

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

MELISSA PÁULISSEN CHAVES FERNANDES

**ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES
LABORAIS**

SANTA RITA

2018

MELISSA PÁULISSEN CHAVES FERNANDES

**ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES
LABORAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Valfredo Aguiar

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F363a Fernandes, Melissa Paulissen Chaves.

ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES
LABORAIS / Melissa Paulissen Chaves Fernandes. - João Pessoa,
2018.

54 f.

Orientação: VALFREDO DE ANDRADE AGUIAR FILHO.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE. I.
AGUIAR FILHO, VALFREDO DE ANDRADE. II. Título.

UFPB/CCJ

MELISSA PÁULISSEN CHAVES FERNANDES

**ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES
LABORAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Valfredo Aguiar

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 30/05/2018

Prof. Dr. Valfredo Aguiar

Prof. Dr. Ronaldo Alencar

Prof. Dr. Paulo Moura

Dedico este trabalho àquelas que fazem parte de mim e de tudo o que faço: Marta Fernandes e Pâmella Minelli.

AGRADECIMENTOS

As derradeiras linhas a serem escritas neste trabalho jamais conseguirão expressar o mínimo do que significa chegar até aqui. Ainda assim, ousou utilizar estas páginas, para deixar registrado alguns nomes fundamentais neste percurso.

Em primeiro, sempre, em primeiro lugar, Marta Regina C. C. Fernandes. Ela navega comigo e, se preciso for, por mim, em quaisquer águas, sob qualquer adversidade. Ela não é minha âncora, porque me quer tão livre quanto eu quero, mas, sem sombra de dúvida, é meu porto seguro e minha maior segurança nessa vida – que tem se mostrado cada dia mais louca. Ela me acompanha, sonha junto comigo e acredita até mais que eu. É quem mais próximo consegue chegar da onipotência, onipresença e onisciência. É a personificação do amor incondicional humano que eu conheci nesta vida. É meu mundo num só coração. Que sorte a minha tê-la como minha mamãe.

Pâmella Minelli, meu eterno melhor presente desse mundo; minha pessoa nesta vida! Quando olho para ela, tenho a certeza de que, onde existe amor, a solidão desiste. Meu “sempre” é seu, J'zinha! Obrigada por seguir sendo a melhor irmã que eu poderia ter, me completando no que preciso, me entendendo e me ensinando, desde que veio ao mundo.

Helisa Kahanni, por mostrar que nem todos os desafios diários que nossa convivência traz conseguem fazer com que eu duvide ou dissipe minimamente o amor que sinto pelos meus; por me fazer refletir e lembrar que família, para além de sangue, é escolha, o que me traz muitas dúvidas sobre nosso futuro. Ainda assim, seu brilhantismo será sempre motivo de meu orgulho.

Sanae Tsugami, por me fazer duvidar todos os dias de sua existência, já que não acho que esse mundo realmente contenha quem consiga reunir qualidades como bondade, empatia, companheirismo, compreensão, confiança e amizade numa só pessoa, como ela reúne. A Sanae é lar fora de mim, é quem renova minhas esperanças nesse mundo e tranquiliza meu coração! Obrigada pelos quase 20 anos de apoio e de uma amizade que sobreviveu a distâncias, sem jamais perder sua força e sua verdade. Seus incentivos foram fundamentais e seu apoio foi decisivo. Tenho certeza de que, em você, tenho um parâmetro inigualável dos valores mais bonitos que um ser humano pode carregar. E obrigada pela Mimi! TAPS!

Agradeço ao Darwin, por me fazer entender um amor que eu julgava não existir, por me mostrar que os seres humanos jamais saberão o que é o verdadeiro amor incondicional, ao passo que me tranquiliza, porque ele sabe e tem me mostrado isso silenciosa e cotidianamente, nos últimos seis anos. Agradeço por ele amar sem questionar, por sua pureza e por mostrar que nem o mais extenso dos vocabulários é rico o suficiente pra expressar o que seus olhinhos dengosos e resilientes me dizem. Sou profundamente grata por um amor tão grande num corpinho tão pequeno.

O meu mais que muito obrigada à Paloma Alcantara, por ser peça fundamental nos meus melhores e piores dias; por não cansar de querer sempre somar; por não desistir, mesmo diante de tantas intempéries. Obrigada por seguir me escolhendo; obrigada por ter sido tão importante para a concretização deste trabalho; obrigada pelo Zezin. Você é exemplo de superação, de competência e de excelência. Me orgulho de você e te agradeço por você ser e estar ao meu lado nesse caos que a vida nos proporcionou.

Agradeço imensamente a Sabrina Kruger, Erika Lacet e Julieta Guerra, por estarem ao meu lado e por terem me ajudado em momentos tão delicados. Se vocês tiverem a sorte que eu tive ao tê-las ao meu lado, serão afortunadas pro resto da vida!

Meus agradecimentos saudosos a Hérika Rocha, por sempre ter acreditado em mim mais que eu mesma e por ter sido o estímulo que eu precisava para galgar a graduação nesta instituição de ensino de que tanto me orgulho. Em momentos de fraqueza, a lembrança da sua força, dos seus incansáveis incentivos e da pureza das suas convicções me impulsionam. Meu eterno agradecimento.

Agradeço também a Micheline Alves, por conseguir personificar o ditado “fazer o bem, sem olhar a quem” e, com isso, também ser responsável pelo movimento que me fez chegar até aqui. Sua ajuda foi fundamental no meu caminho e, por isso, minha gratidão a você e sua família são imensuráveis.

Meu obrigada à Universidade Federal da Paraíba, por ter sido a materialização de um sonho e de muitos desafios; por ter se feito terreno fértil para ensinamentos que ultrapassam o mundo jurídico; pelos questionamentos suscitados, pelas descobertas pessoais que provocou e por ter-me aberto os olhos para a importância do ser político e social que deve existir em cada um de nós. A percepção da

importância de uma boa formação foi melhor compreendida na oportunidade de estudar na UFPB.

Ao professor Ronaldo Alencar, pela oportunidade de redigir estas linhas, nesta ocasião.

Por último, ao meu pai, por um dia ter sido meu maior exemplo, minha melhor inspiração, meu maior suporte e por, hoje, ser minha maior angústia, maior dor e pior decepção. Obrigada pelo desafio de me (nos) tirar o chão – por sua causa, tive que aprender a voar. A paisagem, aos poucos, tem estado cada dia mais linda.

RESUMO

A responsabilidade civil vem sofrendo evoluções no panorama do direito pátrio, seguindo as tendências do âmbito internacional; com isso, influencia modificações na forma de reparação de danos causados aos indivíduos por atos antijurídicos de outrem. Essas mudanças ganharam e ganham cada vez mais impulso desde a Revolução Industrial, no século XVIII, com o surgimento de novas tecnologias e com o aumento da complexidade das relações sociais e trabalhistas. Nesse contexto, a teoria da perda de uma chance postula a indenização não por um prejuízo efetivo, mas pelo impedimento ou retirada da possibilidade de se alcançar um determinado fim ou vantagem. O dano passa a ser a perda de uma oportunidade – de alcançar lucro ou de se evitar determinado estrago. Como o Direito do Trabalho incide sobre uma das maiores fontes de afirmação e expressão da cidadania – o próprio trabalho –, à chance agregou-se uma entidade própria e dotada de valor econômico. Entende-se, então, que a teoria da perda de uma chance se estabelece como conquista sintomática da evolução social e jurídica. O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar, através de um apanhado doutrinário, a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho. Além disso, traz uma breve epistemologia sobre os caminhos percorridos pela responsabilidade civil e suas noções básicas no universo jurídico.

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance. Responsabilidade civil. Direito do trabalho. Direito civil.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 REFLEXÃO HISTÓRICA: O CAMINHO PERCORRIDO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 13 |
| 2.1 FRANÇA | 14 |
| 2.2 INGLATERRA..... | 18 |
| 2.3 ITÁLIA..... | 19 |
| 2.4 A RECEPÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL..... | 21 |
| 2.4.1. Doutrina..... | 21 |
| 2.4.2 Primeiros casos em Tribunais brasileiros | 22 |
| 2.4.3 A adoção da teoria pelo Superior Tribunal de Justiça..... | 24 |
| 3 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL | 26 |
| 3.1 RETROSPECTIVA, CONCEITO E FUNÇÕES | 26 |
| 3.2 ESPÉCIES | 28 |
| 3.2.1 Responsabilidades civil e penal | 28 |
| 3.2.2 Responsabilidades contratual e extracontratual..... | 29 |
| 3.2.3 Responsabilidades subjetiva e objetiva..... | 31 |
| 3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 32 |
| 4 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE..... | 35 |
| 4.1 CONCEITO DA PERDA DE UMA CHANCE..... | 35 |
| 4.2 NATUREZA JURÍDICA | 37 |
| 4.3 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 39 |
| 5 APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO | 41 |
| 5.1 CONSONÂNCIA COM A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO | 42 |
| 5.2 JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA..... | 43 |
| 5.3 A PERDA DA OPORTUNIDADE NAS DIFERENTES FASES PROCESSUAIS | 44 |
| 5.3.1 Fase pré-contratual | 44 |
| 5.3.2 Fase contratual..... | 46 |
| 5.3.3 Fase pós-contratual | 47 |
| 6 CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS..... | 52 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, cujo título é “Análise da teoria da perda de uma chance nas relações laborais”, divide-se em quatro capítulos e surge da problemática do atual e crescente aumento de incidência da aplicação da teoria da perda de uma chance nas demandas judiciais concernentes às relações trabalhistas.

Inicialmente, abordar-se-á – de modo relativamente sucinto mediante certa complexidade, pela obscuridade histórica sobre a qual se difundiu o surgimento da teoria em tela – o caminho que o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance percorreu para que fosse recepcionado pelos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*. A referida abordagem se dará através de um apanhado que percorre os direitos francês, britânico, italiano e, por fim, o brasileiro.

Este esboço histórico se faz importante, uma vez que nos possibilitará a observação do desenvolvimento desse relevante instituto jurídico em países que inspiram e influenciam o desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro. Assim, será possível vislumbrar as formas efetivas de colocá-lo em prática no âmbito da nossa Justiça Trabalhista, tendo sempre como pressuposto a busca por indenizar danos causados injustamente, mesmo que o prejuízo do demandante se configure pela mera, e nem por isso irrelevante, perda de possibilidades de auferir os resultados esperados.

Posteriormente, buscaremos considerar uma rápida síntese que guiará até a compreensão básica sobre responsabilidade civil, quando traremos o seu conceito, as funções, as espécies e elencaremos seus pressupostos, o que fornecerá subsídio para adentrar no tema da teoria da perda de uma chance com maior categoria no capítulo seguinte.

Então, buscar-se-á expor propriamente a teoria da perda de uma chance, quando será possível compreender suas peculiaridades e seus pormenores, abordando-se seu conceito, o consenso a respeito de sua natureza jurídica, bem como os requisitos de aplicabilidade particulares da própria teoria.

Deste modo, com a ampla compreensão sobre suas especificidades, buscaremos compreender a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito do Trabalho. Portanto, em derradeiro, parte-se para um apanhado doutrinário sobre o tema aplicado à realidade justralhista, a consonância da teoria com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a

aplicabilidade de acordo com a jurisprudência existente e as possibilidades de aplicação nas diferentes fases do processo.

Trata-se, assim, de um estudo de método lógico-dedutivo, com caráter eminentemente teórico, o qual será construído a partir do procedimento bibliográfico, baseado em diversas doutrinas e em algumas decisões brasileiras e estrangeiras. A pesquisa que resultou neste trabalho possui natureza interdisciplinar, uma vez que bebeu de fontes do direito civil, do direito constitucional e do direito do trabalho.

