradação causal. Ou o nexo de causalidade é totalmente provado, gerando todos os efeitos reparatórios pertinentes, ou a pretensão indenizatória mostrar-se-á improcedente, mesmo comprovando-se parte da relação causal. Tal padrão de responsabilidade civil é denominado pelos juristas de “tudo ou nada”.⁷

Já no sistema norte-americano a jurisprudência consolidou o entendimento de que a valoração de um ato ofensivo como causa do dano num patamar acima de 50% (cinquenta por cento) de probabilidade é suficiente para considerá-lo como causa necessária (condição *but for*). Porém, igualmente ao sistema romano-germânico, as consequências devem ser logicamente previsíveis para a responsabilização do infrator.⁸

Em ambos os sistemas o problema de estabelecer precisamente qual teoria da causalidade adotar persiste, visto que não existe certeza absoluta em relação à prova do nexo causal, bastando uma carga probatória que forneça os elementos de convencimento do magistrado ou, no sistema norte-americano, do júri.

O estabelecimento de presunções é uma das maneiras pelas quais é relativizado o princípio geral de que incumbe ao autor provar a causalidade entre o ato do infrator e o dano ocasionado. Isso ocorre quando o processo causal escapa a uma

5.SILVA, Rafael Peteffi. *Op. Cit.*, p. 75.

6.*Id.* *Ibidem*, p. 76.

7.SILVA, Rafael Peteffi. *Op. Cit.*, p. 35.

8.*Idem*.

observação mais direta ou quando a multiplicidade de causas gera grande complexidade. Essas presunções podem advir com o trabalho da jurisprudência ou pela ação do legislador, como nos casos de acidente de trânsito, atividades nucleares, acidentes de trabalho e ações nocivas ao meio ambiente.

Duas são as soluções de causalidade alternativa apontadas pela doutrina para resolverem a questão da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A primeira utiliza uma espécie de presunção causal, nos mesmos moldes vislumbrados na responsabilidade civil dos grupos, alcançando, inclusive, a reparação do dano final em casos de perda de uma chance médica, é o que os americanos alcunham de “fator substancial”. A segunda solução, ao contrário, alterca que a reparação deve ficar limitada ao valor das chances perdidas. Os autores não fazem qualquer distinção entre a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica e as outras modalidades. Essa posição refuta o conceito alargado de dano, apropriando-se da ideia de “causalidade parcial”, a qual é utilizada para identificar a proporção de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano final, cujo resultado será identificado como “chances perdidas”.⁹

2.3.1 Causalidade parcial

Autores como Jacques Boré e John Makdisi defendem que as chances perdidas são apenas um meio de quantificar o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem pretendida). Assim, caso a conduta do ofensor não represente uma condição necessária (condição *but for*) para a interrupção do processo aleatório, pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo, reduzindo o prejuízo na medida do vínculo causal constatado com o erro do infrator.¹⁰

Makdisi ensina que a reparação deverá ser mensurada de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Se existem 70% de probabilidade de que a conduta do ofensor tenha causado prejuízo à vítima, o dano será quantificado em 70% da perda total suportada. Da mesma forma, quando o conjunto probatório indica uma estimativa causal de 30%, é exatamente segundo esta proporção que será calculada a indenização.¹¹

Destarte, a ideia de causalidade parcial ministrada pelos autores citados esbarra no requisito da condição necessária, indispensável para todas as teorias sobre o nexo causal. É nesse sentido que a causalidade alternativa seria utilizada, já que flexibiliza o ônus da prova da *conditio sine qua non*.

Estar-se-ia, então, não diante de um dano independente do dano final, mas de certa dispensa da prova da causalidade, responsabilizando-se o réu a pagar pelo dano que, segundo uma correlação estatística pré-científica, espera-se que ele tenha causado.

Cumprir registrar que a análise econômica das instituições jurídicas, que tem como finalidade encontrar a solução economicamente mais eficiente, é um processo bastante rotineiro entre os juristas da *Common Law*.

Com base no sistema do “tudo ou nada”, se uma falha médica apresenta 30% de chances de ter causado determinado dano, o médico responsável não seria condenado a reparar qualquer tipo de dano. Assim, a função pedagógica da responsabilidade civil não se verificaria, pois o médico não teria razões jurídicas para mudar o seu comportamento. Porém, constatando-se que o referido médico cause em seu

9.SILVA, Rafael Peteffi. *Op. Cit.*, p. 48.

10.*Id. Ibidem*, p. 49.

11.*Id. Ibidem*, p. 50.

paciente um prejuízo de sobrevivência de 70%, segundo os critérios da *Common Law*, a atividade médica é considerada economicamente insuficiente, visto que é responsável pela criação de um lucro adicional inferior à despesa criada. Neste caso, o médico estaria reparando os elementos aleatórios do prejuízo, que não estão em relação de causalidade com a falha médica.¹²

Todavia, alguns autores como Lori Ellis sustentam que a aplicação da teoria da perda de uma chance deve ser aplicada apenas aos casos em que a conduta do ofensor não tenha causado *more likely than not* o dano final, ou seja, que retire menos de 50% da probabilidade de a vítima auferir a vantagem esperada. Assim, nas hipóteses em que a conduta danosa cruze a linha dos 50% a reparação do prejuízo final pelo agente seria irremediavelmente integral.¹³

Lori Ellis assevera que a teoria da perda de uma chance tem por escopo mitigar as injustiças em casos médicos devido à dificuldade de prova do nexos causal. Ademais, com supedâneo na função pedagógica da responsabilidade civil, não seria crível que médicos deixassem de indenizar falhas que contribuíram para o dano, que não constituem em condições *but for*, ocasionando uma licença para a ocorrência reiterada de falhas de menor porte.

