



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO

JÉSSICA CATARINE SOUZA DE JESUS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA
DE UMA CHANCE NO ACIDENTE DE TRABALHO**

Salvador
2019

JÉSSICA CATARINE SOUZA DE JESUS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA
DE UMA CHANCE NO ACIDENTE DE TRABALHO**

Monografia apresentada no curso de especialização em direito do trabalho e processo do trabalho a Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção de grau de especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2019

JÉSSICA CATARINE SOUZA DE JESUS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA
DE UMA CHANCE NO ACIDENTE DE TRABALHO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista e direito e processo do trabalho, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019

Dedico este trabalho ao meu noivo e a minha família por sempre acreditarem no meu potencial e principalmente pela compressão nos momentos em que estive ausente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, grande mestre na minha vida, por sempre me sustentar e demonstrar que sou capaz de ir cada vez mais longe.

A minha mãe Rosimere, mulher de fibra, pelas apostas depositadas em mim e por todo o seu carinho nos momentos que pensei em desistir.

Ao meu pai Ailton por acreditar no meu objetivo e por todos os esforços empenhados nessa conquista.

Aos meus irmãos Sheina, João, Pedro e ao meu afilhado Arthur, pelos momentos de alegria e descontração que puderam me proporcionar em momentos de tensão.

Ao meu noivo e futuro marido Caio Macieira, pela compreensão nos momentos em que me fiz ausente, por ser o meu grande incentivador, companheiro e por todo o amor que me é depositado.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos(as) e familiares que de alguma maneira, direta ou indiretamente, contribuíram para que esse ideal fosse alcançado.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como propósito a análise da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) no Direito do Trabalho, mais especificamente no que tange ao acidente de trabalho. São inúmeras as perquirições de pleitos indenizatórios pecuniários, entretanto, fazem-se necessário a diferenciação dos meros dissabores sofridos para as situações sérias e reais de cunho vexatório. Para tanto, esta pesquisa aborda temas relacionados aos dois grandes focos em análise, passeando por institutos de grande importância para o direito laboral como meio ambiente do trabalho, segurança e saúde no trabalho e do trabalhador, acidente de trabalho, responsabilidade civil, teorias da reparação do dano e a teoria da perda de uma chance. Desse modo, o presente trabalho traz uma análise da teoria da reparação pela perda de uma chance e sua aplicabilidade nos casos de acidente de trabalho, sob à luz de princípios constitucionais que expressam o valor social do trabalho, a proteção do trabalhador e a busca pela melhoria de sua condição social. A responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instituto que visa à reparabilidade da perda de uma vantagem ou de um prejuízo que poderia ser evitado caso a conduta danosa não tivesse ocorrido. Destina-se, pois, à reparação de chances sérias e reais. Assim, o objetivo é, portanto, trazer a discussão da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito da Justiça do Trabalho, demonstrando os entendimentos atuais desta justiça especializada e da doutrina, bem como harmonização dos institutos analisados neste trabalho.

Palavras-chave: acidente de trabalho; perda de uma chance, responsabilidade civil; meio ambiente do trabalho; segurança e saúde do trabalhador.

ABSTRACT

The present monographic work has as purpose the analysis of the applicability of the theory of the loss of a chance (*perte d'une chance*) in the Labor Law, more specifically with regard to the work accident. There are innumerable requests for pecuniary indemnity suits, however, it is necessary to differentiate from the mere sorrows suffered for serious and real situations of vexatious nature. In order to do so, this research deals with issues related to the two major focuses in analysis, walking through institutes of great importance for labor law as work environment, occupational safety and health, work accident, civil liability, repair theories of harm and the theory of losing a chance. Thus, the present work brings an analysis of the theory of reparation by the loss of a chance and its applicability in cases of work accident, under the light of constitutional principles that express the social value of the work, the protection of the worker and the search for the improvement of their social condition. Civil liability for the loss of a chance is an institute aiming at reparability of loss of an advantage or injury that could be avoided had the harmful conduct not occurred. It is therefore intended to repair serious and real odds. Thus, the objective is to bring the discussion of the applicability of the theory of loss of a chance within the scope of Labor Justice, demonstrating the current understandings of this specialized justice and doctrine and the harmonization of the institutes analyzed in this work.

Keywords: work accident; loss of a chance, civil liability; work environment; safety and health of the worker.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT.	Consolidação das Leis do Trabalho
EPI	Equipamento de Proteção Individual
Min.	Ministro
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PCMSO	Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
PNSST	Programa Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho
Rel.	Relator
SESMT	Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.2	CONCEITO.....	17
2.3	PRESSUPOSTOS.....	18
2.3.1	Conduta.....	19
2.3.2	Dano	21
2.3.3	Nexo de Causalidade	23
2.3.4	Culpa	25
2.4	RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA	27
2.5	O DANO MORAL.....	28
2.6	O <i>QUANTUM DEBEATUR</i> DO DANO	32
3	RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	35
3.1	NOÇÕES GERAIS	35
3.1.1	Evolução histórica.....	36
3.1.2	Conceito	40
3.1.3	Requisitos	41
3.1.3.1	Chances sérias e reais	41
3.1.3.2	Nexo de causalidade	42
3.1.3.3	Quantificação do dano.....	43
3.2	A DISTINÇÃO ENTRE A PERDA DE UMA CHANCE DA NOÇÃO DE LUCRO CESSANTE E DOS DANOS MORAIS EM GERAL	46
4	MEIO AMBIENTE DO TRABALHO	50
5	SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO	56
6	ACIDENTE DE TRABALHO	59
7	APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO	61
8	CONCLUSÃO	76
	REFERÊNCIAS.....	79

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da possibilidade da aplicação da teoria pela perda de uma chance no âmbito da justiça do trabalho, especificadamente nos casos de acidente de trabalho.