Não mais que corriqueiro, desde sempre, é o fato de que, em virtude de atos ilícitos praticados por um indivíduo, alguém possa ser privado da oportunidade de auferir certa vantagem ou, ainda, de evitar determinado prejuízo. Assim, abre-se espaço para atuação do Direito no âmbito da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

A responsabilidade civil gera a exigência da indenização por um dano propriamente dito, quando o dano em si ocorreu. Dentro desse cenário, a teoria da perda de uma chance postula a indenização não em decorrência de um prejuízo efetivado, mas em decorrência do impedimento ou retirada da possibilidade de se alcançar um determinado fim ou vantagem. O dano passa a ser a perda de uma oportunidade. Tendo em vista o que considera Cavalieri Filho (2003), a responsabilidade civil abraça todas as áreas do Direito, enfeitando todas as vertentes jurídicas, visto que tudo é responsabilidade.

É sabido que apenas no conflito é que surgem a necessidade e o estímulo para as pessoas procurarem a Justiça; então, ressalta-se, aqui, a aplicabilidade da responsabilidade civil no âmbito laboral (a partir de princípios), caracteristicamente gerador de conflitos entre contratantes e contratados, como se observa através do vultoso e crescente número de julgados em todas as instâncias, mormente ao que nos interessa à justiça do trabalho, conforme é possível observar nos estudos de Higa (2011).

Para José Dias e Georges Ripert (2002 *apud* GONDIM, 2010), foi na época da Revolução Industrial e da sua conseqüente era das máquinas, na Inglaterra do século XVIII, que se propiciou a ampliação do domínio da responsabilidade civil. Nesse momento histórico, os desenvolvimentos tecnológico e social (dependentes entre si, visto que não se pode falar de desenvolvimento tecnológico sem o social e vice-versa) repercutem em, respectivamente, menor segurança material (nas fábricas, por exemplo) e maior complexidade e dinamismo nas relações

sociotrabalhistas. No entendimento de Aguiar Dias (2006 *apud* GONDIM, 2010), “a adaptação à [nova] realidade social não [...] exige, a elaboração de novas legislações, pois as regras fundamentais são *standard* e, assim, suficientes para adaptarem-se aos anseios sociais.”. O que de fato ocorre é a adaptação e o ajustamento daquelas regras às necessidades em questão, de maneira atemporal e em quaisquer contextos históricos.

Assim, levando em consideração esse caráter de dinamicidade e flexibilidade da responsabilidade civil, que, conforme observa Gondim (2010), assegura o restabelecimento do equilíbrio desfeito por ocasião do dano, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar através de um apanhado doutrinário a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho.

Outrossim, a pesquisa em questão apresenta considerável valor acadêmico, social e jurídico, uma vez que se trata de tema incipiente nas doutrinas nacional e internacional. Por outro viés, a crescente atuação do judiciário brasileiro enseja a necessidade de uma base doutrinária mais efetiva e que tenha o condão de nortear e fundamentar, mais assertivamente, as decisões, à luz de análises e direcionamentos que permitam, cada vez mais, fazer jus ao princípio democrático.

2 REFLEXÃO HISTÓRICA: O CAMINHO PERCORRIDO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A partir da compreensão do Direito como uma construção que se desenvolve no interior da cultura humana¹, deduzimos sua mutabilidade. É possível, assim, observar que mudanças ocorrem, em âmbito jurídico, na tentativa de acompanhar tanto as transformações sociais, como as necessidades determinadas pelas constantes evoluções na realidade cultural, contextualizando-se historicamente. Desse modo, o Direito se desenvolve de acordo com – e na tentativa de acompanhar – o desenvolvimento da sociedade da qual faz parte.

A responsabilidade civil, por sua vez e de modo geral, se traduz na percepção de que aquele que causa dano a outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral. Assim, por bastante tempo, mormente levando em consideração panoramas liberais, em que a ideia da individualidade tinha primazia, a responsabilidade civil foi estritamente compreendida como uma medida que visava a reparar tão somente os danos sofridos por determinada pessoa, em decorrência de ato antijurídico praticado por alguém. O dano, portanto, configurava-se como certo, concreto e de fácil apuração diante de fatos verificáveis, não permitindo, portanto, que houvesse responsabilização sem a ideia de culpa, o que enaltecia a importância da conduta do agente e determinava a chamada responsabilidade subjetiva.

Com a reconfiguração das relações sociais e, já sob a ótica das influências exercidas pelo panorama da Revolução Industrial, nas últimas décadas do século XIX, “o caráter subjetivo da responsabilidade civil observou as suas primeiras contestações.” (SILVA, 2013, p. 2). Emergiu a ideia de outro paradigma de responsabilização advindo do modelo já em voga. A responsabilidade objetiva surge de modo a inverter o raciocínio existente, no sentido de que, nela, é preterida a averiguação da conduta do causador do dano e, portanto, a análise da sua culpa, sendo priorizada a reparação da vítima. A partir de então, observou-se uma ampliação da percepção sobre outros possíveis danos suscetíveis de serem indenizáveis. Nesse sentido, Aguiar Dias (1997 *apud* SILVA. 2013, p. 2):

1 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 223.

Apesar de a teoria objetiva já ter sido aludida na doutrina germânica, somente obteve notoriedade com escritos franceses: “Raymond Saleilles e Luis Josserand aparecem simultaneamente como defensores da teoria objetiva. Sua vigorosa personalidade é tão influente que faz esquecer o fato de, ao tempo em que surgem os seus trabalhos, estar já desenvolvida em outros países a doutrina que apresentam e prestigiam”.

Destarte, ainda é possível traçar um paralelo entre as forças hitórico-sociais que influenciaram as mudanças na responsabilidade civil e as transições por que passaram os paradigmas científicos. Genericamente, para o viés mecanicista do século XVI, realizar ciência implicava em separar, classificar e estabelecer relações entre os objetos, com o escopo de alcançar a previsibilidade, por meio de princípios perpétuos e imutáveis. No entanto, a evolução da sociedade ensejou uma crise no paradigma dominante, fazendo surgir um novo paradigma que buscava um ponto de vista global e contextualizado, que não valorizava o fracionamento do objeto de estudo. Segundo Santos (2002), é sob essa ótica que o determinismo é preterido em função da imponderabilidade.

Tendo em vista que o Direito é uma ciência, o alicerce sobre o qual é produzido afeta diretamente aquilo que, a partir dele, é desenvolvido. Desse modo, ao passo que a probabilidade tornou-se objeto de trabalho científico, deduziram-se as incertezas como elementos existentes na resolução de conflitos jurídicos. Foi reavaliado o tradicional conceito de responsabilidade civil – o qual engloba culpa, dano e nexo causal – e passou-se a ter como foco o estudo desse instituto, sob o viés do dano e da causalidade, abdicando-se, assim, de problemáticas relativas à comprovação de elementos essenciais à responsabilização. Nesse panorama, desabrocha a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

2.1 FRANÇA

Os primórdios do surgimento da teoria em comento é tema de divergência na doutrina tanto nacional, como estrangeira. Apesar de grande parcela afirmar que esse instituto se originou na década de 1960, na França, também é comum encontrarmos afirmações no sentido de que tenha surgido em julgado da Corte de Cassação, em 1889. Ainda assim, é possível trazermos informações históricas revisadas a respeito das lides de outrora, mormente, baseando-se nos estudos realizados pelo autor Daniel Amaral Carnaúba, que, conforme Higa (2011), é

pioneiro ao apontar relatos inverídicos sobre o surgimento da teoria da perda de uma chance.

A França do final do século XIX, ao contrário do que parte da doutrina aponta², não acatava a indenização pela perda de uma chance, aplicando sempre as regras mais inflexíveis quanto à responsabilidade civil, uma vez que era inconteste a exigência da comprovação da convicção do dano, ensejando a negativa de qualquer pedido dessa natureza. Sob esse aspecto, afirma-se que:

A análise dos julgados mais antigos, proferidos pelos juízes franceses no fim do século XIX, revela uma jurisprudência vacilante, desconcertada diante da incerteza. Após uma sucessão de soluções diferentes, os juízes consolidaram finalmente, na década de 1930, a técnica da reparação de chances. A partir de então, a solução não cessou de estender sua abrangência. (CARNAÚBA, 2013, p. 11).

Ainda, o mesmo autor aduz que:

A primeira referência doutrinária à noção de perda de uma chance é a nota de H. LALOU ao julgado Trib. Civ. de Meaux, 29 jan. 1920, D. 1920, I, p. 137. O autor questiona o rigor da jurisprudência de seu tempo, propondo que a chance seja considerada um prejuízo reparável – solução até então não aceita pelos tribunais franceses. A noção torna-se célebre em 1928, com a publicação da obra *La responsabilité civile*, do mesmo autor. Alguns anos mais tarde, H. e L. Mazeaud consagram o conceito de perda de uma chance em seu tratado, cuja 1ª edição data de 1931. (CARNAÚBA, 2013, p. 11).

Com isso, é possível observar que a perda de uma chance é uma teoria desenvolvida pelos tribunais, um objeto projetado teleologicamente, a partir do desenvolvimento da jurisprudência, uma vez que não se embasou em qualquer legislação ou construto doutrinário. Desse modo, os tribunais franceses alcançaram uma solução inovadora, que satisfaz e evolutivamente segue satisfazendo as lides relativas à lesão a interesses de possibilidades.

No tratado de Mazeaud, H. & Mazeaud, L. (1958 *apud* CARNAÚBA, 2013), é construído um rol de decisões nas quais haveria a possibilidade de ter ocorrido indenização pelas chances perdidas, formulando-se, assim, o documento conhecido como Tratado dos irmãos Mazeaud. De acordo com o mesmo autor, Planiol, Ripert e Esmein também construíram uma relação de julgados pretorianos, com as respectivas referências das jurisprudências, de casos que eram passíveis de

2 Silva, Rafael Peteffi da Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro / Rafael Peteffi da Silva. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

soluções mais equitativas, através do reconhecimento do valor jurídico da teoria da perda de uma chance, datados no século XIX e do início do século XX.

Mesmo diante da negativa, pela jurisprudência francesa, de reconhecimento jurídico da teoria da perda de uma chance até a década de 1930, são comuns afirmações de que o primeiro exemplo de pleito indenitário sobre oportunidades perdidas encontrado em julgados de tribunais do país consta de um julgamento citado no Tratado dos irmãos Mazeaud, datado de 17 de julho de 1889, realizado pela “*Chambre de Requetes*”. Um exemplo de estudioso brasileiro que segue essa linha de raciocínio é o também já citado autor Rafael Peteffi da Silva, que estuda a teoria à luz da doutrina francesa.

No entanto, o apontamento não condiz com a realidade dos julgados, conforme traz à baila Daniel Amaral Carnaúba, que procedeu com uma averiguação minuciosa dos textos pretorianos da época. Sobre o referido julgado, o autor afirma:

Curiosamente, muitos autores consideram que este é o primeiro acórdão em que a Corte de Cassação teria adotado a técnica da reparação de chances. Em nosso ver, tal conclusão é absurda: no caso em questão, a reparação de chances jamais foi aventada por qualquer dos envolvidos; nem pelas partes, nem pelos juízes. De um lado, a Caixa exigia que o *huissier* a indenizasse ‘de todo o valor da condenação’. Demandava, portanto, a reparação da própria vantagem aleatória não obtida, e não a reparação das chances de obtê-la. De outro lado, tanto a Corte de Cassação quanto a Corte de Apelação de Limoges buscaram determinar se Rives eram ou não responsável pela perda do processo, estabelecendo qual teria sido o resultado da apelação, caso o *huissier* não tivesse incorrido em erro. Ou seja, os juízes empregaram o método das presunções, e não o da reparação de chances. Se Rives fosse declarado responsável, ele teria então de reembolsar os 9.000 francos pagos pela Caixa a Sigé. Vê-se, pois, que não era a reparação de chances que estava em jogo, mas a reparação da própria vantagem aleatória desejada. (CARNAÚBA, 2013, p. 95).