2.3.2 Presunção causal e fator substancial

A teoria do fator substancial foi criada precipuamente para amparar casos em que o padrão da prova da condição *but for* se mostrava inadequado e gerador de iniquidades. Desse modo, mesmo que o dano possa ter ocorrido sem a participação única do infrator, comprovada sua contribuição substancial (presunção causal), este deve arcar com a reparação integral do dano final, isto é, com a total indenização da vantagem que a vítima poderia alcançar ao final do processo aleatório.

O fator substancial aproxima-se bastante do exemplo clássico do *twin fires*, no qual um agente dá início a um incêndio que acaba se somando a outro, sendo os dois incêndios capazes, individualmente, de destruir a propriedade da vítima. No caso, a propriedade da vítima seria destruída mesmo sem a ocorrência do incêndio causado pelo agressor.¹⁴

O mais famoso *leading case* é *Higs v. United States*, julgado em 1966. Uma paciente que sofria de graves dores abdominais foi medicada pelo médico plantonista e liberada para retornar somente depois de oito horas. Horas depois a paciente veio a falecer devido a uma obstrução intestinal. Os peritos constataram que a conduta médica fora um fator substancial para a morte da paciente. O dano final (morte) foi indenizado, mesmo sem a prova inequívoca da *conditio sine qua non*, ou seja, a vítima poderia ter falecido pela evolução normal da doença, mesmo que adequadamente tratada.¹⁵

Entretanto, Patrice Jourdain e Geneviève Viney defendem a utilização do fator substancial apenas na seara médica, posto que em tais casos a vítima não conseguiria estabelecer com certeza a relação de causalidade entre o fato do ofensor e o dano, mas apenas apontaria o responsável pelo prejuízo. Assim, a indenização seria concedida apenas pela constatação de que a conduta do agente havia criado um risco injustificado ou devido a uma "presunção de realização de riscos."¹⁶

12.SILVA, Rafael Peteffi. Op. Cit., p. 60.

13.*Id. Ibidem*, p. 63.

14.SILVA, Rafael Peteffi. Op. Cit. p. 33.

15.*Id. Ibidem*, p. 68.

16.*Id. Ibidem*, p. 70.

3. RECEPTIVIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

A teoria da perda de uma chance, além de possuir estreita ligação com os princípios basilares da responsabilidade civil e legislação pertinente (arts. 186, 187, 402 e 927, do Código Civil), encontra seu fundamento maior no núcleo essencial do direito fundamental à indenização previsto no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal.

Considerando, ainda, que a CLT, em seu art. 8º, estabelece como uma das fontes de direito do trabalho as soluções adotadas no direito comparado, nítida é a compatibilidade do instituto da perda de uma chance com a seara justralhista. Neste capítulo, então, será feita uma análise quanto ao entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do assunto, bem como críticas construtivas visando à correta aplicação da teoria da perda de uma chance.

3.1 MANIFESTAÇÃO DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A responsabilidade civil pela perda de uma chance não foi tema de discussões doutrinárias mais aprofundadas em nosso país. Com exceção das obras de Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva, os demais doutrinadores brasileiros teceram breves comentários sobre o assunto em obras genéricas de responsabilidade civil.

Entretanto, ainda que analisada de forma superficial pela maior parte da doutrina brasileira, vislumbra-se nitidamente que tanto autores clássicos, quanto a vertente doutrinária mais moderna, acabam por aceitar a teoria da perda de uma chance no ordenamento pátrio.

A jurisprudência brasileira parece passar por uma fase de ebulição na seara da teoria da perda de uma chance. Alguns Tribunais, apesar de reconhecerem a possibilidade de reparação da chance perdida, encontram dificuldades em harmonizar conceitos, carecendo de uma solidificação da teoria em relação aos seus limites e à sua metodologia de aplicação.

Mister gizar que a maioria das decisões que utilizam da teoria foi proferida no início do século XXI. Grande parte dos Tribunais do Brasil ainda não teve contato com a responsabilidade civil pela perda da chance, sendo inadequado asseverar que a teoria possui aceitação sistemática nos julgados nacionais.

Nas palavras de Raimundo Simão, o advogado é o “primeiro juiz da causa”, cabendo a ele, muitas vezes, o sucesso de uma demanda e o surgimento de novas jurisprudências com a provocação necessária do judiciário a partir do desenvolvimento de novas teses.¹⁷

A doutrina e jurisprudência admitem a aplicação da teoria na seara juslaboral. Após o alargamento da competência da justiça do trabalho engendrada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, as possibilidades de reparação de danos pela perda de uma oportunidade encontram um campo fértil nas indenizações por dano moral *latu sensu* e decorrentes de acidentes de trabalho.

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira:

Onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar

17. MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador*, 2006, p. 325.

o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.¹⁸

Os casos mais emblemáticos da aplicação da teoria da perda de uma chance dizem respeito à seara trabalhista. Considerando que o meio ambiente de trabalho mescla o fator de produção com as chances aleatórias de cada trabalhador, muitas vezes a vítima encontra-se em uma situação vulnerável diante do poderio econômico do empregador sem ter elementos que possibilitem a comprovação do dano sofrido.

A clara situação fática da posição de inferioridade do empregado na relação de emprego o torna vulnerável no momento do ajuste das cláusulas contratuais, sendo necessário que se lhe empreste tutela jurídica específica a fim de possibilitar a garantia do equilíbrio contratual.

Assim, com o intuito de sopesar o desnível dessa relação (princípio da proteção), admite-se a aplicação desta teoria com o fito de indenizar integralmente o empregado, principalmente em hipóteses de acidente de trabalho nas quais há uma gama imensurável de chances perdidas.