Para demonstração da possível aplicabilidade da teoria, a pesquisa perpassou por diversas etapas.

No primeiro capítulo, inicialmente, demonstra-se a importância da teoria geral da responsabilidade civil, tendo em vista ser um ramo do direito civil apreciável por outras áreas jurídicas. Diante disso, analisa-se primeiramente toda a evolução histórica desse ramo jurídico demonstrando desde a aplicação da retaliação coletiva, passando pela Lei do Talião até a composição atual pecuniária.

Posteriormente, abordou-se a denominação dada à responsabilidade civil, respaldando todo o entendimento em doutrina consolidada. Em seguida, verifica-se a análise detalhada dos pressupostos elementares para a configuração da teoria, quais sejam: conduta, dano,nexo de causalidade e o último elemento acidental, a culpa.

Mais à frente trouxe-se a diferenciação existente entre as espécies de responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva. Demonstrando que a primeira pauta-se na ideia da teoria do risco, enquanto que a segunda somente irá existir quando a presença do elemento culpa na conduta do agente causador do dano estiver vigente.

Nos últimos tópicos do primeiro capítulo, destinou-se a dissecar todo o reconhecimento dado ao dano moral, passando pelo conceito até a sua quantificação. De antemão, determinou-se os bens que são aferíveis pelo dano moral, já que diferentemente do dano material/patrimonial não são aferíveis economicamente.

Quanto ao reconhecimento do dano moral, resta claro que os danos morais não podem ser oriundos de qualquer dissabor ou desconforto, pois para a aplicação da indenizabilidade faz-se necessário a comprovação de verdadeiros danos a direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Além disso, a quantificação do dano somente será justa e razoável quando apenas atender ou compensar o que foi lesionado, sem que com isso possa ocasionar o enriquecimento ilícito do sujeito vitimado.

No segundo capítulo, aborda-se a teoria pela perda de uma chance, que foi determinada a partir do reconhecimento de novas formas de reparabilidade trazida

pela Constituição Federal de 1988. Para a demonstração do tema se perpassou por toda a análise histórica do direito comparado até a concepção adotada pelos dias atuais na doutrina e jurisprudência brasileira.

Ademais, elucidou-se o conceito e os requisitos necessários para existência da teoria. No que tange aos requisitos, fincou-se que apenas as chances sérias e reais de se obter uma vantagem e de se evitar um prejuízo podem ser passíveis de reparabilidade. Afastando-se as chances meramente hipotéticas e eventuais.

Com relação ao nexos de causalidade na perda de uma chance, percebe-se que não se analisa o resultado final, já que este é incerto. Observa-se a chance perdida vista como um dano em si. Outro aspecto importante, que chama atenção, é a relativização do nexos de causalidade.

Quanto à quantificação do dano, não recairá sobre o resultado final e, sim, pela probabilidade existente, por conta do resultado ser incerto. Além disso, aponta-se que o valor será sempre inferior a vantagem esperada e o que foi definitivamente perdido pela vítima. Entretanto, em alguns casos quando não se faz possível a adoção da probabilidade haverá uma discricionariedade por parte do juiz para que haja de forma equitativa em busca de uma flexibilização da quantificação da chance perdida, utilizando-se o juiz, dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade para estipular o *quantum* indenizatório.

E para encerrar o segundo capítulo, discute-se a questão da natureza jurídica da perda de uma chance, em que aborda as divergências doutrinárias quanto à classificação como lucros cessantes, ou danos emergentes, ou danos morais ou dano autônomo.

No terceiro capítulo, apresenta-se breve histórico, conceituação, princípios e bases legais acerca do meio ambiente de trabalho. Em capítulo posterior, reservasse algumas linhas destinadas à segurança e saúde do trabalhador, com conceitos, princípios e ideologias importantes para a concretização deste trabalho e que serviram de base para o desenvolvimento dos argumentos lançados até a conclusão.

Em seguida, serão expostas noções gerais e breves conceitos sobre acidente de trabalho.

E, por fim, nos últimos capítulos desta monografia, o objeto principal deste, qual seja a teoria da perda de uma chance no direito brasileiro e, posteriormente, como capítulo conclusivo, a aplicabilidade desta teoria no direito do trabalho, em específico no que toca ao acidente de trabalho, trazendo contribuição de diversos doutrinadores

e jurisprudências. Com argumentos conclusivos e com base em pesquisas na doutrina especializada sobre os temas supramencionados, interpretação de normas jurídicas e julgados atuais aplicadas aos casos concretos envolvendo os assuntos em análise, apresenta-se um trabalho monográfico crítico e com visão abrangente em relação à proteção do trabalhador e aos princípios constitucionais inerentes a estes sujeitos naturalmente hipossuficientes.

