



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil pela perda de uma chance

Anderson Aragão da Rocha

Rio de Janeiro  
2013

ANDERSON ARAGÃO DA ROCHA

**Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Anderson Aragão da Rocha

Graduado pela Universidade Candido Mendes – Centro. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo apresentar as bases fundantes, tanto no plano nacional quanto estrangeiro, da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Pretende, com isso, fornecer um manancial teórico idôneo a balizar – de forma sistemática – os fundamentos para identificação e, precipuamente, quantificação do dano, nos casos em que a referida teoria seja invocada.

**Palavras-chave:** Responsabilização. Perda. Chance. Aplicação. Direito. Trabalho.

**Sumário:** Introdução. 1. Noções gerais acerca da responsabilidade civil. 2. A perda de uma chance no direito estrangeiro. 3. A perda de uma chance no direito pátrio. 3.1 Conceito. 3.2. A fixação do valor da indenização. 4. Aplicação da teoria na Justiça do Trabalho. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance em razão de se perceber que a sociedade hodierna suscitou a premência de se repensar a amplitude conceitual de institutos já consagrados, de sorte a abarcar a reparação de danos até então não reconhecidos, mas que geravam grandes prejuízos e forte insegurança jurídica.

Durante muito tempo, o Direito cingiu-se a tutelar apenas danos passíveis de precisa demonstração e quantificação. Nesse contexto, fatos como: quebras de expectativa ou confiança; quebra de privacidade; estresse emocional; risco econômico; perda de uma chance; perda de escolha, não eram passíveis de reparação, dado a impossibilidade de sua exata demonstração e/ou quantificação.

Dessarte, o Direito ignorava a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém obter uma oportunidade de chances ou de evitar um prejuízo,

argumentando que aquilo que não aconteceu não poderá nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Com isso, aquele que sofria um dano dessa natureza, ficava sem qualquer proteção estatal. Esta situação, por certo, não podia persistir, mormente diante da imposição legal de que todo aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (*vide* art. 927 do CC/02).

Ademais, com o aperfeiçoamento do estudo da estatística e probabilidade, tornou-se perfeitamente possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Passou-se, portanto, a defender a existência de um dano diverso do resultado final. Com efeito, não apenas o resultado pretendido deveria ser objeto de proteção jurídica, mas, também, a possibilidade de consegui-lo.

A partir da constatação dessa novel necessidade de releitura dos requisitos clássicos da responsabilidade civil e tendo em mira que a teoria da perda de uma chance revela-se extremamente adequada para proceder tal análise, já que as perdas de chances ou probabilidades estão cada vez mais presentes na vida dos indivíduos, o presente trabalho resolveu enfrentar o tema.

Motivou, ademais, a escolha desse assunto a percepção de que, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, nacional e estrangeira, ainda não sistematizaram a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Observa-se, em verdade, uma profunda oscilação conceitual no enfrentamento e aplicação da teoria, sendo certo que uns a aplicam como espécie de dano material; outros, como espécie de dano moral; e, outros, ainda, como dano autônomo.

Assim, a fim de conferir bases seguras para se chegar à ilação acerca da natureza jurídica da referida teoria e, com isso, poder melhor aplicá-la, elidindo o casuísmo e a

insegurança jurídica, busca-se conhecer as bases fundantes e métodos de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Para atingir tal desiderato, após apresentar uma análise perfunctória acerca da responsabilidade civil com um todo, particulariza-se a exposição de como a teoria da perda de uma chance é tratada no direito alienígena, para depois esmiuçá-la no direito brasileiro.

## **1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Tem-se como preceito basilar do Direito que, toda conduta humana, violadora de um dever jurídico e causadora de um dano a outrem, enseja o dever de indenizar, sendo, portanto, fonte geradora de responsabilidade civil.

Assim, infere-se ser a responsabilidade civil um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Esse dever jurídico originário violado, pode ser resultante de uma relação jurídica obrigacional preexistente ou decorrente de uma imposição legal. É com arrimo nessa distinção que se subdivide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, configurando-se a primeira quando a violação do dever decorre do inadimplemento ou ilícito previsto em um contrato previamente firmado entre as partes; e a segunda, quando a violação do dever jurídico não está prevista em contrato, mas sim na lei ou ordenamento jurídico.