Ressalte-se, ainda, que o entendimento da Câmara, quanto ao caso supracitado, foi fortemente criticado pelos irmãos Mazeaud, uma vez que, em seu entendimento, as probabilidades eram verídicas, passando de simples possibilidades infundadas de prejuízo incerto ou mero dano hipotético.

Outrossim, segundo Higa (2011), a “*Chambre de Requetes*” não tinha sequer competência jurisdicional para conceder indenização, por se tratar, tão somente, de um fragmento da divisão da Corte de Cassação Francesa, que tinha, em sua primeira composição, a Câmara Criminal, a Câmara de Requerimentos – “*Chambre de Requetes*” – e a Câmara Civil.

De acordo com o mesmo autor, os requerimentos civis eram, primeiramente, examinados pela Câmara de Requerimentos, que avaliava a qualidade das

fundamentações dos pedidos; em caso de avaliação negativa, poderia, desde logo, rejeitá-lo; no entanto, mediante avaliação positiva quanto à validade da discussão do pleito, o recurso era remetido à Câmara Civil, tribunal competente para decidir com força de coisa julgada. Assim sendo, é incontestável a inviabilidade de afirmações que indicam que o julgado de 1889 tenha sido a pioneira jurisprudência sobre a teoria da perda de uma chance.

Marco importante para o entendimento dos tribunais gauleses, a obra dos irmãos Mazeaud foi ponto de inflexão da responsabilidade civil, na França. Com isso, a partir da década de 1930, a jurisprudência passou a modificar o rumo de suas decisões, considerando a viabilidade de que a vítima de um ato antijurídico praticado por outrem postulasse o dano referente à probabilidade de auferir um resultado positivo, caso o dano não houvesse ocorrido.

Conforme preleciona Higa (2011), apesar não muito conhecido ou citado pela doutrina, o primeiro acórdão da Corte de Cassação que concede indenização pela perda de oportunidades é prolatado em 1932.

Tratava-se do caso em que um notário, Sr. Grimaldi, provocou um duplo prejuízo aos seus então clientes, o casal Marnier, em consequência de suas falhas e de sua conduta dolosa, que fez com que eles perdessem a chance de adquirir o imóvel que desejavam, e, ainda por cima, tivessem de arcar com o pagamento de despesas de diversos atos notariais completamente inúteis. Ante tal quadro, o Tribunal de Aix condenou o Sr. Grimaldi a indenizar os prejuízos do casal Marnier. Ao apreciar a apelação, o acórdão (da Corte de Cassação) deixou indene de dúvida que, em face das constatações e das declarações, o casal Marnier “tinha perdido toda a chance de adquirir o imóvel que eles tinham em vista”, e que a decisão atacada (da Corte de Apelação) pôde atribuir, de forma correta, a responsabilidade ao Sr. Grimaldi, e, “em seguida, apreciar soberanamente o valor das perdas e danos que deveriam ser alocadas aos consortes Marnier. (HIGA, 2011, p. 24).

O autor ainda menciona um segundo acórdão, de 1934, e justifica que ambos os casos, apesar de pioneiros na França, não serviram de norte para discussões doutrinárias ou demais decisões por razões desconhecidas. Afirma, também, que inúmeros autores, a exemplo de Grácia Maria Socorro do Rosário, Miguel Kfoury Neto, Glenda Gonçalves Gondim, Janaína Rosa Guimarães e José Afonso Dallegre Neto, a despeito de apontarem o marco inicial na década de 1960, não oferecem nenhuma referência que embase as alegações.

A balbúrdia doutrinária sobre a importância da década de 1960 para a teoria em comento, provavelmente se dá em razão da publicação de dois acórdãos que tratavam do tema, em 1966, no chamado “Jurisclasseur Periodique”. Só então, a

perte d'une chance alcançou os holofotes. No entanto, afirma-se que “não é possível apontar um *leading case* francês. Houve, na verdade, a progressiva assimilação do conceito pelos tribunais, a partir da década de 1930.”(Carnaúba, 2013, p. 105)

2.2 INGLATERRA

O *leading case* sobre a perda de uma chance, no Direito britânico, é o caso *Chaplin v. Hicks*, de 1911, o qual é ponto de referência para o desenvolvimento de estudos sobre a *loss of a chance doctrine* mundo afora. Sob esse viés, observa-se que, “no Direito inglês o estudo da perda de chances é inserido, o mais das vezes, sob o ângulo da causalidade jurídica”. (Carnaúba, 2013, p. 62) O autor ainda menciona a possibilidade de que esse julgado seja considerado realmente o primeiro a respeito da perda de uma chance, refutando, mais uma vez, o pioneirismo francês.

Com auxílio dos estudos de Higa (2011), é possível entender um pouco o caso. Em suma, a conjuntura inicial era um concurso de beleza, em que seriam oferecidos 12 contratos de atrizes para as 12 vencedoras. *A priori*, o Sr. Hicks escolheria 24 finalistas e, a partir de então, o resultado final dependeria do voto de leitores do jornal no qual as fotos das concorrentes seriam divulgadas. Em decorrência de um elevado e inesperado número de inscrições, as regras foram modificadas, restando decidido que 300 fotos seriam escolhidas e, dividindo-se o Reino Unido em 10 regiões, as fotografias das concorrentes seriam distribuídas para serem escolhidas pela respectiva comunidade local. Ao final desta votação, o Sr Hicks marcaria um encontro com 5 finalistas de cada região. Entre as 50 finalistas, ele escolheria as 12 vencedoras.

A Sra. Chaplin, que alcançou primeiro lugar em seu distrito, deveria receber uma carta que indicava o local, data e horário para a fase final da seleção – Aldwich Theatre, em Londres, às 16h do dia 06/01/1909. O que ocorreu, no entanto, foi que a carta fora remetida ao endereço errado, chegando às mãos da Sra. Chaplin somente em 6/01/1909, fato que impossibilitou seu comparecimento em tempo hábil para a pretensa participação na última fase seleção.

O júri entendeu que o Sr. Hicks não proporcionou meios razoáveis para dar à Sra. Chaplin uma oportunidade de se apresentar à seleção, e avaliou os danos em 100 libras. A Corte de Apelação, por unanimidade, rejeitou a apelação, ao fundamento de que a quebra de contrato pelo Sr. Hicks fez

com que a Sra. Chaplin perdesse a chance de concorrer ao prêmio. (HIGA, 2011, p. 34)

2.3 ITÁLIA

À luz do que preleciona Savi (2009), compreendemos que o instituto da perda de uma chance também ganhou destaque na Itália, sendo objeto de estudo do professor Giovanni Pacchioni, em 1940, o qual encarou a temática antes mesmo de entrar em vigor o atual Código Civil Italiano. O autor, ao analisar exemplos clássicos advindos da doutrina francesa, fez apontamentos sobre casos em que alguém, praticando conduta culposa, ensejasse a privação da possibilidade de lucro de outrem. Essa privação, em seu entender, seria uma chance aleatória, desprovida de valor certo e efetivo, mostrando-se incapaz de gerar dano ao patrimônio. Ressalte-se que, à época, na Itália, ao contrário do que já ocorria na França, a indenização por danos não alcançava a seara moral, restringindo-se à consideração apenas aos danos patrimoniais.

Posteriormente, Adriano De Cupis, importante nome para o estudo e para a consolidação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil italiana, reconhece, na década de 1960, a existência de dano independente e plausível relativo à perda de uma chance, enquadrando-a no conceito de “dano emergente”. Ademais, também fixa um requisito elementar para a adoção efetiva da teoria ao afirmar que uma simples expectativa incerta não enseja possibilidade de indenização, limitando-a às chances consideradas sérias e efetivas. Para Savi (2009), no entanto, uma análise correta sobre a problemática só viria com Mauricio Bocchiola, em 1976, através da publicação de um artigo que trouxe conceitos essenciais e premissas significativas para a admissão da teoria da perda de uma chance, na responsabilidade civil italiana.

Baseada nos preceitos doutrinários desenvolvidos na Itália, bem como inspirada em inúmeras decisões francesas, a jurisprudência italiana passou a apurar com maior acuidade a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Ainda assim, o *leading case*, no país, em favor da admissão da teoria, só apareceu em 19 de novembro de 1983, em julgado da Corte de Cassação.

Em suma e à luz do que nos esclarece Savi (2009) e Higa (2011), o caso se referia a uma empresa que abriu seleção para contratação de trabalhadores que

almejavam preencher vagas de motorista. Depois de aprovação em exames médicos e testes iniciais, alguns candidatos foram impedidos de participar das fases seguintes da seleção – teste de guia e sobre cultura elementar –, de maneira injustificada.

Em primeira instância, em sentença de 27 de março de 1977, o juiz garantiu o direito de os trabalhadores realizarem os testes a que foram negados e que fossem contratados, em caso de aprovação. Ainda, reconheceu o direito a indenização pelo atraso da realização das etapas.

Em segunda instância, em decisão de 24 de novembro de 1978, o Tribunal de Roma modificou a sentença anterior no que concerne à reparação do dano ocasionado pela chance perdida, que compreendeu como não indenizável, confirmando, apenas, a obrigação de que os trabalhadores fossem contratados em caso de aprovação nas etapas restantes da seleção.

Em terceira instância, a *Corte di Cassazione* cassou a decisão anterior, reafirmando a decisão de primeiro grau, no sentido de reconhecer que existia um direito subjetivo de os trabalhadores concorrerem às vagas ofertadas, bem como que, em razão da exclusão do processo de admissão de forma injustificada, houve um dano no que tange à chance perdida de conseguirem emprego e, diante disso, deveriam ser indenizados.

Sobre a perda de uma chance, destacou-se que o conceito de perdas e de ganhos tratado no artigo 1.223 do Código Civil italiano não se referia apenas a uma entidade pecuniária, mas a qualquer entidade economicamente valorável. Naquele caso concreto, constituiu, para os julgadores, uma entidade patrimonial juridicamente tutelável a situação em que havia a probabilidade de se obter um benefício (no caso, o emprego). Quanto ao argumento de contrariedade (incerteza do dano), os juízes entenderam que a situação idônea a produzir apenas um ganho provável, e não um ganho certo, não influenciava na existência do dano, mas, apenas, na sua quantificação. (HIGA, 2011, p. 41)

Sobre um segundo julgado relativo à perda de uma chance, o mesmo autor afirma que a Corte de Cassação italiana, mais uma vez, rechaçou a decisão de segundo grau, adotando diretrizes decisórias vanguardistas.

Fixou-se, como premissa inicial, que a base da pretensão ressarcitória se fundava na lesão de um direito subjetivo, o que reduzia à obsolescência o debate sobre se a injustiça do dano deveria residir na lesão de um direito ou se era bastante a lesão a um interesse juridicamente qualificado, pois a jurisprudência já vinha se encaminhando para o alargamento da área de ressarcibilidade. (HIGA, 2011, p. 45).

2.4 A RECEPÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL

2.4.1. Doutrina

Quem irá nos guiar em uma rápida síntese sobre como se deu a aceitação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, no Brasil, é Rafael Peteffi da Silva. O autor aduz que a produção da doutrina nacional sobre a teoria em comento era, *ipsis litteris*, bastante tímida, o que tem sido modificado nos últimos tempos. Nesse sentido, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014, p. 904), afirmam “a teoria da perda da chance ganhou enorme projeção teórica e recebe crescente atenção nos tribunais”.