Assim, o objetivo deste trabalho é, portanto, demonstrar que o trabalhador ainda se encontra vulnerável socialmente e juridicamente frente ao autoritarismo do empregador, atraindo para si perigos que jamais conseguirão ser recompensados. É nesta senda que se apresenta uma breve exposição que mescla conceitos relacionados ao meio ambiente do trabalho, saúde e segurança do trabalhador e acidente do trabalho, noções de natureza civilista sobre responsabilidade civil do empregador, suas correntes e teorias, e, por fim, a teoria da perda de uma chance, seu conceito, natureza jurídica, aplicações no direito brasileiro e, em especial, na justiça do trabalho com o fito de se obter indenização em decorrência de acidente de trabalho.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um fascinante tema e possui grande relevância jurídica, haja vista que não é assunto exclusivo do âmbito do direito privado, sendo também apreciável por outros ramos do direito.

O objetivo desse primeiro capítulo é detalhar de forma clara e precisa todos os aspectos relevantes dessa teoria.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil perpassou por diversas etapas até chegar à sua concepção atual.

O direito romano foi um grande incentivador e percussor da teoria geral da responsabilidade civil.

Nos primórdios, a responsabilidade era vista como um aspecto de vingança coletiva em que toda ofensa ou dano ocasionado ao ofendido gerava uma reação coletiva contra o agressor, caracterizando, assim, uma retaliação coletiva.

Logo em seguida, essa visão de desforço coletivo foi substituída por uma reação individual, ou seja, uma vingança privada. Esta trazia a ideia de justiça feita com as próprias mãos, marcada pela lei do Talião, em que imperava a concepção do “olho por olho, dente por dente”, bem como, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”.¹ Portanto, nessa época, o traço marcante era que o agressor pagaria com o seu próprio corpo, ocorrendo uma penalidade pessoal.

Importante ressaltar que, nesta fase em que ocorria a aplicação da pena do Talião, não havia distinção da responsabilidade civil para a responsabilidade penal. Aqui, as duas responsabilidades acabavam se fundindo.

Mesmo com a edição da lei das XII Tábuas, que foi um marco no direito civil romano, ainda era possível se visualizar a aplicação da pena do talião. Entretanto, com o passar do tempo, o poder público começou a intervir na aplicação desta pena sendo responsável por permiti-la ou proibi-la.

Mais tarde, ainda com a Lei das XII Tábuas em vigor, viu-se que seria muito mais vantajoso e racional a substituição da pena do talião pela composição tarifada,

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7, p. 26.

iniciando, assim, o período em que a lei fixava o valor a ser pago pelo causador do dano.

Diante dessa evolução, surgiu, então, o grande marco da história da responsabilidade civil, que foi a *Lex Aquilia damno*, em que, a partir de então, começou a se deixar de lado por completo a visão da vingança pessoal e passou a se adotar a “composição pecuniária” como forma de responsabilizar o agressor.

Segundo aponta Maria Helena Diniz:

[...] A *Lex Aquilia damno* veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo com base no estabelecimento do seu valor. Esta lei introduziu a *damnum injuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante.²

Foi a partir da ideia de monetarização do dano, trazida pela *Lex Aquilia damno*, que se afastou por completo a aplicação da pena do talião, bem como a substituição da multa fixa por uma capaz de ser proporcional ao dano causado.

A partir dessa evolução ocasionada pela lei aquiliana, começou-se a inserção do elemento culpa como elemento primordial para a aplicação da responsabilidade subjetiva. Ou seja, para imputação da responsabilidade o agente causador do dano deveria ter agido com dolo ou culpa.

Desse modo, a partir de então, o elemento culpa passou a ser primordialmente importante para que pudesse se falar na responsabilidade subjetiva, tornando-se teoria clássica desde o Código Civil de 1916, com o antigo dispositivo 159, até os dias atuais com a vigência do novo e atual Código Civil brasileiro de 2002, consagrado no artigo 186.

Entretanto, com o passar dos anos, o elemento culpa tornou-se insuficiente para abarcar todas as situações, haja vista que os danos só aumentavam por conta da impossibilidade de demonstração do elemento (culpa) em todas as condutas.

Com isso, diante do crescente processo de industrialização, ocasionado no fim do século XIX e início do século XX, o elemento culpa se tornou insuficiente para aplicação da responsabilidade civil. Na sociedade moderna, diante das

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7, p.27

transformações ocorridas, nem sempre seria possível imputar a alguém a responsabilidade apenas quando o elemento culpa estivesse presente.

Como afirmam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Todavia, tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico.³

Por conta da impossibilidade da teoria da responsabilidade subjetivista abranger todas as hipóteses, surgiu, então, a teoria objetiva, sendo esta capaz de atribuir a responsabilidade independentemente da existência de culpa, apenas bastando a presença da relação de causalidade entre a ação e o dano.

Sílvio de Salvo Venosa expõe:

A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou a criação da teoria do risco, com várias matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda a diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada teoria do risco criado e do risco benefício. O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona.⁴

O Código Civil de 2002 inovou ao reconhecer em um artigo específico a responsabilidade civil objetiva, com a seguinte redação:

Art. 927. [...]

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.⁵

Esta teoria é calcada na ideia de risco da atividade do agente, ou seja, quem cria a atividade perigosa deve ser responsabilizado.

Na teoria objetiva, não se faz necessário que o agente prejudicado demonstre a existência da culpa, pois o ato ilícito é suficiente para imputação da responsabilidade.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 56.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil responsabilidade civil** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.4,p. 13.

⁵ BRASIL. Lei nº 10.206, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

2.2 CONCEITO

O ser humano é dotado de autonomia para a prática de atos em sociedade. Entretanto, também se torna responsável quando esses atos praticados infringem a esfera de terceiros. Assim, quando determinada pessoa em sociedade acaba por extrapolar a sua liberdade ocasionando dano na esfera de terceiro, deverá arcar com as consequências advindas do seu ato, seja o mesmo decorrente de um descumprimento de um dever de conduta, ou até pelo descumprimento de uma obrigação.