Daí se compreende o porquê da responsabilidade civil assumir papel de destaque nas estatísticas dos julgados nos Tribunais, dada a sua enorme abrangência temática, resultante, dentre outras razões, da imposição legal de que nenhum dano fique imune de reparação – *vide, v.g., arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil de 2002 (CC/02).*

Entretanto, para que surja a obrigação de reparação de danos, revela-se imprescindível a presença de alguns pressupostos, indicadores, ademais, se a responsabilidade

do agente é objetiva ou subjetiva. Sem embargo de divergências doutrinárias pontuais, os autores apresentam os seguintes elementos como essenciais a ensejar a responsabilidade civil do agente: a conduta (seja ela comissiva ou omissiva), o dano e o nexo de causalidade entre estes.

Tão importante quanto saber quais são os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil é conhecer o alcance de cada um desses elementos. Conforme já advertido, a dinamicidade da vida moderna tornou imperiosa a reparação de danos que outrora não eram salvaguardados pelo Direito. Historicamente, apenas danos diretos e tangíveis, tanto em relação às pessoas como em relação ao patrimônio, eram reparados. No entanto, diante do ineludível anseio social, o conceito de dano reparável foi ampliado, de forma profunda e significativa, de sorte a abarcar também causas intangíveis e emocionais. É, justamente, neste novo contexto que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance surge e se desenvolve.

## **2. A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO ESTRANGEIRO**

Segundo Rafael Peteffi<sup>1</sup>, o caso mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa ocorreu em 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento.

No sistema da *Common Law*, cita Rafael Peteffi<sup>2</sup>, a primeira aparição da teoria da perda de uma chance ocorreu em 1911, com o caso inglês *Chaplin v. Hicks*, cuja autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual impediu a autora

---

<sup>1</sup> PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 10.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

de participar da fase final do concurso, que consistia em uma apresentação perante um júri. As 50 finalistas estavam concorrendo a 12 prêmios distintos. Um dos juízes de apelação argumentou que, diante da “doutrina das probabilidades”, a autora teria vinte e cinco (25%) de chances de ganhar um dos prêmios.

Acerca da “doutrina das probabilidades”, urge trazer à baila o caso *Falcon v. Memorial Hospital*<sup>3</sup>, em que a Suprema Corte do Estado de Michigan julgou procedente a demanda indenizatória intentada pela família de uma gestante que havia adentrado naquele hospital para ter um bebê e logo após ter dado à luz acabou morrendo por embolia pelo fluido amniótico. A família intentou a demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem desse tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente de sobreviver à referida embolia.

A aplicação prática da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance ganhou impulso com base na jurisprudência da Corte de Cassação francesa. A *perte d'une chance* passou a ser aplicada, na década de 60, primeiramente com vistas à atividade médica. Foi utilizada em função da difícil comprovação dos elementos formadores da responsabilidade do profissional, sendo chamada de “teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”. Difundiu-se pela Europa, tendo sua aplicação estendida para outras hipóteses como na responsabilização do advogado pela perda do prazo para interpor recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses do seu constituinte, prejudicando-o, por exemplo.

No direito australiano, o *leading case* se deu na demanda entre as empresas *Sellers v. Adelaide Petroleum*<sup>4</sup>. Aqui, houve um típico caso de responsabilidade pré-contratual, no qual o réu estava negociando a compra de um lote substancial de ações do autor da demanda. Após

---

<sup>3</sup> WILLGING, apud, PETTEFI DA SILVA, op. cit., p. 11.

<sup>4</sup> FISHER, apud ibid., p.173.

ter feito uma proposta extremamente vantajosa, o réu desistiu da compra sem declinar qualquer motivo razoável. Com esta súbita e inadvertida desistência do réu, os demais pretendentes passaram a formular ofertas em condições muito menos vantajosas do que antes. Diante desse cenário, o tribunal australiano decidiu que a conduta culposa do réu havia retirado do autor a oportunidade de fechar um negócio muito mais rentável do que havia celebrado, mas, como a negociação com os outros interessados não era totalmente certa, condenou o réu a pagar pela probabilidade de 40% (quarenta por cento) daquilo que havia sido avençado originariamente.

Na Itália, segundo Raimundo Simão de Melo<sup>5</sup>, o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, no qual determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante se tenham submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão. Na demanda ajuizada, o juiz *a quo* reconheceu o direito de os autores serem admitidos, desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O Tribunal de Roma reformou a sentença, sob o argumento de que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, não demonstrado de forma segura. A Corte de Cassação reformou o acórdão do Tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria à obtenção do emprego, mas à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para obtenção do emprego. A conclusão do acórdão é a seguinte:

---

<sup>5</sup> MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 325-326.