Faz-se mister mencionar que, apesar de sucinto, foi bastante lúcido e primoroso o posicionamento do autor Agostinho Alvim, que, já em 1955, tratava da temática da teoria da perda de uma chance trazendo à luz, conforme Silva (2013, p. 193) “uma característica interessante e, infelizmente, não muito comum na doutrina brasileira: o claro e preciso enfrentamento da complexa questão da quantificação da chance perdida”. Além de Agostinho Alvim, é possível citar nomes de autores clássicos que se posicionaram favoravelmente à aceitação da teoria em comento, tais como Miguel Maria de Serpa Lopes e Caio Mário da Silva Pereira.

No que concerne aos estudos mais modernos, acentua-se o trabalho realizado por Miguel Kfoury Neto, mormente por desenvolver “preciosas lições sobre as condições de aplicação da teoria da perda de uma chance, tais como a seriedade da chance perdida e sua quantificação.” (SILVA, 2013, p. 193), baseado na doutrina francesa.

Sérgio Severo também merece destaque em função do posicionamento sobre a natureza jurídica do instituto da perda de uma chance, quando aduz sobre a possibilidade desta ensejar um dano atual ou futuro, bem como ser verificada na responsabilidade delitual ou na contratual. Fernando Noronha é outro nome que traz significativas contribuições para o estudo do instituto da perda de uma chance, na doutrina brasileira, ao realizar uma análise detalhada no que tange à sua natureza jurídica, além de pautar as respectivas condições de aplicabilidade.

Quanto à importância dos estudos de Savi (2009), Silva (2013, p. 195) aduz que:

Digna de nota é a monografia específica sobre a teoria da perda de uma chance publicada por Sérgio Savi, na qual o autor, apoiando-se sobretudo na doutrina italiana, estabelece com competência os principais critérios e requisitos de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Para além do que nos esclarece Silva (2013), consideramos oportuno dar o devido reconhecimento e importância ao posicionamento pioneiro do autor Daniel Amaral Carnaúba que, em seus estudos, elucida embaraços históricos, sobre a aludida temática, os quais foram perpetuados desde a doutrina francesa. O autor desconstrói, assim, a noção existente sobre a perda de chances e, além de retificar dados históricos, dedica-se à complexa tarefa de reconstruir a técnica da teoria em tela. Com isso, nos presenteia com seu trabalho, fruto de sua dissertação, defendida na Escola de Direito de Sorbonne, obra de considerável relevância para a realização deste estudo.

2.4.2 Primeiros casos em Tribunais brasileiros

Apesar de não ser possível afirmar, veementemente, que a teoria da perda de uma chance seja, nos dias atuais, de aplicação ampla e irrestrita, é inquestionável sua aceitação na jurisprudência brasileira, que dificilmente apresenta algum julgado resistente à sua aceitação, quando da oportunidade de ter realizado a compreensão aprofundada sobre o tema.

A perda de uma chance ganhou contornos nos tribunais brasileiros, por meio de dois acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conhecido como tribunal vanguardista até os dias atuais. Os referidos julgados foram considerados frutos de inspiração em uma palestra intitulada “*La perte d’une chance en droit français*”, realizada pelo professor François Chabas, em 23 de maio de 1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Inquestionável a primazia do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na “aplicação consciente” da teoria da perda de uma chance. Esse pioneirismo deve-se, com certeza, à brilhante palestra “*La perte d’une chance en droit français*”, proferida pelo Prof. François Chabas, em 23-5-1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a convite do saudoso Prof. Clóvis do Couto e Silva. Ratificando o caráter pioneiro do tribunal gaúcho, tem-se a afirmação do magistrado paranaense Miguel Kfoury Neto. (SILVA, 2011, p. 196, nota 17).

Ocorre que, segundo Higa (2011), a primeira decisão, datada de 12 de junho de 1990, acolheu, em abstrato, os fundamentos da perda de uma chance, no

entanto, afastou sua aplicabilidade ao caso concreto, restringindo-se, apenas, a elencar os seus pressupostos. Somente a segunda decisão que tratou da temática, prolatada em 29 de agosto de 1991, acolheu a aplicação integral da teoria da perda de uma chance, utilizando todos os seus critérios para formar o montante da indenização.

Ainda de acordo com o estudo de Higa (2011), o caso vanguardista na aplicação, por tribunal brasileiro, da teoria em comento é *Juchem v. Noé*. Resumidamente, Juchem, advogado de Noé, ajuizou ação em face do antigo Instituto Nacional de Previdência Social, na busca por conseguir pensão pelo falecimento do cônjuge de sua constituinte, na data de 14 de agosto de 1975. No entanto, o processo não foi recebido por nenhuma das varas da respectiva comarca.

A autora demonstrou o ajuizamento perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Novo Hamburgo/RS, bem como o insucesso na busca pelo auxílio, relativo ao andamento da lide, por parte seu advogado. Constatou, ainda, que os autos de sua demanda foram extraviados e que o advogado manteve-se inerte diante do caso, sem avisar a constituinte ou tomar providências processuais cabíveis. O juiz de primeiro grau, então, condenou o Sr. Juchem ao pagamento dos prejuízos causados, mediante negligência no exercício de suas funções como advogado.

Em segunda instância, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior negou provimento ao apelo do Sr. Juchem, ressaltando o caráter indenitário do dano relativo à perda de uma chance. Sobre a fundamentação da decisão, transcrevemos:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance de tentar alcançá-la ('La perte d'une chance em droit français', conferência na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.5.90). Por isso, não impressiona o argumento longamente expendido nas razões de recurso sobre a impossibilidade jurídica de a autora ver reconhecido seu direito à pensão previdenciária pela morte do marido, uma vez que esse não era segurado do Instituto. O argumento tem dois defeitos: em primeiro, mostra que o réu está agindo contra os próprios atos, isto é, tendo proposto ação fundada na alegação de um certo direito, não pode justificar sua omissão de informar e de diligenciar, lembrando a inexistência desse mesmo direito. A ninguém é dado '*venire contra factum proprium*'; em segundo, porque a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda da chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. (RIO GRANDE DO SUL, 1991 *apud* HIGA, 2011, p. 52)

2.4.3 A adoção da teoria pelo Superior Tribunal de Justiça

No ínterim entre as duas decisões mencionadas no tópico anterior, ou seja, entre 12 de junho de 1990 e 29 de agosto de 1991, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) prolatou decisão³ que acolheu a teoria da perda de uma chance em abstrato, a qual teve, como relator, o Ministro Ilmar Galvão. Silva (2013) descreve o caso, que se tratava de uma empresa de distribuição de combustíveis que pleiteava a reparação pela perda da chance de sair vitoriosa em uma licitação pública, que concederia a viabilidade de implantar postos de combustível ao longo de uma rodovia, alegando ter sido vítima de eliminação do processo licitatório de forma ilícita, o que lhe suprimiu a possibilidade de exercer sua atividade de mercado.

Ocorre que o início do voto do relator, conforme afirma Higa (2011), traz fundamentos que se assemelham às obtusas decisões pretorianas da França, prolatadas no final do século XIX e início do século XX, levando-nos à interpretação de que a perda de uma chance era uma teoria que não seria recepcionada pelo STJ, sob alegações de argumentos, há muito, superados, como é possível observar abaixo:

Com efeito, como se viu, sustenta a Agravante que a autorização de implantação de postos de abastecimento ao longo da rodovia haveria de ser precedida de licitação. Admitido, entretanto, que tivesse condições de participar do certame, possuía ela, então, mera expectativa de fato em relação ao lucro produzido pelos postos de serviço em referência, isto é, mera esperança de vir e adquirir um direito, que não rende direito a indenização. O prejuízo indenizável deve ser certo, como o que seria sofrido pela Agravante se já houvesse vencido a licitação. Nas condições descritas nos autos, o alegado prejuízo é meramente hipotético, imaginário, suposto (cf. CUNHA GONÇALVES, Tratado, Vol. XII, Tomo II, pág. 530), não se compreendendo no comando do art. 1.059, do Código Civil. (BRASIL, 1990, fls.47)

Assim, o texto nos indica que unicamente as chances de vencer uma licitação não seriam capazes de ensejar indenização, não vislumbrando aquelas como componentes do patrimônio e possuidoras de valor econômico. No entanto, paradoxalmente, o relator finaliza seu voto considerando a possibilidade de que a chance tenha valor econômico.

Por fim, esclareça-se, para melhor entendimento, que, ao averter o despacho agravado a possibilidade de indenização de mera chance, por si

só, quis referir hipótese em que essa chance, por si só, apresenta valor econômico, como é o caso do exercício do direito de ação. Como se sabe, não são raras as cessões de direito de ação, o que se trata de mera chance com valor econômico. Frustrada a chance de vencer, por culpa do advogado, é inegável que remanesce um direito de ressarcimento, que se restringe, entretanto, ao simples valor pago pela cessão, e não pelo resultado da causa. No caso dos autos, conforme se afirmou no despacho em referência, não ficou demonstrado que a mera possibilidade de concorrer na licitação dos postos, caso houvesse sido aberta, possuía algum valor econômico, razão pela qual não se pode sequer falar em indenização do direito de concorrer, o que é o mesmo dizer, em indenização de mera chance. (BRASIL, 1990, fls. 48)

O voto do Ministro, ainda que negue a aplicabilidade da perda de uma chance ao caso concreto em questão, nos mostra uma perspectiva de como a teoria tende a ser acatada, exemplificando a conjuntura em que um advogado enseja a perda do direito de ação de seu constituinte; considera, ainda, que a potencial indenização não poderia ter o mesmo valor que a causa perdida.

No ano de 2005, o STJ enfrenta o que, para Savi (2009), podemos considerar como o real *leading case* brasileiro no que concerne à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, qual seja o conhecido caso do “Show do Milhão”.

3 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 RETROSPECTIVA, CONCEITO E FUNÇÕES

O ser humano é inegavelmente um ser social que constrói, cotidianamente, inúmeras relações na vida em sociedade. Uma notória e habitual consequência dessa multiplicidade de convívios é o desenvolvimento de conflitos que culminam, muitas vezes, em danos injustos. Aqui, o Direito entra para tutelar os interesses dos indivíduos, através do instituto a que chamamos de responsabilidade civil.

Sob um olhar genérico e amplo, pode-se afirmar, então, que este instituto se trata da obrigação de que quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem sejam devidamente reparados. Pereira (2016) afirma não haver, na doutrina pátria, um consenso sobre o conceito de responsabilidade civil, como também ocorre na doutrina estrangeira sobre o tema.

Há muito, historicamente, podemos observar a necessidade de se impor a devida reparação de qualquer prejuízo suportado. O mais prestigiado requisito da responsabilidade civil era e, por muito tempo continuou sendo, a conduta culposa, cuja configuração tornou-se essencial para o caso concreto, exaltando-se, assim, a importância da culpa.

No entanto, o elemento subjetivo e moral da conduta culposa teve sua importância afastada, paulatinamente, tendo como momento histórico marcante, a Revolução Industrial, quando uma sociedade diferente daquela na qual ele se desenvolveu e se alicerçou começou a se formar. Deste modo, com a mecanização das atividades humanas, o pensamento de que não há responsabilidade sem culpa não mais se sustentava.

Hodiernamente, é possível afirmar que o sistema da responsabilidade civil não tem como precípua finalidade responsabilizar um culpado ou, mesmo, realizar retaliação, mas, sempre que possível, chegar o mais fidedignamente próximo ao *status quo ante* ao dano, assim, tendo como foco a reparação do dano injustamente causado à vítima. É o que se pode inferir, inclusive, do que preleciona Caio Mário, quando, aduzindo sobre conceito de responsabilidade civil, afirma que:

Passando em revista algumas definições, procurarei salientar a sua essência. Washington de Barros Monteiro salienta a “importância da responsabilidade no direito moderno”. Silvio Rodrigues enfatiza a afirmação

segundo a qual o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe “a quem causa dano o dever de reparar. Na mesma linha de raciocínio inscreve-se Serpa Lopes, para quem a responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo. (PEREIRA, 2016, p. 10).