Esse comportamento que contraria um dever legal ou até mesmo o descumprimento de uma obrigação faz surgir para o autor do ato lesivo, no âmbito cível, a responsabilidade civil, o que acarreta ao ocasionador do dano o dever de recompor o patrimônio do lesionado.

Consoante Carlos Roberto Gonçalves:

Toda a atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.⁶

Responsabilidade, portanto, é o compromisso de reparar, que assume o causador do dano perante outrem. Este dano ocasionado pode ser de ordem material como moral. O dano de cunho material atinge o patrimônio, já o moral será aquele que atingirá a honra, a dignidade e a personalidade do indivíduo. Portanto, é uma conduta indenizável em decorrência de um cometimento de um ato ilícito.

Ressalte-se que nem sempre a conduta será atrelada apenas a um ato ilícito, pois, excepcionalmente, poderemos ter a imputação da responsabilidade sem que haja o cometimento de ato ilícito, já que pode ocorrer através de um ato lícito, como será demonstrado em momento oportuno.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho prelecionam:

[...] que a *noção jurídica de responsabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. v. 4, p. 19.

preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, desta forma, às consequências do seu ato (Obrigação de reparar).⁷

O instituto da responsabilidade se parece muito com o da obrigação, porém, eles se diferenciam, já que enquanto, a obrigação, está calcada na ideia de dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que é a consequência da violação do primeiro.⁸

A responsabilidade não está restrita apenas ao Direito Civil, pois ela se aplica a diversas áreas do direito, como o direito penal, o direito administrativo e o âmbito consumerista, por exemplo.

Portanto, a responsabilidade civil é a reparação de danos injustos, resultante de uma inobservância de um dever de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado.

Saliente-se que, em alguns casos, independentemente de haver a ocorrência do dano, não haverá o dever de indenizar, são as excludentes de ilicitude como no exercício regular de um direito, legítima defesa, estado de necessidade, caso fortuito e força maior, fato de terceiro e, culpa exclusiva da vítima.⁹

2.3 PRESSUPOSTOS

Na responsabilidade civil, existem alguns elementos primordiais em que, sem estes, não será possível se falar em imputação da responsabilidade. Desse modo, para configuração, se faz necessária a presença da conduta (omissiva ou comissiva), o dano (patrimonial ou moral), o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 53.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

⁹ As excludentes de ilicitude ocorrem quando o nexo de causalidade que é o vínculo existente entre o dano e o seu fato gerador, deixa de existir por conta de fato exclusivo de terceiro, ou estado de necessidade, pelo estrito cumprimento de um dever legal, por legítima defesa, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima. A culpa exclusiva da vítima ocorre quando ficar demonstrado que o evento danoso teve como causa a conduta da própria vítima, já o fato de terceiro ocorre quando se pode demonstrar que o fato danoso é responsabilidade de uma terceira pessoa que não é a vítima nem o causador aparente. O estado de necessidade ocorre quando o agente reage a uma situação tentando evitar algo pior. A legítima defesa ocorre quando o agente encontra-se em uma situação de uma injusta e iminente agressão em que não é obrigado a suportar. O estrito cumprimento de um dever legal quando ao sujeito é emanado a uma obrigação em que ele tem o dever de cumprir. Por último, o caso fortuito e força maior que ocorre quando o dano ocasionado escapa do controle do agente. Desse modo, existente um dos elementos acima transcritos, não se é possível falar em responsabilidade civil.

resultado ocasionado na vítima, e, por fim a culpa (elemento imprescindível apenas para a caracterização da responsabilidade subjetiva).

2.3.1 Conduta

Com relação ao primeiro elemento que é a conduta, conceitua-o Sérgio Cavalieri Filho como “O comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.¹⁰

Então, extrai-se de logo que a conduta ocorre de maneira positiva ou negativa, através de uma ação ou inação do ser humano que seja capaz de ocasionar um ato lesivo.

Além de a conduta humana ser positiva ou negativa (omissão), deve ser voluntária. Consoante, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02) preceitua “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O elemento volitivo é de grande relevância, uma vez que aquele que age sob coação de outra pessoa, não tem como expressar realmente a sua vontade, apenas servindo como instrumento para produção do resultado. Assim, concluem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “vê-se, portanto, que sem o condão da *voluntariedade* não há que se falar em ação humana, e, muito menos, em responsabilidade civil.”¹¹

Além da voluntariedade, o mesmo dispositivo traz também como um segundo requisito da conduta humana que o ato deverá ser ilícito, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico. A ilicitude ocorre quando o ato é contrário ao disposto na ordem positivada.

Rui Stoco expõe, “[...] para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem”.¹²

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p.74.

¹² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 94.

Entretanto, importante salientar que a ilicitude deve ser considerada como regra geral, mas, como toda a regra que comporta a sua exceção, não se pode deixar de suscitar que, apesar disso, existem casos em que o dever de indenizar pode existir sem a presença da conduta ilícita ou antijurídica, ou seja, pode haver o dever de indenizar a partir de uma conduta lícita, através de imposição legal.

A licitude do ato apenas poderá existir como exceção, pois em regra a atitude deve ser pautada na ilicitude e na antijuridicidade, apenas em casos excepcionais quando se tratar de imposição legal.