3.1.1 Chances pré-contratuais

Diante da ampliação da competência da Justiça do Trabalho consolidada pela Emenda Constitucional n. 45, não existe mais dúvidas no que tange a matéria da responsabilidade civil na justiça do trabalho.

O dano pré-contratual advém da fase de tratativas contratuais, na qual as negociações são submetidas à liberdade, que deriva do princípio da autonomia da vontade, fundamento da teoria geral dos contratos.

A fase pré-contratual está adstrita ao terreno do contato social. Muito embora as partes não tenham qualquer liame obrigacional, já é exigido um comportamento negocial pautado pela lealdade e pela confiança.

Assim, o empregador deve pautar-se por um dever de conduta, sem criar expectativas falsas ou vazias, tudo em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, inserido no artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No mesmo sentido, está prelecionado no Código Civil, mais precisamente no artigo 427: “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Permite-se que a empresa, antes de contratar o empregado, obtenha informações sobre sua experiência profissional, exame de currículo, exame admissional, diplomas e certificados, ou seja, documentos que avaliem a capacidade profissional do candidato.

Porém, o campo de investigação do candidato não pode sobrepujar limites estatuidos pela boa-fé objetiva. A partir do momento que a empresa abusa do direito de informação ou frustra proposições entabuladas com o candidato deve arcar com os prejuízos produzidos.

A reparação por dano pré-contratual abarca as despesas e prejuízos relativos à frustração da formação do contrato de trabalho, atendendo ao chamado interesse negativo, conforme explica José Affonso Dallegrave Neto:

O interesse contratual positivo abrange todas as consequências da ineficácia de um contrato supostamente válido, havendo interesse na própria execução do contrato. Já o interesse contratual negativo atinge apenas

18. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional**, 2008, p. 72-3.

o prejuízo traduzido no que a parte perdeu ou deixou de ganhar em fase da negociação encetada e posteriormente frustrada pela parte adversa; geralmente são despesas que sofreu para se credenciar negociação ou em razão do tempo que gastou (dano emergente), abrangendo também as oportunidades imediatas que deixaram de se concretizar (lucro cessante) em face da frustrada quebra ou vício contratual da parte contrária.¹⁹

Note-se que não é somente a frustração injustificada que gera dano pré-contratual, mas também a violação de deveres colaterais de comportamento, como por exemplo, a violação de sigilo e informações.

Colacionam-se as seguintes ementas de alguns julgados:
PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - As negociações preliminares que excedem a fase de seleção do candidato a emprego geram para o trabalhador a esperança, senão a certeza, da contratação, caracterizando a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas, bem como o respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé (Art. 422 do Código Civil). Assim, se o empregador exige a abertura de conta-salário e a realização dos exames admissionais, às suas expensas (Art. 168 da CLT), e, em seguida, injustificadamente, frustra a esperança fundada do trabalhador em ser admitido, está caracterizado o abuso de direito capaz de ensejar o deferimento da indenização por danos morais.²⁰

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, podendo alcançar também a fase pré-contratual, à luz do disposto no artigo 422 do CCB, que garante a seriedade nas negociações preliminares, criando uma confiança entre as partes, de modo a possibilitar o reconhecimento da responsabilidade daquela cuja desistência na concretização do negócio ensejou prejuízos a outrem. Existindo nos autos provas de que a ré tenha garantido a contratação do autor, inclusive fazendo esse se desligar da possibilidade de outro emprego na busca de melhores oportunidades, fica caracterizado o dano moral. Esse, por sua vez, exige reparação compatível com o mal causado, devendo servir, também, de desestímulo para que atos como tal não continuem a acontecer.²¹

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FASE PRÉ-CONTRATUAL. A não contratação, quando já alcançado o final do processo de seleção, inclusive com o desligamento do trabalhador do emprego anterior, enseja a reparação dos prejuízos morais e patrimoniais advindos da atitude irresponsável da empresa. Recurso provido.²²

19.DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**, 2007, p. 106

20.TRT3, Recurso Ordinário nº 01472-2007-109-03-00-3, 2ª Turma, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. em 30/04/2008.

21.TRT3, Recurso Ordinário nº 00790-2008-143-03-00-9, Turma Recursal de Juiz de Fora, Rel. Juiz Convocado Paulo Maurício R. Pires, j. em 27/05/2009.

22.TRT4, Recurso Ordinário nº 00623-2008-261-04-00-2, Rel. Des. Rosane Serafini Casa Nova, j. em 22/07/2009.

Segundo Sérgio Savi, a chance ou oportunidade é uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano irremediável à vítima, na maioria das vezes atual e emergente, o qual deverá ser indenizado ainda que por presunção factual. Assim, 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 indenizável.²³

As tratativas pré-contratuais dizem respeito, em primeira análise, a chances reais do empregado na obtenção de um posto de trabalho com os benefícios prometidos pelo empregador. Ora, se o compromisso firmado mostra-se justo e sério ao ponto de incorporar-se ao patrimônio jurídico do candidato, nada mais razoável que vincular o promitente às tratativas, indenizando o indivíduo pela perda da expectativa de auferir aquele emprego.

3.1.2 Chances pós-contratuais

A responsabilidade pós-contratual engloba o dever de proteção de ambas as partes, mesmo após o término da vigência do contrato de trabalho. Trata-se de emanção do princípio da boa-fé objetiva, que busca a proteção do patrimônio do contratante, contra eventuais danos causados pelo outro pactuante.

A competência material para apreciar os danos oriundos da violação de deveres de lealdade, proteção e informação decorrentes da relação de trabalho é da Justiça do Trabalho, vez que tais deveres de conduta são anexos ao contrato de trabalho, ainda que posteriores à rescisão laboral.