Sob o mesmo viés, trazemos o que preleciona Cavalieri Filho (2015, p. 9):

A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, será o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. O dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade.

Ainda, sobre a responsabilidade civil, Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017, p. 27) sabiamente refletem:

Cuida-se de uma expressão fluida como os tempos em que vivemos. Pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução, conforme a dimensão temporal e espacial em que se coloque. No *Zeitgeist* da aurora do terceiro milênio, a responsabilidade civil se flexibiliza e assume qualquer dessas narrativas. Como qualquer modelo jurídico que pretenda se adaptar à leveza e à celeridade dos nossos dias, a responsabilidade se mostra dúctil e maleável às exigências de um direito civil comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal.

Tendo como panorama o direito brasileiro, é mister lembrar que a Constituição Federal de 1988 corroborou com a transladação da importância que se dava ao culpado para o foco que, hoje, se dá à vítima, por consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento pátrio, no art. 1º, inciso II. Nesse viés, ressalte-se o que preleciona Moraes (2006):

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto. (MORAES, 2006, p. 238).

Podemos considerar que a responsabilidade civil, no ordenamento brasileiro, além de ter como norte o princípio da dignidade humana, é guiada por outros princípios como o da solidariedade social e o da justiça distributiva, evidentemente, em harmonia com preceitos constitucionais. Tal caráter solidarista, assim, reitera o escopo de dar reparação à vítima, no intuito de buscar o *status quo ante* ao dano.

Braga Netto, Farias e Rosenvald (2014) defendem que a conjunção de funções do Direito ensejam o estabelecimento de três funções à responsabilidade

civil, as quais, apesar de separadamente definidas, não existem isoladamente. Vejamos:

- Função reparatória: trata-se da função clássica que busca transferir os danos do patrimônio do lesante para o lesado, buscando um reequilíbrio patrimonial;
- Função punitiva: consiste na sanção de aplicar uma penalidade civil ao ofensor, no intuito de desestimular comportamentos censuráveis;
- Função precaucional: busca coibir atividades passíveis de gerar danos.

Os autores afirmam, ainda, haver o que chamam de “função preventiva” tácita englobada nas anteriores, no entanto, consideram a prevenção como um princípio relativo ao direito de danos.

3.2 ESPÉCIES

Quando se trata do estudo sobre a responsabilidade civil, é tradicional a divisão da matéria em espécies, das quais, analisaremos as que mais nos interessam, quais sejam: responsabilidades civil e penal; responsabilidades contratual e extracontratual; responsabilidades subjetiva e objetiva.

3.2.1 Responsabilidades civil e penal

Esta distinção da responsabilidade jurídica já possui referência em Aristóteles, que afirmou haver um tipo de responsabilidade que acontece na relação entre indivíduos, tendo a função de resolver situações litigiosas ou, ainda, questões relativas a indenizações; e outra relativa ao ato praticado em desconformidade com as normas da sociedade em questão, a responsabilidade penal, que teve o adendo do surgimento moderno da obrigação da punição relativa ao ato ilegal praticado, prevista em lei (BRAGA NETTO, FARIAS & ROSENVALD, 2014).

Assim, compreende-se que, como é para Cavalieri Filho (2015), a responsabilidade advém do ato ilícito, que acaba por gerar um dano. A ilicitude, portanto, pode estar vinculada a qualquer âmbito do Direito, determinando-se de acordo com a norma jurídica violada. Noutras palavras, o ilícito que repercute em

dano penal enseja responsabilidade penal, assim como o ilícito que viola norma privada, enseja a responsabilidade civil.

Apesar das assertivas acima, a concepção de Cavalieri Filho não é completamente sincrônica com a de outros autores, refletindo uma dissonância doutrinária que merece nossa atenção. Para estes últimos, haveria uma responsabilidade genérica que teriam repercussões civis ou penais mensuradas de acordo com as consequências geradas. Destarte, dever-se-ia observar, primeiramente, as consequências do ato ilícito para, então, designar qual a responsabilidade correspondente, uma vez que o ilícito, *de per si*, não é uma modalidade.

Todavia, a conclusão atual não pode ser outra que a necessária negação de uma diversidade ontológica entre o ilícito civil e o penal. Em ambos os casos, trata-se de um contato social não pacificado que reclama a intervenção do ordenamento. O ilícito civil e penal compartilham a mesma essência: um ato antijurídico praticado por uma pessoa imputável. Caberá à discricionariedade do legislador estabelecer em qual área (direito civil, penal ou administrativo) será colocada a reação do ordenamento, sendo corriqueira a reserva ao direito penal das infrações consideradas especialmente graves, que interessam a toda a coletividade, fundando um ilícito especial, conhecido por infração criminal. (BRAGA NETTO, FARIAS & ROSENVALD, 2017, p. 118).

Ressalte-se, ainda, que tais responsabilidades são independentes entre si, uma vez que, hodiernamente, a responsabilidade civil possui caráter autônomo e, somente de maneira excepcional, apresenta ponto de interseção com o direito penal. Ainda assim, é possível que um mesmo ato antijurídico seja capaz de sê-lo em âmbito civil e penal, gerando, concomitantemente, as respectivas responsabilidades. No presente estudo, apenas nos interessa a violação às normas cíveis, uma vez que são estas que nos guiarão à perda de uma chance nas relações laborais, mais adiante.

3.2.2 Responsabilidades contratual e extracontratual

Neste ponto, nossa atenção é remetida à verificação da origem do dano que ensejou a reparação, o que pode ter ocorrido em função de uma obrigação preexistente, tal qual um contrato ou, ainda, um negócio jurídico unilateral, que,

ressalte-se, nem sempre estará evidente (VENOSA, 2017); de outra sorte, a obrigação pode advir de lei ou de preceito geral de Direito (CAVALIERI FILHO, 2015). Assim, fundamenta-se a presente divisão doutrinária entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, respectivamente.

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 33).

Nesse mesmo viés, trazemos o que preleciona Gonçalves (2016, p. 62-63), quando afirma que

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

No entanto, esta dualidade não é pacífica na doutrina, havendo aqueles que obstam pela divisão, sob a alegação de que, independente da forma que apresente a responsabilidade, em âmbito jurídico, os efeitos serão gerados da mesma maneira. Nesse sentido, observemos o apontamento de Venosa (2017, p. 453):

A doutrina contemporânea, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade. Uma e outra fundam-se na culpa. Na culpa contratual, porém, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido *lato* [...].

Ainda sob o mesmo viés, observa-se o questionamento direto em face à possibilidade de se tratar de responsabilidade em fazer de negócio jurídico unilateral, assim, Noronha (2003 *apud* BRAGA NETTO, FARIAS & ROSENVALD, 2017, p. 146):

Em sentido lato, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos, sendo equivocada, todavia, tomar a dicotomia responsabilidade negocial/extranegocial pelos pares contratual/extracontratual, pelo risco de se ignorar a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais cuja existência e validade se aperfeiçoam fora do contrato, mediante a manifestação de vontade de apenas uma das partes, sem que seus efeitos se submetam ao regime da responsabilidade civil em sentido stricto sensu, como uma promessa pública de recompensa ou a subscrição de títulos de crédito. O eventual

descumprimento dessas obrigações extracontratuais se subsume ao regime da responsabilidade civil negocial.

3.2.3 Responsabilidades subjetiva e objetiva

A noção da culpa está absolutamente conectada à responsabilidade. Desta feita, é importante observar a forma como a responsabilidade é fundamentada, uma vez que esse fator designará se a culpa será ou não um elemento que ensejará a obrigação de reparação do dano causado.

Conforme visto anteriormente, para a teoria clássica, a culpa é elementar para a designação da responsabilidade, o que fez com que a teoria também ficasse conhecida com “teoria da culpa” ou, ainda, “teoria subjetiva”. Recapitulando, portanto, os três elementos básicos e necessários que caracterizam-na são o dano sofrido pela vítima, a culpa do ofensor e o nexo de causalidade entre a culpa e o dano. Nesse viés, Gonçalves (2017, p. 59) afirma:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Seguindo a tradição tanto do Direito, como a do Código Civil de 1916, o atual Código Civil filiou-se, de regra, à teoria subjetiva, conforme podemos conferir de seu art. 186, que nos traz o elemento da culpa, em sentido amplo – dolo e culpa –, como fundamento, assim, da responsabilidade subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2015).

No entanto, é possível encontrarmos diversos dispositivos legais que imputam a obrigação de reparação de dano ocorrido sem a observação do elemento culpa. Isso ocorre, porque, a partir da segunda metade do século XIX, mormente com o advento da Revolução Industrial e da consequente modernização da sociedade, tornou-se inviável, para a vítima, em diversas conjunturas, alcançar condições de comprovar a culpa do ofensor, o que ensejou o desenvolvimento da responsabilidade objetiva ou legal.

Podemos afirmar que, se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva. Mas isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, mesmo não havendo lei prevendo-a, até porque essa responsabilidade faz parte da própria essência do Direito, da sua ética, da sua moral – enfim, do sentido natural de justiça. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 39-40).

Segundo Gonçalves (2017), nessa modalidade, a culpa é preterida, podendo ou não existir, uma vez que são necessários apenas o dano e o nexo de causalidade. Nesse sentido, o autor afirma “nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.” (GONÇALVES, 2017, p. 60).

O autor ainda explana a teoria do risco, esclarecendo que, segundo suas diretrizes, aquele que exerce qualquer atividade gera riscos de dano a ela inerentes e, assim, torna-se obrigado a reparar, mesmo que a conduta ofensiva não abarque o elemento da culpa. Desloca-se, portanto, o foco da culpa para o risco da atividade.

Ressalte-se que a responsabilidade subjetiva perdura como regra, no entanto, não prejudica a aplicação da responsabilidade objetiva; ambas coexistem, respeitando seus respectivos limites, classificando-se como espécies, uma vez que cada uma possui suas particularidades. Sob esse viés, Pereira (1990 *apud* GONÇALVES, 2017, p. 61) aduz que:

[...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

Observa-se, no entanto, que as duas espécies têm a culpa como parâmetro, seja pela sua observância ou pela não observância, no entanto, observe-se que ambas exigem a presença tanto do elemento dano, quanto do nexo causal, pressupostos que veremos logo mais.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Sabe-se que, para que seja designada a obrigação de reparar em função de dano, faz-se mister a presença de determinados requisitos, que irão determinar a responsabilidade – subjetiva ou objetiva – do agente. Existem consideráveis divergências quanto ao rol de pressupostos da responsabilidade civil elencadas pela

doutrina, uma vez que nenhum deles alcançou aceitação prevalecente. No nosso atual Código Civil, o art. 186⁴ nos imputa a regra de que todo aquele que viola direito de outrem, causando dano, é obrigado a repará-lo.

O referido artigo, cumulado com o art. 927, do Código Civil estabelece a cláusula geral de responsabilidade civil, levando em consideração o elemento da culpa. Tendo em vista o que também preleciona o *caput* do art. 927⁵, podemos inferir importantes e elementares pressupostos da responsabilidade civil.

Carlos Roberto Gonçalves (2016) apresenta, como seu rol de pressupostos, a ação ou omissão, a culpa ou o dolo do agente, o nexo de causalidade e o dano experienciado pela vítima. Esta classificação tetrapartida também é seguida por Braga Netto, Farias e Rosenvald (2017), por Sílvio Rodrigues (2003), entre outros.