Portanto, como salientam os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] Por isso, ressalte-se, como imperativo de rigor metodológico, que, por se tratar de uma situação excepcional (embora com hipóteses facilmente encontráveis no ordenamento jurídico), a responsabilização civil por ato lícito depende sempre de norma legal que a preveja.¹³

Outrossim, existem aqueles que são responsabilizados de forma indireta, na qual são obrigados a indenizar sem ter sido o ocasionador direto do dano, são os danos ocasionados por ato de terceiro ou por fato do animal e da coisa.

Dessa maneira, o CC/02 além de imputar a responsabilidade aqueles que ocasionaram o dano por ato próprio reconhece da mesma forma a responsabilidade indireta.

Então, a responsabilidade pode ser atribuída àqueles que não agirão de maneira direta sobre o dano, mas são responsáveis por estarem ligados de algum modo com a conduta do terceiro.

Observe-se o que disciplina o CC/02 sobre a responsabilidade civil por ato de terceiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
 I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
 II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
 III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão deles;
 IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p.79.

V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente garantia.¹⁴

Logo, no artigo 932 do CC/02, o legislador estabeleceu os sujeitos determinados que assumirão a responsabilidade indireta, haja vista que por fato próprio a responsabilidade é a pessoal do causador do dano.

A responsabilidade decorrente de fato de animal está prevista no artigo 936 do CC/02.¹⁵ Ocorre quando o animal causa algum dano patrimonial ou físico à terceiro, e, por conta disso, o seu dono, por consequência, irá arcar com os prejuízos ocasionados.

Equivalente a isso é a responsabilidade decorrente de danos causados por coisa inanimada, prevista nos artigos 937 e 938 do mesmo diploma.¹⁶ Um exemplo disso é o caso de um objeto que cai da varanda de um apartamento. Se o objeto cai e esse vem a causar danos materiais a outrem, o dono do apartamento será responsabilizado.

2.3.2 Dano

O segundo elemento necessário para configuração da responsabilidade civil é a verificação do dano, seja ele de ordem moral ou material, pois sem a prova do dano fica impossível haver o dever de indenizar, não podendo, assim, se falar em responsabilidade.

Consoante preleciona Maria Helena Diniz:

[...] Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja o pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.¹⁷

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.206, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

¹⁵ CC/02. Art. 936: O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por esse causado, se não comprovar culpa da vítima ou força maior.

¹⁶ CC/02. Art. 937: O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

CC/02. Art. 938: Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 77.

Nesta senda, para se falar em dano, é necessário se ter a violação a um bem patrimonial ou extrapatrimonial seja ele contra pessoa física ou jurídica. Sem isso, não é possível se falar em dano. Além disso, não basta apenas uma mera presunção do dano, e sim a certeza de que houve um prejuízo, pois um dano meramente hipotético não é capaz de ensejar uma reparação nem muito menos se falar em responsabilidade civil.

Além da concretude do dano faz-se necessário que o mesmo seja subsistente, ou seja, no momento que se falar em dano, ele deve existir, pois, se este já estiver sido reparado espontaneamente pelo lesante, não poderá se falar em reparação de dano.

O dano patrimonial também denominado de material é aquele que atinge o patrimônio economicamente aferível da vítima, como se trata de uma avaliação em pecúnia, este pode ser restituído de maneira natural, bem como restituição específica da situação anterior a lesão.¹⁸

O CC/02 no artigo 402¹⁹ reconhece as duas espécies de dano patrimonial que são a figura dos lucros cessantes e dos danos emergentes. Enquanto, os lucros cessantes correspondem ao que se deixou de lucrar, os danos emergentes, dizem respeito ao que efetivamente se perdeu.

No que tange ao dano moral, a lesão corresponde a interesses não patrimoniais, já que não possui conteúdo aferível economicamente. O dano aqui traz um prejuízo psíquico, moral e intelectual da vítima.²⁰

Flávio Tartuce aduz que “A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira”.²¹

Portanto, o dano moral requer um pouco mais de cautela, já que aqui não são lesões a bens patrimoniais com aferição econômica, e, sim, lesões aos direitos da personalidade.

Além dos danos patrimoniais/materiais e os danos morais, a doutrina brasileira também chama atenção para outra espécie de dano como o chamado reflexo ou em

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

¹⁹ CC/02. Art. 402: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 106.

²¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Método, 2011, p. 428.

ricochete desenvolvido pelo direito francês, que consiste na lesão que atinge reflexamente pessoas ligadas diretamente à vítima.

Com relação à reparação do dano, existe uma diferenciação entre o dano material e o dano moral, já que os bens jurídicos tutelados são distintos. No dano material, a aferição do mesmo se torna mais fácil que é a reposição natural através do *status quo ante* ou quando não se é possível um valor em pecúnia correspondente.

Porém, no dano moral requer-se cautela, pois não é possível se falar em reposição natural, sendo necessário um montante pecuniário arbitrado em juízo que possibilite à vítima uma compensação do dano sofrido, com intuito de desestimular o ofensor para que não venha a praticar o ato novamente.