O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável (...). No caso em análise, foi subtraída uma situação (possibilidade de se submeter às ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir.

Em resumo, portanto, percebe-se que neste caso não se vislumbra lesão ao direito subjetivo, mas, ao contrário, a lesão ocorre em relação a um direito em expansão, qual seja: a legítima expectativa dos trabalhadores de, realizadas as provas, serem admitidos ao emprego. Este dano não é comparado à perda da vantagem esperada – por exemplo, o salário que receberia caso fosse contratado – mas à mera possibilidade de conseguir o emprego.

Para a quantificação do dano, a decisão estabelece que será necessário utilizar como parâmetro as retribuições vencidas e vincendas a que ela faria *jus* se fosse contratado e sobre estas fazer incidir um coeficiente de redução que leve em conta a possibilidade de conseguir o emprego, recorrendo, para tanto, à liquidação equitativa.

A chance ou probabilidade, portanto, é também um bem patrimonial, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano atual e indenizável sempre que a sua existência seja provada ainda que segundo um cálculo de probabilidade, ou por presunção, isto é, se for possível demonstrar com certeza, ainda que somente relativa, e não absoluta, mas como tal suficiente.

Por fim, urge trazer à lume o caso *Fryers v. University of Ulster*<sup>6</sup>, enfrentado pela Corte de Apelação da Irlanda, no qual a autora logrou provar que foi impossibilitada de participar da última fase de um processo seletivo para obtenção de um emprego em razão de discriminação racial. A Corte entendeu que a autora possuía 25% (vinte e cinco por cento) de

---

<sup>6</sup> FISHER, apud op. cit., p.173.

chances de obter o referido emprego e a quantificação da indenização a que faria *jus* deveria observar esta probabilidade.

### **3. A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO PÁTRIO**

Inexiste previsão expressa na lei brasileira no que tange à aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. No entanto, seu fundamento de validade pode ser extraído na cláusula geral de responsabilidade estabelecida no artigo 5º, inciso V, da CRFB/88, que prevê indenização por dano material, moral ou à imagem.

Ratificando a disposição inserta no aludido texto constitucional, os artigos 186, 187 e 927 do CC/2002 também trouxeram uma cláusula geral de responsabilidade ao tratarem das conseqüências do ato ilícito dispondo que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Em complementação às referidas normas, o artigo 402 do Código Civil estabelece o dever de o ofensor reparar a vítima pelas perdas e danos, que estão consubstanciadas não somente naquilo que o credor efetivamente perdeu, mas, também, naquilo que razoavelmente deixou de lucrar.

Note-se, portanto, que o Código Civil brasileiro se utilizou de um conceito amplo de dano, sem delimitar quais seriam as espécies por ele abarcadas.

Exsurge daí, inclusive, uma enorme celeuma doutrinária quanto à classificação da perda de uma chance. Há quem entenda tratar-se de espécie de dano material; outros, espécie de dano moral; e, outros, ainda, como dano autônomo.

Para Gerson Luiz Carlos Branco<sup>7</sup> a perda de uma chance é um tipo especial de dano, em que há um deslocamento do vínculo causal para a perda de chance, constituindo esta, em

---

<sup>7</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da Responsabilidade Civil e do dano médico*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1996, p. 64.

si mesma, o próprio dano.

Entendimento semelhante compartilha Sérgio Savi<sup>8</sup>, para quem trata-se de dano em que não se indeniza a perda de um resultado favorável, que seria hipotético ante a incerteza que lhe é inerente, mas algo distinto. O que se indeniza é a perda da possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual já existia no patrimônio da vítima no momento em que ocorreu a lesão. Se a chance já fazia parte dos bens da vítima no momento da lesão, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente, ou seja, aquilo que a vítima efetivamente perdeu e não como lucro cessante.

Já para Raimundo Simão de Melo<sup>9</sup>, sendo a perda de uma chance enquadrada como dano material, que se subdivide em emergente ou lucro cessante, terá o demandante o *mister* de demonstrar, inequivocamente, que, se não fosse a existência do ato danoso, o resultado se teria consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que, frise-se, segundo ele, seria impossível.