Como exemplo, tem-se o julgado do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais em que a empregadora negou-se a fornecer uma carta de apresentação ao empregado cujo contrato fora rescindido sem justa causa. Sem esse documento o trabalhador perdeu a oportunidade de conseguir outro emprego ao qual se candidatara. Transcreve-se:

PERDA DE CHANCE DANOS MORAIS INDENIZAÇÃO. No campo da responsabilidade civil existe uma construção doutrinária segundo a qual a lesão ao patrimônio jurídico de alguém pode consistir na perda de uma oportunidade, de uma chance de se beneficiar de uma situação favorável ou de evitar um acontecimento desfavorável. Há, aí, um prejuízo específico, desvinculado do resultado final. Como se trata de uma chance, existe, ao lado do prognóstico negativo, também a previsão da ocorrência de um resultado positivo, embora a conduta do agente obste que se conheça o desfecho do caso. Não se podendo garantir o resultado favorável, tampouco se pode vaticinar a obtenção do resultado desfavorável. O dano se evidencia pela perda da chance, sendo tanto mais grave quanto maiores forem as probabilidades em relação a um certo resultado. Exemplos típicos são o do estudante que não consegue fazer uma prova; o da pessoa de carreira promissora, que vem a ser vítima de um acidente; o do cliente cujo advogado não ajuíza uma determinada ação, etc. Nesse caso, não há propriamente dano material, pois se trata de uma hipótese. Se, porém, a conduta do agente lesa os direitos da parte, privando-a da oportunidade de obter os benefícios de uma dada situação, ou de evitar os malefícios de uma outra, essa perda da chance dá lugar a uma compensação, pro-

23.SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, 2006, p. 103.

porcional ao valor da chance perdida.²⁴

Portanto, mesmo após a rescisão contratual, o trabalhador pode questionar danos porventura existentes, que decorram direta e imediatamente do pacto laboral pretérito. A reparação de chances contundentes pós-contratuais mostra-se plausível na medida em que os prejuízos devem ser reparados integralmente (*restitutio in integrum*), além de estar em consonância com o princípio proibitivo de lesar a outrem (*neminem laedere*).

3.1.3 Chances como meras expectativas

Não é 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 certa e razoável de obtenção do resultado esperado, é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano reparável.

Nesse sentido, alguns julgados:

INDENIZAÇÃO POR PERDA DA CHANCE. A decisão de improcedência está fundamentada na inexistência de prova da alegada discriminação na forma com que realizado o sorteio. É incontroverso o fato de que a 1ª reclamada realizou sorteio de um carro e uma moto, ao qual concorreram, apenas, os empregados do setor da produção. É incontroverso, da mesma forma, que o recorrente não participou do sorteio, porque a reclamada o considerava como pertencente ao setor administrativo. O pedido do recorrente está fundamentado na alegação de que trabalhava no setor da produção, e que o ganhador de um dos sorteios exercia a mesma função que ele (conferente). Afirma que estes fatos demonstram a discriminação da qual foi vítima (item 08 - fls. 04/05). É o próprio recorrente quem declara que o sorteio teve por fim incentivar os funcionários a não sofrerem acidentes de trabalho (fl. 543) e que o setor de trabalho do depoente estava vinculado ao setor da administração. (fl. 544- sic). No mesmo sentido a testemunha Jailson Sales Santana declara que o reclamante trabalhava no almoxarifado, setor vinculado à administração (fl. 544). Por fim, também a testemunha Edenír Luiz Orbach declara que o almoxarifado é considerado parte integrante do setor administrativo (fl. 545). Desta forma, é irrelevante o fato de o recorrente frequentar (habitualmente, ou não), o setor de produção ou o restaurante para os empregados da produção. O que importa considerar é a finalidade do sorteio (incentivo aos empregados da produção, que lidavam com riscos inerentes às suas atividades e que, por isso, sujeitavam-se a eventual acidente de trabalho), e a lotação do recorrente na empresa (no setor administrativo). Tampouco há prova de que alguém não pertencente ao setor administrativo tenha ganho algum dos sorteios, como se vê do depoimento da testemunha Jailson Sales Santana, ao declarar que um dos funcionários que foi sorteado com uma moto trabalhava como conferente no campo/canteiro de obra (fl. 544 - sublinhou-se), e da testemunha Edenír Luiz Orbach, ao declarar que o sorteio do carro foi ganho por um mecânico; que as motos foram ganhas pelo pessoal que trabalhava no setor de produção, bem como por terceirizados que trabalhavam na produção (fl.

24. TRT3, Recurso Ordinário nº 01518.2003.029.03.00.7, 3ª Turma, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. em 26/11/2003.

545 – sublinhou-se). Nega-se provimento.²⁵

APELO OBREIRO. 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 nexo 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.²⁶

A mera expectativa, a simples eventualidade, o decadente esperado não tipificam, por certo, a chance perdida, a perda irreparável. Assim, é necessário que a chance pretendida seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos, a álea suscetível de comprometer tal expectativa, isto é, leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o trabalhador alega ter sido privado.

3.1.4 Chances decorrentes de acidente de trabalho

No campo das doenças e acidentes de trabalho, a aplicação da teoria encontra um terreno fértil, já que o contrato de trabalho está envolto de sonhos e esperanças que se incorporam ao patrimônio jurídico do empregado.

As expectativas são fatores de comoção social. Algumas vezes, uma chance, pela influência psicológica que exerce sobre o indivíduo, pode representar uma gama de sonhos e esperanças na consecução de um futuro melhor, ou até mesmo possuir um valor sensorial maior do que a vantagem final esperada.