2.3.3 Nexo de Causalidade

O terceiro elemento para configuração da responsabilidade civil é o nexos de causalidade, que consiste na existência de um elo entre a conduta e o dano ocasionado. Consoante assevera Carlos Roberto Gonçalves, “se houver o dano, mas a causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente relação de causalidade e também obrigação de indenizar.”²²

Existem três teorias para explicação do nexos de causalidade: a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada, e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A primeira teoria da equivalência de condições expõe que todos os fatores causais se tornam importantes e relevantes para atribuição do fato danoso. Ou seja, para essa teoria, todos os elementos, sejam eles ocorridos antes do fato danoso ou posterior ao mesmo, de maneira que tudo que concorra para o evento, será considerado causa. Essa não faz distinção entre causa e condição. O problema dessa teoria é que se chegaria a uma investigação ao infinito, já que tudo pode ser considerado relevante para o fato danoso.²³

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. .v. 4, p. 54.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 140.

A segunda teoria é um pouco mais detida do que a anterior, pois aqui nem tudo é considerado relevante para caracterização do fato, apenas aquelas classificadas como adequadas.

Sobre a segunda teoria, a lição de Fernando Gaburri et al.:

[...] a teoria da causalidade adequada estabelece que causa é tão somente aquele antecedente mais adequado à produção do resultado. De todas as condições consideradas necessárias à produção do evento, destaca-se aquela que é mais apta: a causa.²⁴

A terceira teoria é denominada de teoria da interrupção do nexa causal ou teoria da causalidade necessária. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.²⁵

Dentre as teorias, a teoria da equivalência das condições é adotada pelo Código Penal Brasileiro disposto no artigo 13 do diploma.²⁶ Entretanto, na órbita cível existe uma discussão doutrinária sobre o assunto.

Para uma parte da doutrina a teoria adotada é a teoria da causalidade adequada, como Cavalieri Filho, que é adepto a esta teoria, sustenta:

Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo em sede de responsabilidade civil nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado.*²⁷

Porém, existe outra parte da doutrina que sustenta que a teoria utilizada é o da causalidade direta e imediata, consoante ensinam Stolze e Pamplona:

²⁴ GABURRI, Fernando et. al. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 5, p.47-48.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 144.

²⁶ CP/40. Art. 13: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 52.

Alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a *teoria da causalidade direta ou imediata* (teoria da interrupção do nexos causal), na vertente da causalidade necessária. E a essa conclusão chegamos ao analisarmos o art. 403 do CC/02 [...].²⁸

Logo, a questão da teoria adotada ainda é relativa, já que existem divergências dentre os doutrinadores.

2.3.4 Culpa

Como último pressuposto para configuração da responsabilidade civil, tem-se o elemento culpa que se faz necessário apenas para responsabilidade civil subjetiva, sendo um pressuposto accidental da teoria da responsabilidade civil.

A respeito do conceito de culpa Aguiar Dias, aponta:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessária para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.²⁹

A culpa *lato sensu* é gênero, do qual são espécies o dolo e a culpa em sentido estrito.

Culpa *lato sensu* é toda a conduta contrária ao dever de cuidado imposta pelo direito. O dolo é quando se tem a intenção de praticar a conduta, ou seja, é qualificada pela intenção de lesionar. Assim assevera Sérgio Cavalieri Filho, “[...] Dolo, portanto, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito”.³⁰

A culpa *stricto sensu* é quando ocorre a violação do dever de cuidado, ou ainda, omissão de diligência exigível. É quando o agente provoca a ação, mas não o resultado. Ao viver em sociedade o homem deve observar e tomar certos cuidados para que na sua conduta não venha a lesionar bens jurídicos alheios, este seria o conceito do “dever de cuidado”. Além da diligência, do cuidado e do zelo deve o agente ter aptidão para ser sensato, avisado, razoável e capaz. Leva-se em consideração

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 147.

²⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar.2006. p. 149.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

também a sua capacidade intelectual e técnica para o exercício de determinada conduta.³¹

Então, a culpa em sentido estrito não é o querer praticar uma conduta ilícita e, sim, a prática de uma conduta lícita, porém, o agente, ao não agir com o cuidado, zelo, técnica da conduta adequada, acaba por praticar um ato ilícito.

Sendo assim, a culpa em sentido estrito se diferencia do dolo, porque no dolo a conduta do agente já nasce ilícita, enquanto que, na culpa em sentido estrito, a conduta nasce lícita, porém, por inobservância do dever de cuidado acaba se tornando ilícita.

Stolze, Pamplona e Cavalieri apontam que a culpa em sentido amplo é composta de três elementos necessários para caracterização da mesma que são: a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade e a violação de um dever de cuidado.³²

Outro importante aspecto do elemento culpa é com relação aos graus. Ensina assim Rui Stoco:

Na culpa grave, embora não intencional, seu autor, sem “querer” causar o dano, “comportou-se como se o tivesse querido” (...) Culpa leve é a falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta. Culpa levíssima, a falta cometida em razão de uma conduta escarparia ao padrão médio mas que um diligentíssimo *pater familias*, especialmente cuidado, guardaria.³³

Maria Helena Diniz também expõe sobre o tema:

A culpa será quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens. A leve ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção *grave* ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater familias*. Será *levíssima*, se a falta for evitável por uma atenção extraordinária. Ou especial habilidade e conhecimento singular.³⁴

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33-34.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p.183-184.

³³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 101.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva,2011. v. 7, p. 61.

Stolze, Pamplona, Stoco e Cavalieri destacam a relevância dos graus de culpa, pois com esses conceitos pode-se mensurar a extensão do dano.³⁵ A justificativa adotada pelos defensores dessa ideia é o parágrafo único do artigo 944 do CC/02³⁶, haja vista que o diploma reconhece ao juiz poderes para quantificar o dano a partir de sua extensão.