Percebe-se, portanto, que tanto no dano emergente quanto no lucro cessante, exige-se da vítima a demonstração de um dano direto, tangível e certo. A demonstração de tais requisitos, para Raimundo S. de Melo, revelam-se incompatíveis com as hipóteses de perda de uma chance, que trabalha no campo do desconhecido, sendo o dano final, por definição, indemonstrável, ante a probabilidade, e não certeza, de obtenção do resultado aguardado. Daí a consideração feita pelo autor de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance não está fundamentada nem em um dano material ou moral, mas sim em um dano autônomo.

### 3.1 CONCEITO

Malgrado as múltiplas conceituações doutrinárias, pode-se sintetizar a chance ou

---

<sup>8</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 10.

<sup>9</sup> MELO, op. cit., p. 327-328.

oportunidade como a probabilidade de se obter um benefício futuro ou evitar uma perda.

Raimundo Simão de Melo<sup>10</sup>, por exemplo, assim leciona: “o sentido jurídico de chance ou oportunidades é a probabilidade de alguém obter um lucro ou de evitar um prejuízo”.

Já Gerson Luiz Carlos Branco<sup>11</sup> traz uma noção interessante sobre tema segundo a qual a perda de uma chance constitui-se numa zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que não mais se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não os ganhos ou se evitaria ou não certa vantagem, pois um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto nos pedidos das vítimas. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado. O valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado esperado.

Dessarte, como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção da oportunidade almejada.

Portanto, se chega a ilação de que se, por um lado, seria incabível uma indenização com base na vitória perdida ante a incerteza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em havendo exclusão dessa possibilidade, e sendo esta séria e real, de acordo com o caso concreto, tal fato, por si só, é suficiente para a configuração um dano jurídico certo e passível de indenização. A indenização, portanto, se dará em razão da chance e não dos resultados

---

<sup>10</sup> MELO, op. cit., p. 325.

<sup>11</sup> BRANCO, op. cit., p. 64.

perdidos.

Sobre esse tema, urge trazer à lume a percuciente reflexão feita por Kfouri Neto<sup>12</sup>:

o dano, na perda de uma chance, é incerto – pois a própria realização da chance jamais seria certa. Mas existe uma certeza, que justifica a indenização: esta chance de obter algo, ou de evitar uma perda, que se situa na ordem possível – se não provável – das coisas, não poderá mais se produzir.

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo – e certeza na probabilidade.

A chance perdida deve ser “séria”, ou “real e séria”. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Outrossim, a perda de chance é normalmente um dano presente, tendo em vista que a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso. A possibilidade, por si só considerada, é atual já no momento do fato lesivo, e quando se julga sobre esta perda, a situação é, normalmente, definitiva, cristalizada em todos os seus elementos, de modo que o dano já se verificou.

A importância de se considerar a perda de uma chance como um dano presente consiste em diminuir a dificuldade que se apresentava em relação à prova de certeza desta espécie de dano.

Quanto à certeza do dano, Maurizio Bocchiola<sup>13</sup> assim aduz:

Por outro lado, enquanto a completa realização da possibilidade e conseqüentemente o dano decorrente da perda da vantagem eventual não conseguida deva se considerar, pelas razões já vistas, indemonstrável em razão da incerteza que envolve os mesmos elementos constitutivos do lucro, o problema da certeza vem implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Neste caso, de fato, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre uma entidade já existente e pertencente ao sujeito, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano.

---

<sup>12</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.

13.

<sup>13</sup> BOCCHIOLA, apud SAVI, p. 19.

### 3.2. A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Vale ressaltar a dificuldade de fixação do valor da indenização eventualmente devida, uma vez que não há qualquer definição sobre o quanto vale uma chance. Não é tarefa fácil atribuir-se um valor econômico à perda da possibilidade de obtenção de um resultado, que não ocorre em razão da interrupção do curso normal dos acontecimentos, antes que se pudesse constatar se ele realmente se concretizaria. A mesma dificuldade é enfrentada na hipótese de fixação de valor para indenização de danos extrapatrimoniais, como o que atinge a honra, por exemplo, e nem por isso os magistrados se absterem de fazê-lo.