A chance pode ser caracterizada como o patrimônio ínsito de cada indivíduo consubstanciado na obtenção de uma vantagem futura ou de se evitar um prejuízo remoto. O próprio fato de viver ou sobreviver induz necessariamente a ideia de riscos e, por consequência, a perda de chances de escolhas feitas ao longo da vida. Assim, nunca se saberá o resultado do processo aleatório no qual a vítima está inserida, isto é, se a chance restaria infrutífera, apenas como mera expectativa incerta; ou se a chance resultaria na vantagem final almejada.

Todo acidente pressupõe a perda de um quantitativo imensurável de chances na carreira e vida pessoal do empregado acidentado, resta, porém, averiguar quais chances são realmente susceptíveis de reparação indenizatória.

Pelo escólio de Cláudio Brandão, o tema é dramático justamente pela verdadeira “chacina silenciosa” que se verifica na rotina das relações laborais, em que um verdadeiro “exército de mutilados” está surgindo, por força das péssimas condições ambientais a que estão submetidos os trabalhadores, com doenças ocupacionais gerando sequelas que não se limitam à individualidade, mas também com profundas

25.TRT4, Recurso Ordinário nº 01118-2006-201-04-00-0, Rel. Juíza Maria Cristina Schaan Ferreira, j. em 12/07/2007.

26.TRT23, Recurso Ordinário nº 01196.2007.001.23.00, 2ª Turma, Rel. Des. Luiz Alcântara, j. em 04/06/2008.

repercussões no meio social.²⁷

Raimundo Simão ilustra como exemplo a seguinte hipótese:

Imagine-se a situação de um trabalhador que, em perfeitas condições de higidez física e psíquica, na busca de melhoria profissional, está se preparando e ao mesmo tempo prestando concurso público, mas, em razão de um evento acidentário, perde a oportunidade de concluir um certame de que está participando, quando, para conseguir o seu desiderato, precisava apenas se submeter à última das fases eliminatórias do concurso.²⁸

Segundo o Art.19 da Lei 8213/91:

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 causa a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Todo empregador é obrigado a proporcionar aos empregados a máxima segurança e higiene no trabalho, zelando pelo cumprimento dos dispositivos legais a respeito, protegendo-os, especialmente contra as imprudências que possam resultar do exercício habitual da profissão, nos moldes do art. 157 da CLT.

Assim, considerando-se o dever geral de cautela do empregador em fornecer um ambiente de trabalho salutar e indene de agentes deletérios, qualquer dano que daí se origine deve ser completamente ressarcido, inclusive as chances reais a que o empregado faria jus, como promoções, perspectiva laboral e redução da força produtiva.

Nessa mesma linha, destaca-se trecho de acórdão:

A perícia atesta que, neste caso, a lesão na coluna impede o obreiro de continuar sendo motorista, de modo que, na esteira do pensamento dos doutrinadores franceses, adoto a teoria da reparação da *pert d'une chance*, ou seja, da perda da chance do trabalhador continuar auferindo aqueles valores que sua capacidade e habilitação laborais o permitiam, o que se baseia, diretamente, na probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que, da vantagem perdida resultou um prejuízo.

Dessa forma, arbitro a pensão mensal em 20% (vinte por cento) da última remuneração do reclamante, projetando-se até a expectativa de sobrevida no Brasil para os indivíduos do sexo masculino, que contavam com 45 anos em 2005 (30 anos de sobrevida, considerando nascimento em 01/09/1960 – fl. 50), consoante se extrai da Tábua completa de mortalidade publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE²⁹

Muito embora o pensionamento previsto no artigo 950 do Código Civil possa referir-se a prejuízos e despesas futuras, o certo é que outras chances podem ser facilmente constatadas com o ocasionamento do acidente de trabalho, como a promessa de uma promoção funcional que exija justamente a habilidade profissional do empregado que fora tolhida pelo ilícito.

27.BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**, 2006. p. 2.

28.MELO, Raimundo Simão de. *Op. Cit.*, p. 336.

29.TRT14, Recurso Ordinário nº 00709.2007.005.14.00-5, 1ª Turma, Rel. Juíza Vânia Maria da Rocha Abensur, j. em 25/06/2008.

A jurisprudência não assentou um parâmetro fixo para avaliar a seriedade das chances perdidas. Por vezes, ocorre a reparação de danos extremamente hipotéticos, em total desapego aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Outras vezes, indenizam-se equivocadamente as chances conspurcadas, sendo estas enquadradas como danos morais ou lucros cessantes. Porém, o que mais se nota é o conservadorismo ainda arraigado quando alguns tribunais se deparam com o tema, por desconhecimento deixam de prestar a devida tutela jurisdicional para as verdadeiras vítimas.

3.1.5 Chance como dano moral

O reconhecimento da indenização por dano moral nas relações do trabalho constitui um marco importante no curso das conquistas sociais. Muito já se avançou e, certamente, muito ainda há para ser conquistado, na plena afirmação do Ser Humano como centro do Direito.

No período histórico atual, com desenfreado culto da produtividade, competitividade e lucro, tendendo à volta da barbárie, o desenvolvimento da teoria da reparação do dano moral, por ofensa à integridade física e psíquica do trabalhador, constitui um marco de resistência na defesa dos valores mais elevados da dignificação do homem.

Várias são as hipóteses de danos morais decorrentes das relações de trabalho, como o assédio moral, o assédio sexual, *mobbing*, *bullying*, psicoterror, danos aos direitos de personalidade, dentre outros.