Cavaliere Filho (2015) compreende a necessidade de que, para configurar a responsabilidade civil, existam um primeiro elemento formal – conduta antijurídica que ensejou violação do direito de outrem –; um elemento subjetivo – dolo ou culpa –; um elemento causal-material – dano e a correlata relação de causalidade.

A despeito da relativa divergência da doutrina sobre o rol de pressupostos da responsabilidade civil, optamos por considerar como pressupostos basilares, neste trabalho, a conduta culposa do agente, resgatada da expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; o nexo de causalidade, em função do verbo “causar”; e o dano, demonstrado a partir dos dizeres “violar direito ou causar dano a outrem”, à luz do que preleciona Cavaliere Filho (2015).

A conduta aqui considerada se configura como ato humano que reverbera ferindo bens juridicamente tutelados e, assim, causando efeitos jurídicos. A conduta pode ser externada por meio de atos comissivos – mediante a prática de ação positiva do agente que acaba por ferir bem jurídico tutelado –, que são os mais comuns, ou, ainda, através de atos omissivos – quando o agente deixa de executar um ato que dele se espera.

Entendemos como dano o prejuízo gerado pelo ofensor à vítima, através de ato omissivo ou comissivo. Apresenta-se como elemento fundamental para configurar a obrigação de indenizar, tendo em vista que o escopo da

4 Art. 186. Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Vade Constitucional / organizadora Flávia Bahia Martins. – 12. ed. – Salvador: JusPodivm, 2017, p.230)

5 “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (Vade Constitucional / organizadora Flávia Bahia Martins. – 12. ed. – Salvador: JusPodivm, 2017, p.273)

responsabilidade civil é sua reparação. Deste modo, em tese, não é possível haver responsabilidade civil e a conseqüente indenização sem a presença do dano ocorrido, que poderá ser patrimonial – prejuízos de cunho econômico – ou extrapatrimonial – lesão a interesse não passível de valoração econômica e com expressão de natureza subjetiva. Os danos patrimoniais ainda podem ser qualificados como danos emergentes – a efetiva perda patrimonial na ocasião do ato danoso – ou lucros cessantes – compreendidos como aquilo que se deixou de ganhar em função do ato danoso.

Por fim, apresenta-se a necessidade de que a conduta tenha gerado o dano, configurando-se, assim, o nexo de causalidade entre esses dois elementos. No entanto, nem sempre é viável a averiguação, de forma simples, desse liame de causalidade, o que fez com que surgissem teorias que visavam a solucionar os embates. Exemplos relevantes são a teoria da causalidade adequada, nascida na Alemanha; a teoria do dano direto e imediato, advinda do Código de Napoleão e considerada por alguns doutrinadores como aquela adotada pelo Código Civil de 2002; a teoria da causalidade alternativa, utilizada em conjunturas nas quais é possível atribuir a conduta a um grupo, mas não especificar qual indivíduo do grupo praticou o ato danoso.

4 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

4.1 CONCEITO DA PERDA DE UMA CHANCE

Conforme observado nos apontamentos brevemente realizados, no capítulo anterior, a respeito dos pressupostos elementares para caracterizar a obrigação de indenizar, constatou-se a necessidade da presença do dano para que se configurasse o instituto da responsabilidade civil. Diante desta linha de raciocínio, apenas danos concretos seriam, em tese, passíveis de indenização, e as conjunturas em que alguém teve extirpada a possibilidade séria e real de auferir alguma vantagem – ou de evitar perdas – não se enquadrariam para a configuração da indenização por responsabilidade civil, por não restar evidência fática de que o ato teria interferido para gerar qualquer prejuízo. Ao fim, não seria possível alcançar o direito de ser indenizado, uma vez que o dano seria meramente hipotético.

Ocorre que o Direito, em sua constante tarefa de acompanhar as mudanças sociais e delas ser reflexo, bebe do desenvolvimento dos estudos de probabilidade e da estatística, o que corroborou para o desenvolvimento da responsabilidade objetiva e, assim, da aceitação da teoria da perda de uma chance, que, hoje, é predominantemente compreendida como uma espécie de dano.

Ainda assim, há posicionamentos dissonantes a esse respeito, como é possível inferir abaixo:

[...] a perda de uma chance não é uma nova espécie de prejuízo, mas uma técnica de deslocamento da reparação. Essa técnica implica, em primeiro lugar, o deslocamento quanto ao interesse reparado, que deixa de ser a vantagem aleatória desejada para versar sobre a chance perdida. Mas, em segundo lugar, essa técnica implica outro deslocamento; um deslocamento temporal ou cronológico. A reparação não buscará mais recolocar a vítima na situação na qual ela se encontraria sem o evento danoso – um futuro hipotético e incerto –, e se preocupará em devolvê-la à situação na qual ela se encontrava antes desse evento – um passado certo. (CARNAÚBA, 2013, p. 109).

Ademais, conforme mencionamos, o instituto da responsabilidade civil também se fundamenta nos alicerces de paradigmas solidaristas, pois objetiva, no mais das vezes, evitar que o prejuízo seja destinado somente à vítima.

A despeito da dissonância de Daniel Amaral Carnaúba, a doutrina majoritária anui com a assertiva de que a perda de uma chance seja uma espécie de dano, ao

considerar o tipo de conjuntura em que alguém, mediante ato antijurídico de outrem, perca a possibilidade de auferir determinada vantagem ou, ainda, de frustrar um prejuízo, mesmo que o elemento da certeza sobre a concretização da probabilidade não esteja presente. Conjunturas como estas, apesar de não abarcarem a certeza sobre o nexa causal da conduta do ofensor ou, mesmo, do prejuízo final, remetem-nos um dano injusto – a oportunidade perdida.

É pacífico, na doutrina, que a possibilidade do resultado positivo seja real, não fosse a intercessão de terceiro, que, por consequência, não será responsabilizado diretamente por um prejuízo, mas por ter extirpado a possibilidade de extirpá-lo ou, mesmo, de que a vítima tenha auferido vantagem. Portanto, o que padece de indenização não é a perda de uma vantagem por si só, mas a perda da oportunidade de obtê-la.

Sob esse viés, Sérgio Cavalieri Filho (2015) compreende a chance como um elemento provável de ensejar a obtenção de lucro ou, ainda, a esquia de alguma perda, ao passo que Carnáuba (2013) afirma que a perda de uma chance circunda a ideia de um evento natural gravitado por incertezas, mesmo que diante da racionalidade das probabilidades. O autor utiliza o termo *álea*, de maneira certa, uma vez que esta não teria nenhum caráter que transmita qualquer traço de certeza antes da efetivação dos fatos.

A despeito de sua diversidade, as situações que conduziram os tribunais a se valerem da técnica de reparação de chances nos remetem a uma mesma hipótese fática, em que a vítima veio a sofrer uma lesão em seus interesses sobre um evento aleatório. Sob uma perspectiva analítica, essa hipótese de lesão a interesses aleatórios pode ser decomposta em três elementos: um interesse sobre um resultado aleatório (§ 1); a diminuição de chances de obter esse resultado aleatório desejado, em razão da intervenção do réu (§ 2); e a não obtenção do resultado aleatório desejado (§ 3). Dessas três constantes de fato decorre uma quarta, que não é verdadeiramente um elemento da realidade, mas uma abstração desta. Trata-se da incerteza contrafactual (§ 4). (CARNAÚBA, 2013, p. 25).

A fim de nos possibilitar uma maior compreensão sobre a teoria da perda de uma chance, nos permitindo traçar uma diferenciação mais clara entre ela e a responsabilidade civil clássica, faz-se mister apontarmos algumas de suas características particulares, tais como sua natureza jurídica e os requisitos e critérios de aplicabilidade.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

A evolução do Direito na seara do sistema de justiça pátrio tem firmado o entendimento pela aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, fazendo com que a não aceitação se refira a posição minoritária, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência.

Sob outra perspectiva, é considerável o dissenso relativo à natureza jurídica deste instituto, não só em meio à doutrina brasileira, mas na jurisprudência também. As posições se dividem entre aqueles que consideram a perda da chance como lucro cessante; aqueles que tratam como o intermédio entre lucro cessante e dano emergente; os que consideram ser, de fato, dano emergente; os que a caracterizam como agregador do dano moral; e os que quebram a tradição de classificações, ao considerar uma técnica de reparação.

Cavaliere Filho (2015, p. 107-108), apesar de não se posicionar de maneira clara, transparece a ideia de que, na teoria em questão, o dano está ligado à ideia de lucro cessante, quando aduz:

A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século XX, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

Sobre a hipótese de enquadramento como lucro cessante, Savi (2009), criticando esse mesmo posicionamento de Carvalho Santos, esclarece que:

Ao inserir a perda de uma chance no conceito de lucro cessante e, desta forma, exigir a prova de que o recurso, caso interposto, seria provido, Carvalho Santos acaba por inviabilizar qualquer pretensão de indenização da chance perdida por si só considerada. Como visto ao longo deste livro, se fosse possível produzir esta prova, estaríamos diante de um típico caso de lucro cessante e, por este motivo, o advogado teria que ser condenado ao pagamento de tudo aquilo que o cliente razoavelmente teria direito se o recurso fosse provido. (SAVI, 2009, p. 40).

Ao sistematizar a natureza jurídica da perda de uma chance, Savi (2009, p. 112), inspirado em Adriano de Cupis, encaixa na ideia de dano emergente.

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado, (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros

cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir. Assim, não se concede indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir essa vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

A problemática de tratar a perda de uma chance como dano emergente, no entanto, é deduzir que o dano seria certo e imediato, se esquivando se tratar de questões com condão probabilístico. Assim, o mesmo autor também considera que o dano poder vir a ser um agregador do dano moral, como se pode inferir do que diz

[...] haverá casos em que a perda de uma chance, além de causar um dano moral poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral [...]. (SAVI, 2009, p. 60).

O autor ainda conclui:

A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, pode, dependendo do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos – patrimoniais e extrapatrimoniais –, cumulados ou não. No primeiro caso, o dano decorrente da perda da chance deve ser considerado, em nosso ordenamento, um dano emergente e não um lucro cessante. (SAVI, 2009, p. 112).

Daniel Amaral Carnaúba (2013) rompe com a tradicional classificação, considerando a perda de uma chance como uma técnica de deslocamento de reparação, reputando que a reparação poderá ocorrer a título patrimonial ou extramatrimonial. Outro autor que rompe com a tradição é Rafael Peteffi da Silva (2013), que compreende ser a perda de uma chance uma categoria diferente e específica de dano, que é independente do prejuízo final ou, mesmo, um recurso de causalidade parcial. É nesse sentido o posicionamento do enunciado nº 444, da 5ª Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho Nacional de Justiça. Vejamos:

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. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 73)

Deste modo, este trabalho reconhece o caráter autônomo da perda de uma chance, que é, então, compreendida como um dano específico, podendo assumir um viés patrimonial ou extrapatrimonial a depender do interesse jurídico violado pelo ato antijurídico cometido.

4.3 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Não seria coerente afirmar que qualquer chance perdida teria o condão de ensejar a obrigação de indenizar. A chance precisa ser séria ou, ainda, real e séria, demonstrando, assim, a viabilidade do prejuízo final (KFOURI NETO, 2007). Destarte, afirmamos que o primeiro critério substancial que visa a caracterizar a perda de uma chance é a seriedade da oportunidade perdida, a qual deve ser relacionada com uma probabilidade palpável.

A chance deve ser, além de séria, real, de modo a ser capaz de diferenciá-la de outros possíveis danos que se configuram apenas como meramente especulativos, possibilidades insignificantes ou simples sentimentos de frustração. Entendemos que esses requisitos constituem um mecanismo de proteção do Direito contra os circunstanciais e esperados abusos.