Existe também a classificação das espécies de culpa, podendo ser diferenciada quanto a sua natureza do dever jurídico violado que é entre a culpa contratual que advém da quebra da norma prevista em contrato, como também a culpa extracontratual quando o agente afronta a própria lei.³⁷

Quanto ao modo que se apresentam, destaca-se a presença da *culpa in vigilando* quando há uma quebra do dever de vigilância, fiscalização. A *culpa in elegendo* decorre de uma escolha ruim, trazendo como exemplo a responsabilidade do patrão ao seu empregado. E, por último e não menos importante a *culpa in custodiendo* decorrente da falta de se guardar uma coisa ou um animal.³⁸

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva somente é imputada ao causador do dano se comprovado o elemento culpa na conduta do agente. Sem esse elemento não é possível se falar em responsabilidade subjetiva. A teoria subjetivista desde o Código Civil de 1916 é tratada como regra clássica da teoria geral da responsabilidade civil, e ainda hoje no código vigente é assim considerada.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.³⁹

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p.185.; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 106.

³⁶ CC/02. Art. 944, parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

³⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 415.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3,p. 187-188.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012,p. 17.

Com as evoluções e transformações vividas ao longo do século XX, principalmente após o desenvolvimento industrial, bem como, os inventos tecnológicos, surge a teoria objetiva, em que somente é necessário à existência da conduta e do nexo causal para ser imputada a responsabilidade ao causador do dano passando a ser irrelevante o elemento culpa.

Na responsabilidade objetiva, o elemento culpa é descartável, já que para configuração somente se faz necessária à relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que não seja possível imputar a responsabilidade, mesmo que de forma objetiva, a quem não tenha ocasionado o dano.⁴⁰

A responsabilidade objetiva está calcada na teoria do risco, em que toda a pessoa que exerce atividade de risco é responsabilizada pelos danos ocasionados a terceiros, sendo-lhe imputado o dever de reparar o dano de forma integral mesmo que não tenha agido com culpa ou dolo.

O CC/02 menciona a responsabilidade objetiva em alguns dispositivos como: na responsabilidade por fato de coisa e de animal (artigos 936,937 e 938), a responsabilidade por ato lícito (artigos 929 e 930), no abuso de direito (artigo 187), no exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do artigo 927), na responsabilidade dos incapazes (artigo 928) etc.

Importante frisar que a responsabilidade subjetiva não deixou de existir por conta do surgimento da responsabilidade objetiva, pelo contrário, ela continua existindo como regra geral prevista no artigo 186 do Código Civil vigente. Apenas com a responsabilidade objetiva foi possível ampliar a aplicação da teoria geral da responsabilidade aos casos que a culpa ou dolo é dispensável.

2.5 O DANO MORAL

Antes de se aprofundar nos aspectos relevantes sobre esse tópico, deve-se atentar de logo, quais são os bens aferíveis dessa natureza. Como o próprio nome já sugere, questões de ordem moral dizem respeito a bens que não são aferíveis economicamente.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: ed. Saraiva. 2013. v. 4, p. 48.

O dano moral é um tema que sofreu bastante mudança no âmbito jurídico. De antemão deve-se observar alguns aspectos importantes durante a evolução doutrinária, até chegar a sua concepção atual, para então adentrar nas discussões travadas atualmente sobre o instituto.

Por muito tempo, imperou o entendimento de irreparabilidade do dano moral, pois, asseguravam os adeptos dessa corrente, que não poderia ser estimável o valor do dano moral. Chegavam a acreditar até que seria imoral se estabelecer preço para a dor.⁴¹

Outro assunto relevante que diz respeito à evolução do instituto do dano moral foi quanto a não se admitir a cumulatividade dos danos, ou seja, para os adeptos deste entendimento não poderia haver em um mesmo fato a presença de dano material e de dano moral. A cumulação dos dois não era admitida, em razão de o dano material absorver o dano moral, impedindo a sua reparação.⁴²

Porém, atualmente, todos os dois entendimentos são superados. Primeiro porque seria impossível se sustentar a irreparabilidade do dano, principalmente com a edição da constituição federal em que a questão restou totalmente superada, nos artigos 5º, incisos V, X e 1º, inciso III do diploma, que equiparou a matéria aos direitos e garantias fundamentais. E, por último a questão da cumulatividade que foi amparada pelo Superior Tribunal de Justiça através da edição da súmula 37, na qual expõe claramente a possibilidade de cumulação do dano material com o dano moral.⁴³

Após a síntese da evolução doutrinária quanto ao dano moral, importante entender o seu instituto e os bens que são afetados. Os danos morais, ou como muitos doutrinadores gostam de chamar de danos imateriais ou extrapatrimoniais, diferentemente do dano material ou patrimonial estão ligados a bens que não possuem forma física e de difícil estimativa. Como por exemplo, os casos de lesão à intimidade, à dignidade, à imagem, à honra.

O dano moral, portanto, diz respeito à lesão aos bens que não são comercialmente atribuíveis a dinheiro, são bens que não dizem respeito a uma ordem patrimonial ou material.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85-86.

⁴³ STJ. **Súmula 37**: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.

São lesões de ordem moral que se direcionam a ocasionar um dano à integridade psíquica do indivíduo gerando sofrimento, dor, tristeza, humilhação na esfera íntima da vítima. Fazendo parte dos direitos da personalidade que não podem ser quantificados em pecúnia.