Na esteira do ensinamento abalizado de Reginald Felker, a reparação de danos morais pode compreender o ressarcimento de outros tipos de danos, inclusive patrimoniais:

O ponto de partida reside na fixação da própria natureza da condenação. Ainda que comumente se use a expressão “indenização” pelo dano moral, e até nos textos legais vem consagrada, na realidade de indenização não se trata. A indenização visa a recomposição do patrimônio do ofendido, em se tratando de prejuízos materiais.³⁰

Alguns autores, como Antônio Jeová Santos, parecem inserir o dano da perda de uma oportunidade no contexto dos danos extrapatrimoniais. Assim, para este autor, não sendo caso de mera conjectura, a perda de uma chance funcionará como um “agregador do dano moral”.³¹

Seguindo essa corrente, vários julgados pátrios simplesmente ignoraram o dano material decorrente da perda de uma chance, exatamente pelo fato de a terem considerado como modalidade de dano moral.

O arbitramento dos danos extrapatrimoniais obedece a critérios menos rígidos do que aqueles respeitados na quantificação de danos patrimoniais. Assim, pela dificuldade encontrada para quantificar danos patrimoniais relativos à perda de uma chance, alguns tribunais preferem considerar as chances exauridas como meros danos morais, devido ao subjetivismo mais acentuado na sua quantificação.³²

Entretanto, há casos em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas que, ainda assim, poderá considerar a perda de mera expectativa como sendo apta a gerar dano moral.

30.FELKER, Reginald Delmar Hintz. *Op. Cit.*, p. 84.

31.SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**, 1999, p. 110.

32.MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**, 2003, p. 37.

Nesse sentido:

PERDA DE CHANCE. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. No campo da responsabilidade civil existe uma construção doutrinária segundo a qual a lesão ao patrimônio jurídico de alguém pode consistir na perda de uma oportunidade, de uma chance de se beneficiar de uma situação favorável ou de evitar um acontecimento desfavorável. Há, aí, um prejuízo específico, desvinculado do resultado final. Como se trata de uma chance, existe, ao lado do prognóstico negativo, também a previsão da ocorrência de um resultado positivo, embora a conduta do agente obste que se conheça o desfecho do caso. Não se podendo garantir o resultado favorável, tampouco se pode vaticinar a obtenção do resultado desfavorável. O dano se evidencia pela perda da chance, sendo tanto mais grave quanto maiores forem as probabilidades em relação a um certo resultado. Exemplos típicos são o do estudante que não consegue fazer uma prova; o da pessoa de carreira promissora, que vem a ser vítima de um acidente; o do cliente cujo advogado não ajuíza uma determinada ação, etc. Nesse caso, não há propriamente dano material, pois se trata de uma hipótese. Se, porém, a conduta do agente lesa os direitos da parte, privando-a da oportunidade de obter os benefícios de uma dada situação, ou de evitar os malefícios de uma outra, essa perda da chance dá lugar a uma compensação, proporcional ao valor da chance perdida.³³

Na lição de Jacques Boré, nota-se que a vítima, pela perda de uma chance, não requer qualquer tipo de dano que tenha elementos diferenciadores do prejuízo final. Desse modo, se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda da chance também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo ocorrendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro.³⁴

Pelo exposto, é indubitável que, em determinados casos, a quebra de expectativa, além de representar um dano material, poderá também ser considerada uma nuance do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de uma chance como sendo um dano exclusivamente moral, tendo em vista que a chance em si possui evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial.

3.2 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho não faz uso explícito da teoria da perda de uma chance. Contudo, com a utilização do sistema de responsabilidade civil encontrado em nosso ordenamento e justamente por ser a mais alta corte trabalhista de nosso país, vê-se obrigado a julgar espécies que se enquadrariam entre os exemplos mais clássicos de reparação por chances perdidas.

Porém, por não ser possível o revolvimento de fatos e provas na instância especial (súmula 126 do TST), encontra-se um óbice na valoração das chances pelo Tribunal Superior do Trabalho. Ainda assim, em casos que se discute a natureza da reparação sofrida e o arbitramento da respectiva indenização, é juridicamente admissível recurso de revista que pretenda tão somente a discussão dessas questões jurídicas, desde que a situação fática esteja consolidada na esfera ordinária.

33. TRT3, Recurso Ordinário nº 01518.2003.029.03.00.7, 3ª Turma, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. em 26/11/2003.

34. SILVA, Rafael Peteffi. *Op. Cit.*, p. 199.

3.3 PRINCÍPIO IURA NOVIT CURIA

Uma questão bastante interessante diz respeito ao pedido equivocado ou inadequado da pretensão reparatória da perda de uma chance. Assim, mesmo que o juiz esteja diante de um pedido certo de indenização por lucros cessantes e chegar à conclusão de que o caso é de perda de uma oportunidade, poderá ele conceder uma indenização a tal título.³⁵

O princípio *iura novit curia* traduz-se no dever que o juiz tem de conhecer a norma jurídica e aplicá-la por sua própria autoridade. Ao magistrado cabe conhecer o *nomen iuris* dado ao conjunto formado pelo direito subjetivo do autor da demanda e respectivo direito subjetivo de demandar.

Nada obstante a adequação jurídica empreendida pelo órgão judicial nessa matéria, as partes devem traçar os limites em que a lide será debatida, evitando a investigação exclusiva do magistrado. Portanto, lançando mão de um pedido indenizatório correto, a defesa e a decisão final serão equivalentes e com uma margem de erro bem estreita, além de proporcionar a formulação, pelos Tribunais, de jurisprudências com a correta valoração jurídica das chances perdidas.