Alguns parâmetros deverão ser seguidos para se chegar a um justo valor indenizatório, tendo em vista o critério da razoabilidade. Parte-se, primeiramente, da premissa de que a chance perdida possui valor econômico e que, por isso, causa prejuízo à vítima, independentemente do resultado final que poderia ter sido atingido. Cabe ressaltar que essa indenização nunca poderá atingir um *quantum* idêntico ou superior ao que vítima obteria se não tivesse sido impedida, tendo em vista a incerteza da vitória, sob pena de se estar promovendo um enriquecimento sem causa, uma injustiça. Se assim fosse, seria mais vantajoso ser impedido de tentar buscar um resultado favorável do que correr o risco de seguir adiante e não lograr êxito.

Assim, o juiz deverá partir do valor do dano final, ou seja, do que poderia ter sido obtido e reduzirá esse valor proporcionalmente à porcentagem de chance real do lesado. Este, aliás, foi o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do conhecido caso do programa televisivo “Show do Milhão”.

Trata-se de um jogo de perguntas em que quem acertasse as respostas ganharia R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) como prêmio. No entanto, constatou-se que a produção do programa teria formulado uma pergunta de forma que não pudesse ser respondida,

caracterizando-se a prática de ato ilícito em razão de sua má-fé, nos termos do artigo 187 do Código Civil. O tribunal aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance arbitrando o valor de 25% sobre o valor total do prêmio, tendo em vista não caber a totalidade já que não se sabe se a pessoa acertaria a resposta. Levou-se em consideração a existência de quatro opções de resposta oferecidas pelo programa, sendo a sua chance aproximada de acerto de 1 em 4.

A despeito de causar estranheza a possibilidade de aferir-se algo eventual, vale lembrar que raciocínio semelhante é aplicado nos cálculos de indenizações por lucros cessantes em que, da mesma forma, não se tem certeza do que foi perdido, mas uma mera probabilidade, com base na verossimilhança. O que diferencia os institutos é que na indenização por lucros cessantes é levado em consideração um provável dano futuro, o que se deixa de lucrar e na perda da chance o dano é presente, ocorre no momento da perda de algo que já existia na ocasião da prática do ilícito.

Acerca dos critérios a serem utilizados na quantificação do valor reparatório pela perda de uma chance, mais uma vez, Kfoury Neto<sup>14</sup> presta importantes esclarecimentos:

[...] O montante indenizatório também deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ser evitadas. Na estipulação de tal montante, deve ser levada em conta a probabilidade de que tal sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima, ou seja, o juiz apreciará, então, não o valor global dos ganhos ou perdas, mas proporção deste valor que em concreto representa a frustração da chance, que é atribuível ao agente segundo as circunstâncias do caso.(...) Assim, se, por exemplo, a indenização integral atingiria cem mil francos, mas a vítima teve perdida uma chance, em duas razoavelmente possíveis, a indenização seria de cinquenta mil francos.

Em síntese, portanto, infere-se que, para o cálculo da indenização, o juiz deve, de forma equitativa, partir do dano final e fazer incidir sobre este um coeficiente de redução proporcional à efetiva probabilidade de obtenção do resultado esperado.

---

<sup>14</sup> KFOURI NETO, op. cit., p. 24 e 25.

#### 4. APLICAÇÃO DA TEORIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Malgrado a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance seja mais comumente suscitada em casos envolvendo profissionais liberais, especialmente médicos e advogados, sua aplicação no âmbito da Justiça do Trabalho, hodiernamente, é bastante ampla.

Vislumbra-se facilmente a sua incidência tanto na fase pré-contratual – em que promessas formuladas pelo empresário não são honradas, frustrando, assim, chances *sérias* e *reais* do trabalhador; quanto na fase contratual, em que doenças profissionais ou acidentes do trabalho, *verbi gratia*, frustram possibilidades de ascensão na carreira profissional.

Raimundo Simão Melo<sup>15</sup> apresenta diversos casos em que é possível vislumbrar a incidência da teoria da perda de uma chance no âmbito da Justiça do Trabalho, dentre eles:

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

Não se trata, como se observa, de lucro cessante nem de dano emergente, porque o candidato não foi ainda aprovado no concurso. O que ele tinha era uma expectativa de atingir o resultado esperado, ou seja, de concretizar aquele direito ainda em expansão.

Outra hipótese pode ocorrer em relação ao funcionário que, conforme as normas internas da empresa, estava prestes a obter uma promoção, a qual não se concretizou por conta de perseguições e de assédio moral praticados pelo chefe do mesmo. A pessoa assediada pode ter sido demitida ou pedido demissão do emprego porque não suportou o assédio. Nesse caso, há possibilidade de se discutir o pagamento de indenização pela perda de oportunidade de obtenção da promoção, que poderia ser efetivada não fosse aquele injusto dano contra ele assacado.