Deste modo, alcançando êxito na comprovação de que a vítima teria a chance real e séria de auferir um determinado resultado esperado ou, ainda, de evitar algum prejuízo, no caso de a adversidade praticada por terceiro não ter ocorrido, tem-se encaminhada a configuração da obrigação de indenizar em função da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Sobre esses dois importantes requisitos, Higa (2011, p. 87) aponta que “é possível estabelecer uma escala hierárquica entre os requisitos: a realidade antecede a seriedade, embora somente a conjunção de ambos torne a vítima apta a pedir a reparação do dano”.

Para além da necessidade de se comprovar que a chance perdida seja séria e real, obviamente, o deferimento da indenização restará a mercê da observância dos demais pressupostos da responsabilidade civil. Ressalte-se que o objeto da indenização não corresponderá a ganhos ou perdas efetivas, mas às referidas chances. Sob tal diapasão, em suma, para que se caracterizar a perda de uma

chance, faz-se necessário apresentar a conduta culposa do ofensor, o dano – a chance perdida – e o nexu causal entre eles.

Quanto à mensuração da seriedade exigida, Cavalieri Filho (2015), assim como Savi (2009) baseiam-se no que defende a doutrina italiana. Desta sorte, este último autor aduz:

Entendemos que somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. (SAVI, 2009, p. 112-113).

Sobre o estreitamento numérico e probabilístico adotado acima, considera-se ser um critério consideravelmente impreciso, em razão da impossibilidade de aferição fidedigna da maior parte das situações cotidianas em que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada, posto que estabelecer percentual de probabilidade de que algum resultado específico viesse a ocorrer nos parece inviável, sob o viés matemático, em muitas conjunturas. Compreendemos que o caso concreto deva ser analisado pelo magistrado, que deverá se utilizar, quando possível, da exatidão dos números, mas, sempre, de regra, da medida do bom senso. Neste sentido, achamos pertinente a crítica de Higa (2011), em seu estudo:

Mas o critério escolhido é infeliz não apenas por ter estabelecido a seriedade de chance em um percentual superior a 50% (cinquenta por cento), mas, também, pela própria ideia de “tabelar” o conceito de seriedade, ou seja, ainda que a tarifação tivesse sido estipulada em 10, 20, 30 ou 80% (dez, vinte, trinta ou oitenta por cento), o resultado seria igualmente nefasto. (HIGA, 2011, p. 89) .

No que concerne ao *quantum* indenizatório, é fundamental que se leve em consideração a probabilidade de auferir a vantagem perdida, caso o evento danoso não tivesse ocorrido. Não se mensura, assim, a perda da vantagem, em si, mas a possibilidade – real e séria – de se alcançar a almejada vantagem ou de evitar uma desvantagem, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em obediência aos critérios da justiça e da equidade.

5 APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO DO TRABALHO

A autonomia do Direito do Trabalho é inegável, tanto sob o viés científico, como didático e judicial, uma vez que apresenta conceitos específicos, estudo especializado e metodologia própria. Alicerçando-se ao longo de dois séculos, este ramo do Direito fundamentou seus limites e particularidades, no entanto, é inegável e inevitável as suas relações com sua matriz de origem, de onde se desvencilhou – o Direito Civil. Assim, ressalta-se que a autonomia do Direito laboral não implica no seu desligamento da teia jurídica, uma vez que não rompe com os demais ramos do sistema jurídico.

Mesmo nos dias hodiernos, é comum encontrarmos regras, institutos e princípios do Direito civilista que influenciam e se aplicam diretamente ao Direito laboral. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2013) aponta, como exemplo, os critérios de fixação de responsabilidade civil, que se constitui através da culpa. Este adendo nos encaminha, assim, para a consideração da consistência e importância do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações justralhistas, como veremos.

A aplicabilidade da teoria em tela, no direito trabalhista brasileiro, é recente, porém, cada vez mais em voga nos tribunais. Na doutrina, no entanto, ainda é tímida a proposição de esclarecimentos. Raimundo Simão de Melo (2010) é um raro exemplo de doutrinador que aduz sobre a admissão e aplicação da perda de uma chance em âmbito da justiça laboral ao afirmar que, nesta área, a perda de uma chance possui abundante espaço para seu desenvolvimento, comparando com o que ocorre em relação ao dano moral *lato sensu*.

Tem-se em consideração a importância da perda de uma chance como ferramenta da responsabilidade civil que prima por lapidar a justeza da reparação de um dano e, assim, promover e proteger as condições do trabalhador, ainda que se leve em consideração uma possível dupla apreciação para este tipo de aplicação. Não obstante, evidentemente a aplicabilidade da teoria ressalta a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, cerne do nosso atual ordenamento jurídico e, frise-se, intimamente conectado ao direito à vida.

Assim, a perda de uma chance vem adentrar a legislação trabalhista sob viés não apenas de apontamentos práticos, mas também teleológicos, ao conceder uma

tutela mais abrangente aos trabalhadores, alcançando o escopo de priorizar o polo hipossuficiente da relação laboral.

5.1 CONSONÂNCIA COM A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Sabe-se que o Direito do Trabalho objetiva regular relações jurídicas advindas da prestação laboral que, como pressupostos, apresente o caráter da pessoalidade, não seja eventual, haja subordinação e seja assalariada. Consideramos, aqui, a abrangência do Direito Civil e a amplitude de seu alcance, uma vez que esta seara do Direito possui relações com todas as demais áreas. Nesse patamar, compreende-se que o Direito laboral segue, como mencionado anteriormente, preceitos e normas gerais do Direito civilista, as quais são aplicáveis de forma subsidiária à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mediante sua omissão, mantendo sólida a relação direta entre as duas áreas.

Nosso entendimento é o que se pode inferir, inclusive, do art. 8º da CLT, uma instrução maleável que reflete a interação e integração entre ambas searas jurídicas. O parágrafo primeiro do referido artigo apresenta, ao Direito do Trabalho, o caráter suplementar do Direito Civil.

Apesar de ter tido redação alterada, convém compreender que a aplicação de preceitos do Direito cível não se dá irrestritamente. Na contramão deste, que preza pela igualdade das partes, o Direito do Trabalho busca reequilibrar a posição de desigualdade das relações de trabalho. Assim, por óbvio, a aplicação de preceitos do Direito Civil no Direito do Trabalho ocorre na ocasião de não haver incompatibilidade com os princípios fundamentais deste. Observemos o texto legal:

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.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (BRASIL, 1943)

Ademais, é importante ressaltar a relevância de princípios norteadores do Código Civil vigente, os quais interligam o Direito Civil e o Direito Trabalhista numa

conjuntura em que são reforçados valores tais como o da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

De toda sorte, o ordenamento trabalhista abre espaço considerável para que seja aplicado o Direito Comum na resolução de suas demandas, o que enseja a inclusão de litígios que buscam a reparação *lato sensu*, conforme supramencionado defendido por Delgado (2013), anteriormente; deste modo, sem dúvida, abarca a postulação pela reparação de danos pela perda de uma chance. Portanto, é possível compreender que a responsabilidade civil tange, assim, todas as searas que se ramificam do Direito Civil; o Direito do Trabalho é uma delas.

É possível compreender que é perfeitamente aplicável a referida teoria de responsabilidade civil, inicialmente, pelo preceito legal acima transcrito. Ademais, tendo em vista o que preceitua a proposta da teoria da perda de uma chance, compreendemos que esta se concilia plenamente com os princípios do Direito do Trabalho, que é capaz de recepcioná-la sem óbices, uma vez que há harmonia no escopo de corroborar com o equilíbrio e conseqüente melhoria da posição social do trabalhador – constante do art. 7º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) – bem como, dá ensejo à possibilidade de ser utilizada pelo empregador, sem objeções doutrinárias ou jurisprudenciais, até então.

5.2 JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

Entre a realidade do mundo social e as efetivas modificações legislativas que tutelem as novas realidades, há um lapso de tempo-espço em que, não fosse o papel fundamental do norte jurisprudencial para dirimir a mais diversificada gama de conflitos, estaríamos mais vulneráveis às injustiças cotidianas e inusitadas por que passamos. O papel da jurisprudência acaba sendo o de estruturar normas que ainda não possuem regulamentação no ordenamento.

Nesse sentido, compreende-se o essencial ofício da jurisprudência frente à seara trabalhista, posto que este ramo jurídico enfrenta uma complexa rede de relações que lança novos desafios aos Tribunais cotidianamente, demandando, assim, os mais variados posicionamentos. Sob esse viés, torna-se mais que relevante certo apontamento frente ao panorama que a teoria da perda de uma chance esboça no atual cenário jurisdicional.

Verificou-se que, até o ano de 2006, a temática era praticamente ignorada sob o viés justrabalhista, com uma média de um ou dois acórdãos por ano. A partir do ano de 2007, no entanto, ocorreu um crescimento exponencial do número de julgados, especulando-se marcos tanto na doutrina, como na jurisprudência a respeito do tema, ensejando o vertiginoso crescimento (HIGA, 2011).

O autor aduz que sua investigação alcançou, em seu trabalho, sobre informações do período de 2002 a 2011, um total de 275 decisões, relativa a 24 tribunais regionais e apenas 4 julgados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Em rápida pesquisa realizada somente no site do TST, em maio de 2018, encontramos um total de 613 acórdãos que versam sobre a temática. Cada vez mais notória e significativa tem se tornado a abordagem e compreensão da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara trabalhista.

Sob a ótica da teoria em questão, os assuntos mais regulares são acidente de trabalho, ruptura contratual, contratação frustrada, retenção da CTPS, informação desabonadora e concurso público. (HIGA, 2011). A assertiva continua válida até os dias atuais.

5.3 A PERDA DA OPORTUNIDADE NAS DIFERENTES FASES PROCESSUAIS

5.3.1 Fase pré-contratual

A obrigação de reparar motivada pela ocorrência de um dano injusto é configurada mesmo que o referido dano aconteça antes ou depois da celebração de um determinado contrato. Assim, por se caracterizar, de fato, como situação lesiva, a aplicabilidade da perda de uma chance caberá não só na fase da execução do contrato, mas além e aquém, tornando-se efetiva a aplicação nas fases pré-contratual e pós-contratual.

O chamado dano em fase pré-contratual é verificado mediante a falta de observância ao princípio da boa-fé – art. 422, do Código Civil⁶ – por uma das partes, de maneira injustificada, ensejando a não efetivação do negócio jurídico acordado.

6 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002)

Deste modo, leva-se em consideração a seriedade das negociações, bem como os frutos destas, motivando a possibilidade de responsabilização civil nessas conjunturas.

Isto posto, averiguados os elementos caracterizadores da responsabilidade contratual cominados com a aferição dos requisitos da teoria da perda de uma chance já mencionados, fica evidente a possibilidade de caracterização do dano na fase anterior à execução do contrato. Sobre o assunto, Maurício Godinho Delgado (2013, p. 1.034) se posiciona:

[...] 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.

Afora a violação do princípio da boa-fé, as decisões também podem apontar a questão sob o viés do abuso de direito e da função social do contrato. (Higa, 2011) São exemplos de danos ocorridos na fase pré-contratual a perda da possibilidade de celebrar contrato de trabalho diverso, a perda da chance de alcançar melhores salários motivada pela não efetivação do contrato de trabalho negociado e, ainda, caracterizar dano extrapatrimonial, em decorrência do sofrimento e da frustração da impossibilidade de fechar algum contrato, por causa de ato antijurídico de terceiro.

Importante estabelecer, ainda, a significativa diferenciação entre negociação prévia e pré-contrato – ou contrato preliminar. Este tem todas as características próprias de um contrato, possuindo, portanto, natureza contratual, enquanto apresenta uma efetiva obrigação de fazer – celebrar o contrato relativo ao negócio jurídico barganhado; em contrapartida, esta modalidade prescinde de uma forma específica. As negociações prévias consistem em fatos e ajustes da fase inicial, os quais têm por escopo estabelecer a precisão do objeto e das condições do futuro contrato. Ambos os institutos podem facilmente se confundir na prática.