3.4 QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA E O AN DEBEATUR

A apuração do valor da indenização baseada na perda de uma oportunidade é questão ainda bastante controvertida em nosso ordenamento jurídico. Não existem parâmetros taxativos para esta apuração e o juiz deve fixar o valor de forma equitativa e justa, auscultando as características do caso concreto.

Assim, levando-se em conta o novo paradigma da responsabilidade civil, em que os requisitos estão bastante atenuados, preciosa é a lição de Aguiar Dias ao afirmar que “a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo”.³⁶

A fixação da indenização deve ser realizada através de arbitramento em sentença, utilizando-se sempre a “regra de granito” que limita a quantificação das chances perdidas a um valor obrigatoriamente menor do que a vantagem final esperada pela vítima, segundo dados técnicos e periciais.³⁷

Aguiar Dias, ao criticar uma sentença proferida por um magistrado carioca em 1929, traça um importante requisito para a quantificação das chances perdidas; o *an debeatur*:

Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, como votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque esse fato não constituía dano, só verificável se o resultado do recurso fosse certo. Confundiram-se o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia. E este, ainda que ocorresse, correspondia ao *quantum debeatur*, o que sucede mais vezes do que supõem os que desconhecem a distinção, pois, ainda que ganha uma causa, a liquidação

35.SAVI, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 71.

36.AGUIAR DIAS, José de. *Op. Cit.*, p. 737.

37.SILVA, Rafael Peteffi. *Op. Cit.*, p. 205.

pode ser negativa, isto é, não representar valor pecuniário.³⁸

Desse modo, a relativa indeterminação da chance é restrita ao aspecto quantitativo do pedido (*quantum debeatur*), sendo inaceitável qualquer indeterminação no tocante ao ser do pedido (*an debeatur*).

Ocorre que a jurisprudência brasileira ainda é bastante vacilante nesse quesito. Sem uma menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido à vítima, vislumbra-se uma quantificação realizada sem qualquer critério técnico, apenas por mero sentimentalismo.

Alguns julgados trabalhistas espelham realidade diversa, apresentando valiosos critérios para a correta mensuração dos valores indenizatórios:

Recurso ordinário. Indenização por perda de uma chance. Segundo moderna tendência doutrinária e jurisprudencial, é cabível indenização por perda de uma chance desde que, além dos elementos comuns a toda espécie de responsabilidade civil, quais sejam, a) a prática de um ato ilícito; b) o dano causado por este ato ilícito e c) o nexo de causa e efeito entre o ato e o dano, também se verifique a ocorrência de: 1) uma alta probabilidade de realização do bem perdido, 2) que a chance esteja irremediavelmente perdida, não sendo mais possível ao ofendido alcançar o bem que lhe havia sido oportunizado. Todavia, a indenização deve ressarcir a perda da chance e não o próprio bem que seria obtido se a chance fosse aproveitada, já que é da essência do próprio conceito de chance o ser aleatório, de modo que nunca se irá saber se, agindo o ofensor de outro modo, o bem teria sido efetivamente alcançado.³⁹

TRABALHO/EMPREGO. PROCESSO SELETIVO. PERDA DE UMA CHANCE. NOVA MODALIDADE DE DANO MORAL. FIXAÇÃO DO "QUANTUM". Um dos fundamentos da Constituição da República é o trabalho, artigo 1o. da CRF/1988 e artigo 170, "caput", também da Constituição que dispõe que a Ordem Econômica funda-se na valorização do trabalho humano. Há de ser salientado, inclusive, que o trabalho é tão importante para o homem que a partir do momento em que se trava qualquer relacionamento, uma das primeiras perguntas que se faz é: em que você trabalha? Estando desempregado o homem deixa de responder a tal questionamento, sentindo que não contribui para os meios de produção, o que lhe retira sua dignidade enquanto ser humano, princípio, hoje, que norteia todo o Ordenamento Jurídico. In casu, embora a expectativa criada no reclamante, ao ser deslocado pela reclamada de sua Cidade para Cidade diversa e de ser contratado mediante carteira assinada atraia o pagamento de indenização por dano moral, pela Perda de uma Chance, ou seja, subtração de uma oportunidade, o valor da indenização deve observar determinados parâmetros. Como nos ensina Raimundo Simão de Melo, Procurador Regional do Trabalho, em Artigo da LTr - 71-04/439, Abril/2007, "A Solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o Juiz, que não pode confundir uma mera hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a

38. AGUIAR DIAS, José de. *Op. Cit.*, p. 297.

39. TRT1, Recurso Ordinário nº 03119-2006-342-01-00-9, Rel. Augusto Souto de Oliveira, pub. DORJ 14. jul. 2008, p.1.

reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que a chance seria realizada e que a vantagem pretendida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo da probabilidade. Nesta linha, consagrou o Código Civil (Art. 402), o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatar-lo deve o Juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado”, critérios que foram observados pela r. sentença.⁴⁰

Para a fixação do valor, o juiz deve partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. A avaliação da intensidade da chance perdida é essencial para esta quantificação. Desta forma, o juiz fixará o valor conforme a probabilidade da chance de se alcançar o resultado útil esperado.

Por fim, quando for impossível atribuir um conteúdo patrimonial à possibilidade de se obter uma determinada vantagem, o juiz deve considerar a chance perdida como um agregador extrapatrimonial, ou seja, uma forma de majorar a indenização por danos morais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a objetivação da responsabilidade e a coletivização dos direitos fundamentais, buscou-se um maior amparo à vítima do dano pelo ordenamento jurídico. Assim, a reparação civil passou a ter por escopo a satisfação integral do dano causado, visando compensar o lesado pelos sofrimentos ocasionados pelo agente do ato ilícito, sem gerar um enriquecimento sem causa ao prejudicado.