A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que esta seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo das probabilidades. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402) o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatar-lo deve o juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias

---

<sup>15</sup> MELO, Raimundo Simão de. *Indenização pela perda de uma chance*. *Boletim Jurídico*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 18 junho de 2013.



especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado. Mas, além disso, a reparação buscada pode ter por fundamento, como consequência, um dano moral à vítima do ato ilícito.

Um típico exemplo da incidência da aludida teoria na fase pré-contratual pode ser encontrado no Recurso Ordinário de nº 0204100-14.2009.5.01.0206, TRT/RJ, de lavra do ilustre Desembargador José Nascimento Araujo Netto, em que o Autor-recorrente aduz que no início do mês de setembro de 2009, submeteu-se a processo seletivo na empresa demandada, a fim de ser admitido na função de Motorista. Junto com outros 14 candidatos, alcançou êxito na aprovação, oportunidade em que entregou a sua CTPS à ré para a assinatura do contrato de trabalho. Aguardou, até o dia 06/10/2009, a formalização do contrato laboral, o que não se realizou. Nesse interregno, perdeu uma chance de emprego, ofertada por um amigo, que havia adquirido pequena frota de caminhões. A ré, em sua defesa, aduziu que o autor apenas participou de um processo seletivo, com o objetivo de ingressar em seu quadro de motoristas, e que fora reprovado, não havendo, portanto, que se cogitar em dever reparatório. Sustentou, ademais, que o simples fato de ter sido solicitada a CTPS do autor não implica, necessariamente, na garantia de sua contratação, até porque o mesmo não foi aprovado no processo de seleção. A r. decisão de 1º grau concluiu que a pretensão autoral não passou de exagerada expectativa criada pelo demandante, não havendo que se considerar a situação como direito adquirido, de modo a ensejar a reivindicação dos danos postulados na inicial. Ante a interposição do recurso ordinário pelo reclamante visando a reforma da aludida decisão, o ilustre desembargador assim decidiu em seu voto:

o simples fato de o autor ter se submetido a processo de seleção para ingressar nos quadros de empregados da empresa demandada e ter entregue a esta sua CTPS, por si só, realmente, não autoriza concluir que a certeza da contratação para ele se fazia evidente. Todavia, havendo a aprovação no processo seletivo e a tradição da CTPS à empresa, por certo, aflora no candidato o sentimento de garantia da contratação. Aliás, nesse aspecto, o fato de a empresa demandada ter solicitado a CTPS do candidato, questão incontroversa nos autos, revela a intenção, sim, de formalizar a

contratação laboral. Caso a empresa tivesse a intenção de extrair dali alguns dados do candidato, poderia tê-lo feito mediante a xerox do referido documento, preenchimento de formulário de inscrição para o processo seletivo, ou até mesmo mediante solicitação de um currículo. A solicitação da CTPS, com a sua retenção, limita a possibilidade de o candidato se lançar no mercado de trabalho, caracterizando a chamada perda de uma chance, teoria adotada pela doutrina francesa (perte d' une chance), aplicada com frequência pelos nossos Tribunais. Dita teoria, conforme bem apontado por Adriano Godinho, “diz respeito à possibilidade de se pagar indenização a uma pessoa que, embora não possa provar ter sofrido danos em concreto, demonstra ter sido privada da mera possibilidade de consolidar um direito ou de evitar algum prejuízo” - o que ocorreu no caso em exame, como acima visto. Dessa forma, e considerando o que preceituam os arts. 186, 402, 927, 948 e 949, do Código Civil, segundo os quais é assegurada à vítima a possibilidade de reparação de qualquer dano injusto, é de se impor à empresa demandada a obrigação de pagar ao autor a indenização equivalente a R\$2.000,00, valor este que se aproxima da remuneração indicada às fls. 03 da inicial, que não foi objeto de contestação por parte da Ré.