Sobre decisões que tratam da perda da oportunidade em razão da frustração da contratação, é corriqueira a dificuldade no que tange à liquidação do dano. Vale lembrar que resolver acertadamente a questão do *quantum* está intrinsecamente ligado ao fato de compreender corretamente o instituto da perda de uma chance, estabelecendo, de acordo com o caso concreto, os parâmetros justos para favorecer seu arbitramento.

5.3.2 Fase contratual

Em contraponto ao que ocorre na fase pré-contratual, em que a postulação pela perda de uma chance é majoritariamente observada em razão de praticamente um único tipo de frustração, o desenvolvimento da relação laboral enseja uma multiplicidade de assuntos que podem motivar demandas.

Higa (2011) observou, em seu trabalho, que, assim como acontece em relação aos julgados internacionais, as demandas relativas à perda de uma chance na nossa Justiça do Trabalho atingem, principalmente, questões voltadas a doenças ou acidentes de trabalho, o que, para o autor, é herança das mudanças trazidas pela Revolução Industrial.

A perda de uma chance no âmbito trabalhista, assim, prepondera em situações em que ato antijurídico do empregador prejudica o empregado, que é impedido de alcançar determinada vantagem – de crescimento profissional e aumento do salário; evitar prejuízo futuro, mediante acidente de trabalho etc. No entanto, o instituto em questão não é sectário e alcança os dois polos da relação de emprego. Deste modo, também tutela o empregador que vem a ser vítima da chance perdida em função de ato ilícito de seu empregado, que enseja, para si, a obrigação de indenizar.

Via de regra, o empregador irá responder subjetivamente pelos danos relativos a acidentes de trabalho causados ao empregado. No entanto, a análise do caso concreto tem o poder de designar a responsabilidade objetiva, na observância do risco considerável a que o empregado é exposto.

Um viés considerável que culmina no elevado número de demandas que utilizam a perda de uma chance no que tange a acidentes de trabalho se refere à nítida interferência conceitual comum entre lucro cessante e o instituto em questão. O cerne da diferença entre ambos não consiste no caráter randômico, que acaba fazendo parte dos dois conceitos, mas de como a chance é encarada em relação aos dois institutos.

Na perda de uma chance, considera-se a probabilidade; no lucro cessante, as decisões provêm do sistema de presunções, em que é preciso se considerar certezas. Na prática, a confusão entre ambos pode causar prejuízo relativo a uma

injusta reparação, ao considerar, por exemplo, o caráter cumulativo da perda de uma chance e do lucro cessante.

Higa (2011, p.230) observou, ainda, “certa hesitação no momento de distinguir a perda de uma chance da condição maliciosamente obstada pela parte cujo implemento desfavorece, [...] confusão pode transcender à mera adequação no emprego dos vocábulos e expressões jurídicas”.

O autor também aduz que o requisito da certeza é um empecilho, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, à concessão da indenização pela chance perdida, quando parece se extirpar o valor intrínseco a ela. Essa realidade tem se modificado nos últimos anos, mediante a maturidade doutrinária e, principalmente, jurisprudencial que a temática vem alcançando. Ainda assim, ressalta-se o mérito da reiterada exigência, pela Justiça laboral, dos requisitos da seriedade e da verossimilhança da probabilidade, o que tem o condão de afastar litígios especulativos.

5.3.3 Fase pós-contratual

A fim de tecer sobre esta fase de maneira assertiva, faz-se necessário realizar esclarecimentos acerca da posição doutrinária sobre obrigação pós-contratual – ou *culpa post pactum finitum*. Segundo Higa (2011), a jurisprudência, à época de seu trabalho, era escassa quanto ao reconhecimento expresso deste instituto.

Leite (2017) explica que existe um questionamento doutrinário sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas indenizatórias que versam sobre danos pré e pós-contratuais. Seu entendimento é de que o art. 114, VI, da Constituição Federal, em consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais supremas, o questionamento doutrinário.

No que concerne à fase de que tratamos neste item, o autor aduz sobre casos em que se postula indenização em face de ex-empregador, tais como

inserção do nome do trabalhador nas famosas "listas negras" que impedem ou dificultam a celebração de um contrato de trabalho com outro empregador ou quando o ex-empregador cria embaraços para devolver a CTPS do trabalhador ou faz afirmações desabonadoras sobre a sua conduta profissional ou pessoal. (LEITE, 2017, p.239).

Outrossim, o mesmo autor não versa sobre a indenização pela perda de uma chance nos casos citados acima, quando menciona apenas a indenização por danos

morais e materiais. Concluimos que a assertiva de Higa (2011) sobre a escassez do acolhimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance na fase pós-contratual não está ultrapassada. O fato foi ratificado pela dificuldade de encontrar jurisprudência nesse sentido, que corroborasse para uma melhor compreensão do tema.

Conceitualmente, para entender a responsabilidade contratual, é importante compreender classificações que dela se aproximam, porém com ela não se confundem, a começar pela pós-eficácia negocial aparente. Nela há uma obrigação claramente contratual, no entanto, a responsabilização só ocorre posteriormente ao fim do pacto principal. Acontece, por exemplo, mediante contrato de compra e venda de veículo, em que a garantia do produto é válida por um período posterior à consumação do negócio; na seara trabalhista, trata-se da cláusula de não concorrência assinada por um trabalhador, mediante a qual haverá deveres para além do fim do contrato de trabalho.

Mister conhecer, também, a pós-eficácia negocial virtual, que concerne na obrigação de cumprir deveres considerados secundários e que complementam a obrigação principal. Seu descumprimento configura o adimplemento parcial ou, mesmo, o cumprimento imperfeito do contrato. Nesse sentido, há dissenso em relação ao que afirmou Leite (2017), na transcrição acima. Para Higa (2011), na seara trabalhista, consiste no dever que o empregador possui em dar baixa na CTPS do empregado (obrigação principal), mediante a extinção do vínculo empregatício, e devolvê-la ao empregado em 48 horas⁷ (obrigação secundária) – o dano localiza-se após a cessação do contrato de emprego, mas tem a gênese na violação de um dever legal/contratual.

Quanto a pós-eficácia negocial continuada, diz respeito à obrigação de execução reiterada, a exemplo do pagamento de comissões vencidas depois do fim do contrato de trabalho⁸. Segundo Higa (2011), todas estas alternativas de pós-eficácia não se misturam com aquelas em que podemos aplicar a teoria da responsabilidade pós-contratual específica, posto que, nesta, não existe determinação legal ou em contrato estipulando a obediência a alguma regra *sui generis*.

7 Art. 29, da CLT. (BRASIL, 1943)

8 § 2º do artigo 466 da CLT. (BRASIL, 1943)

Segundo o autor, entende-se que só se pode valer-se da *culpa post pactum finitum* mediante a obrigação de cumprimento de deveres acessórios de proteção, lealdade e informação para além do fim do vínculo contratual, sem que exista dispositivo legal ou cláusula contratual nesse sentido. A partir de então, podemos inferir a boa-fé objetiva como fundamento primevo dos deveres secundários e, assim, da responsabilidade pós-contratual, uma vez que a cláusula tenha ultrapassado os limites temporais da execução contratual e adquirido autonomia em relação à obrigação principal.

Nos dois extremos do contrato, as chances perdidas costumam tratar da frustração da contratação. Na fase pré-contratual, normalmente, o empregador procede com alguma violação que faz com que o potencial empregado perca sua oportunidade real e séria de ser contratado. Na fase pós-contratual, algum entrave provocado pelo empregador extirpa as possibilidades de o empregado dispensado se alocar novamente no mercado de trabalho.

6 CONCLUSÃO

A teoria da perda de uma chance é passível de aplicação em um universo considerável de conjunturas, contanto que apresente os pressupostos exigíveis – averiguados perante a chance, e esta, analisada de acordo com a probabilidade de ser séria e real. Esta abrangência da aplicabilidade do instituto nos dá ensejo a alcançar o viés do Direito Trabalhista com certa clareza. O presente trabalho, portanto, buscou traçar um esboço da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, de maneira genérica e nas relações laborais.

Conforme exposto, a aplicação da teoria vem ganhando terreno no Brasil, principalmente diante da considerável complexidade das relações sociais e dos consequentes desafios jurídicos que elas ensejam cotidianamente, demandando a busca de resoluções alternativas àquelas tradicionalmente estabelecidas no nosso ordenamento, doutrina e jurisprudência.

No que concerne à reflexão histórica, pudemos observar que as considerações sobre o caminho percorrido pelo instituto em tela demonstram a importância de uma análise acurada da historicidade dos fatos. A assertiva se potencializa, pois, a despeito de tratarmos de tema clássico, remanesce divergências e entendimentos equivocados consolidados na doutrina e na jurisprudência pátria. Assim, constatamos equívoco advindo da doutrina francesa, que afirma admitir a perda de uma chance desde o final do século XIX, quando, em verdade, até a década de 1930, se mostrava contrária à sua aceitação.

Localizamos o alicerce da teoria da perda de uma chance no direito civil, qual seja, o instituto da responsabilidade civil, e abordamos alguns pormenores significativos. O levantamento epistemológico nos permitiu um encaminhamento racional e mais preciso para que chegássemos à compreensão da perda de uma chance. Sob esse aspecto, podemos concluir a importância de uma base civilista de qualidade para se alcançar o domínio do instituto em comento em qualquer viés.

O estudo da teoria da perda de uma chance em si nos demonstrou que, além dos pressupostos necessários à responsabilidade civil, a própria teoria possui seus requisitos característicos e fundamentais de aplicabilidade, quais sejam os elementos da seriedade e realidade da possibilidade.

Demonstrou-se que o dano proveniente da perda de uma chance é autônomo, identificável e destoante do resultado final, diferenciando-se do dano moral ou material, constituindo, assim, uma nova espécie de dano.

Sob o viés trabalhista, embora a doutrina não exerça o papel mais importante no que tange à aplicação da perda de uma chance em sua seara, a jurisprudência vem caminhando significativamente nos últimos anos, mediante o exponencial crescimento do número de demandas pertinentes ao assunto. Não obstante as mudanças no ritmo da perda de uma chance na seara das relações laborais, ainda não podemos apontar uma uniformização de entendimento jurisprudencial. Ainda assim, observa-se certo encaminhamento para a postulação deste tipo de indenização por danos ocorridos em todas as fases das relações contratuais.

Este estudo, portanto, reafirma a necessidade de prosseguir o desenvolvimento de trabalhos que aprofundem a percepção e criem uma análise do movimento da teoria no sistema jurídico brasileiro, mormente na seara trabalhista, com fulcro de harmonizar didaticamente os critérios utilizados para sua aplicação. O tema demonstra considerável relevância social e ainda carece de parâmetros definidos para sua incidência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 1 mai. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 1 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 1 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma. **Agravo Regimental** no Agravo 4364/SP (90.057884). Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 10 de outubro de 1990. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199000057884&dt_publicacao=29/10/1990>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil – Salvador**: Editora Juspodium, 2014

BRAGA NETTO, Felipe. **Novo tratado de responsabilidade civil** / Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: MÉTODO, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil, **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003. p. 31-47.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. 388 p. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>>. Acesso em: 29 abr.2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. Ed. São Paulo: Ltr, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇANVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17. Ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

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

HIGA, Flávio da Costa. **A perda de uma chance no direito do trabalho**. 2011. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: RT, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

MARTINS, Flávia Bahia. **Vade Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. **Indenização pela perda de uma chance**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1745. Acesso em: 1 mai. 2018.

MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - jul/dez 2006, p. 233-258.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 4, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

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

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.