Vive-se numa era de incertezas, onde os danos sofridos muitas vezes não são passíveis de uma comprovação robusta pela vítima. A vulnerabilidade de algumas relações sociais tem ocasionado uma procura minuciosa de institutos que supram a falibilidade dos instrumentos jurídicos existentes.

Nesse contexto, a teoria da perda de uma chance constitui justamente um modo de possibilitar à vítima o recebimento de alguma reparação, quando, de acordo com a teoria tradicional, este indivíduo ficaria desamparado.

A teoria, além de possuir estreita ligação com os princípios basilares da responsabilidade civil e legislação pertinente (arts. 186, 187, 402 e 927, do Código Civil), encontra seu fundamento maior no núcleo essencial do direito fundamental à indenização previsto no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal.

As expectativas são fatores de comção social. Algumas vezes, uma chance, pela influência psicológica que exerce sobre o indivíduo, pode representar uma gama de sonhos e esperanças na consecução de um futuro melhor ou até mesmo possuir um valor sensorial maior do que a vantagem final esperada.

A chance pode ser caracterizada como o patrimônio ínsito de cada indivíduo consubstanciado na obtenção de uma vantagem futura ou de se evitar um prejuízo remoto. O próprio fato de viver ou sobreviver induz necessariamente a ideia de riscos e, por consequência, a perda de chances de escolhas feitas ao longo da vida. Assim,

40. TRT3, Recurso Ordinário nº 00709-2008-033-03-00-5, 10ª Turma, Rel. Juíza Convocada Taisa Maria Macena de Lima, j. em 15/07/2009.

nunca se saberá o resultado do processo aleatório no qual a vítima está inserida, isto é, se a chance restaria infrutífera, apenas como mera expectativa incerta; ou se a chance resultaria na vantagem final almejada.

A doutrina e jurisprudência admitem a aplicação da teoria na seara jus-laboral. Após o alargamento da competência da justiça do trabalho engendrada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, as possibilidades de reparação de danos pela perda de uma oportunidade encontram um campo fértil nas indenizações por dano moral *lato sensu* e decorrentes de acidentes de trabalho.

Os casos mais emblemáticos da aplicação da teoria da perda de uma chance dizem respeito à seara trabalhista. Considerando que o meio ambiente de trabalho mescla o fator de produção com as chances aleatórias de cada trabalhador, muitas vezes a vítima encontra-se em uma situação vulnerável diante do poderio econômico do empregador sem ter elementos que possibilitem a comprovação do dano sofrido.

A clara situação fática da posição de inferioridade do empregado na relação de emprego torna-o vulnerável no momento do ajuste das cláusulas contratuais, sendo necessário que se lhe empreste tutela jurídica específica a fim de possibilitar a garantia do equilíbrio contratual.

Assim, com o intuito de sopesar o desnível dessa relação (princípio da proteção), admite-se a aplicação dessa teoria com o fito de indenizar integralmente o empregado, principalmente em hipóteses de acidente de trabalho nas quais há uma gama imensurável de chances perdidas, desde que estas se apresentem como situações de vantagens reais e sérias.

A jurisprudência não assentou um parâmetro fixo para avaliar a seriedade das chances perdidas. Por vezes, ocorre a reparação de danos extremamente hipotéticos, em total desapego aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Outras vezes, indenizam-se equivocadamente as chances conspurcadas, sendo estas enquadradas como danos morais ou lucros cessantes.

Por fim, em que pesem os reiterados erros cometidos, é possível vislumbrar um gradativo aperfeiçoamento na aplicação da teoria da perda de uma chance na Justiça do Trabalho do Brasil. O grande aumento do número de demandas que envolvem este tema nos últimos anos é reflexo da repercussão desta teoria entre os operadores jurídicos. Assim, utilizando-se do modelo estrangeiro como fonte direta para a produção de soluções domésticas, as chances perdidas são reparáveis, desde que considerados os critérios fixados e probabilidades de cada caso concreto.

5. REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. São Paulo: Ltr, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Ltr, 2006.

MATO GROSSO, Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, Recurso Ordinário nº 00831.2005.056.23.00-3, 2ª Turma, Rel. Des. Luiz Alcântara, julgado em 02 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.trt23.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, Recurso Ordinário nº 01196.2007.001.23.00, 2ª Turma, Rel. Des. Luiz Alcântara, julgado em 04 jun. 2008.

Disponível em: <<http://www.trt23.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01518.2003.029.03.00.7, 3ª Turma, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, julgado em 26 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01472-2007-109-03-00-3, 2ª Turma, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, julgado em 30/04/2008. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 00790-2008-143-03-00-9, Turma Recursal de Juiz de Fora, Rel. Juiz Convocado Paulo Maurício R. Pires, julgado em 27/05/2009. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 00709-2008-033-03-00-5, 10ª Turma, Rel. Juíza Convocada Taísa Maria Macena de Lima, julgado em 15/07/2009. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. (v. 3).

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Recurso Ordinário nº 03119-2006-342-01-00-9, Rel. Augusto Souto de Oliveira, pub. DORJ 14. jul. 2008, p.1. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Recurso Ordinário nº 01118-2006-201-04-00-0, Rel. Juíza Maria Cristina Schaan Ferreira, julgado em 12/07/2007. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Recurso Ordinário nº 00623-2008-261-04-00-2, Rel. Des. Rosane Serafini Casa Nova, julgado em 22/07/2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

RONDÔNIA E ACRE, Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, Recurso Ordinário nº 00709.2007.005.14.00-5, 1ª Turma, Rel. Juíza Vânia Maria da Rocha Abensur, julgado em 25/06/2008. Disponível em: <<http://www.trt14.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

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