Em um caso semelhante ao anteriormente acostado, o ínsigne Desembargador Federal do Trabalho Marcelo Augusto Souto de Oliveira, nos autos do Recurso Ordinário de nº 0000723-93.2010.5.01.0073, TRT/RJ, assim ponderou e decidiu:

As partes devem, mesmo durante a fase das tratativas que antecedem a contratação em si, guardar respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que nada mais é do que a imposição de um padrão de conduta pautado pela ética da igualdade e da solidariedade. Exige-se, assim, cooperação recíproca, transparência e lealdade dos sujeitos da futura relação obrigacional. A inobservância desses paradigmas por uma das partes representa a quebra de um dever legal a gerar, caso preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil, a obrigação de indenizar. (...) Nesse sentido, prevê o art. 422 do CC que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Ressalte-se que, em que pese a redação aparentemente restritiva do dispositivo, os princípios em tela são de observância obrigatória pelos contratantes também nos momentos que antecedem a efetivação do contrato, bem como após a sua conclusão. (...) Por conseguinte, é possível concluir que as partes devem, mesmo durante a fase das tratativas que antecedem a contratação em si, guardar respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que nada mais é do que a imposição de um padrão de conduta pautado pela ética da igualdade e da solidariedade. Exige-se, assim, cooperação recíproca, transparência e lealdade dos sujeitos da futura relação. A inobservância desses paradigmas por uma das partes representa a quebra de um dever legal a gerar, caso preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil, a obrigação de indenizar. (...) No caso dos autos, a reclamada não nega os fatos indicados na petição inicial, aduzindo tão somente que a narrativa não gera dano moral passível de indenização. Porém, é possível verificar que o conjunto de ações da reclamada, que considerou o autor apto no processo seletivo e determinou sua apresentação em dia certo para o início do labor e anotação da CTPS, demonstram que a contratação não era mais uma mera possibilidade, mas um fato certo aos olhos do obreiro, que acreditou nas promessas da empresa. A expectativa do reclamante viu-se, contudo, frustrada, uma vez que ré, sem qualquer justificativa plausível, no dia em que deveria se iniciar a prestação de serviços, recusou-se a contratá-lo. (...) No presente caso, entendo que a conduta da reclamada, de enganar o reclamante com falsa garantia de emprego sem, contudo, efetivar a contratação, é de fato reprovável e constitui comportamento

ilícito passível de responsabilidade por dano moral. E não tenho dúvida de que essa conduta é capaz de gerar no homem médio a dor íntima que justifica a indenização reparatória. Portanto, entendo estar correta a sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais. Ademais, reputo razoável o valor fixado à condenação (R\$ 5.000,00) em atendimento ao princípio da razoabilidade, consubstanciado na capacidade financeira do ofensor, na necessidade de impor condenação pedagógica, no grau de ofensividade da conduta e na imperatividade do respeito à dignidade humana. Nego provimento ao apelo da reclamada.

## **CONCLUSÃO**

O presente artigo teve por escopo abordar os principais aspectos da teoria da perda de uma chance. Assim, a partir da análise de como ela é enfrentada no direito estrangeiro e da pontuação dos pilares da responsabilidade civil como um todo, houve a exposição de como a referida teoria é abordada pelo direito pátrio, e, finalmente, em particular, pela Justiça do Trabalho.

O tema responsabilidade civil pela perda de uma chance é de fulcral importância, dado que corresponde à necessidade premente de proteção à pessoa humana, atendendo, assim, aos anseios sociais de justiça do homem hodierno. Em um Estado de Direito, a reparação dos danos oriundos de uma ação lesiva, revela-se imprescindível para cumprir o próprio escopo do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade. A dinâmica das relações sociais exige dos estudiosos e operadores do direito, uma adequação constante à realidade, na medida em que novas situações surgem. Dessarte, faz-se mister conferir à responsabilidade civil flexibilidade suficiente para, em qualquer época e em qualquer lugar, independentemente de novas técnicas, de novas atividades, ser assegurada a sua finalidade de restabelecer o equilíbrio afetado pelo dano, não permitindo, assim, que alguém que tenha tido um direito seu violado fique sem a devida reparação.

Dessarte, conquanto a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance se situe no campo das probabilidades, evidenciou-se, com o presente estudo, a imperiosidade do reconhecimento de que a chance perdida, desde que seja séria e real, precisa ser indenizada. Entretanto, urge ressaltar que os Tribunais devem ser prudentes e criteriosos na sua utilização, sob pena de se banalizar o instituto.

## **REFERÊNCIAS**

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

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER, David. *Tort recovery for loss of a chance*. Wake Forest Law Review, Fall, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalhador e a Saúde do Trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007.

WILLGING, Kevin Joseph. *Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions*. Journal of Contemporary Health Law and Policy, Spring, 1993.