Nesse sentido, sustenta Yussef Said Cahali sobre o tema:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como o dano moral; Não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.⁴⁴

Outro importante conceito sobre a matéria é o que apresentam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível em dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁴⁵

Então, o dano moral é um abalo direto no âmbito psicológico do indivíduo, criando frustrações, instabilidades, perturbações capazes até de desenvolver problemas sérios, como a depressão.

Portanto, é possível se concluir que os danos morais são aqueles que atingem os direitos da personalidade do indivíduo.

Assim sendo, sustenta Sérgio Cavalieri Filho:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe a dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo **uma agressão a um bem ou atributo da personalidade**. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.⁴⁶

⁴⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p.107.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90-91.

Dessa forma, não é qualquer dissabor, desconforto que seja capaz de configurar o dano moral. Resta claro que o dano moral é algo mais sério e deve ser encarado de tal forma por todo e qualquer indivíduo, já que estamos tratando de direitos fundamentais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Sobre isso, importante destacar o entendimento de Flávio Tartuce, “tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia”.⁴⁷

Dessa maneira, não podem ser denominados de dano moral os meros dissabores da vida. Atualmente, tem sido cada vez mais frequente a utilização do poder judiciário para situações banais. No entanto, deve-se destacar o brilhante trabalho feito pela jurisprudência atual que tem negado os provimentos ora suscitados. Eis algumas decisões sobre o assunto:

DANO MORAL. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. COMPROVAÇÃO NECESSÁRIA QUE NÃO VEIO AOS AUTOS. O MERO DISSABOR NÃO CARACTERIZA DANO MORAL. É INCABÍVEL A INDENIZAÇÃO EM NÃO SE TRATANDO DE DANO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESPROVERAM O RECURSO DO AUTOR E PROVERAM O DA RÉ. UNÂNIME.⁴⁸

O judiciário não pode deferir pleito de dano moral por conta de inadimplência do usuário que teve o seu serviço cortado, pois é nítido que no caso não se trata de um ilícito capaz de atingir a esfera não patrimonial do sujeito. No mesmo sentido, importante destacar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

INDENIZATÓRIA. CANCELAMENTO DE LINHA TELEFÔNICA RESIDENCIAL. O MERO DISSABOR NÃO CARACTERIZA DANO MORAL. É INCABÍVEL A INDENIZAÇÃO EM NÃO SE TRATANDO DE DANO MORAL, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. FATURAS EMITIDAS APÓS O RESTABELECIMENTO PREVISTO CONTRATUALMENTE. ART. 333, I DO CPC. INSCRIÇÃO NO SPC QUE SE AFIGURA COMO UM DIREITO DA RÉ. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁴⁹

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 429.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso cível nº 71000655951**. Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande. Terceira Turma Recursal. Rio Grande do Sul, 26 abr.2005. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. Disponível em:<<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7876521/recurso-civel-71000655951-rs>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁴⁹ _____. **Recurso cível nº 71000653279**. Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande. Segunda Turma Cível. Rio Grande do Sul. 18 maio 2015. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7881352/recurso-civel-71000653279-rs>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Outra decisão que merece destaque é a do Tribunal Regional do Distrito Federal, em que não deferiu o pleito do autor da demanda quanto ao pedido de dano moral por conta de espera em fila de um banco configurando como um mero dissabor sofrido pelo indivíduo. Veja-se ementa abaixo:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. ESPERA NA FILA DE BANCO. **MERO DISSABOR. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.** IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. **Mero dissabor não caracteriza dano moral** capaz de ensejar o pagamento da correspondente indenização, a teor do consolidado entendimento jurisprudencial. Hipótese em que o apelante aguardou por duas horas e trinta minutos na fila do banco para ser atendido.⁵⁰

Incontestável, após a observação dos julgados é que muitas pessoas estão se aproveitando dos pleitos de danos materiais, para requerer a indenização do dano moral sem ao menos comprovar nenhuma lesão de ordem psíquica ou ao menos uma situação humilhante.

Por se tratar de danos não aferíveis economicamente, torna-se um pouco mais complicado a questão da análise das provas pelo judiciário. Fica embaraçoso para o operador do direito se posicionar sobre o assunto, pois quando a prova não deriva do próprio fato danoso, torna-se impossível para uma pessoa que não tem conhecimento no assunto.

Em vista disso que, nesses casos, o melhor é que a análise das provas seja feita por quem tenha experiência no assunto como um perito especializado, a exemplo, psicólogos, psiquiatras e agentes especializados em suas áreas de conhecimento.

2.6 O *QUANTUM DEBEATUR* DO DANO

Mesmo que não aferível economicamente e que o valor pecuniário não possa restabelecer o *status quo ante*, como ocorre na reparação do dano patrimonial, isso não significa que este ficará sem ser reparado. No dano moral, o valor estimado servirá como desestímulo a prática ilícita.

⁵⁰ BRASÍLIA (Estado).Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação cível n. 6988120094013603**. Desembargador Federal Jirair Meguerian. Sexta Turma. Brasília. 27 maio 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 08 ago. 2014. Disponível em:<<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162021872/apelacao-civel-ac-6988120094013603>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Desta maneira, tem o dano moral o condão de satisfação ou compensação do que foi lesionado, e também possui um caráter punitivo-pedagógico, a fim de disciplinar o agente causador do dano a nunca mais cometer o ato ilícito.

Destarte, Yussed Said Cahali sobre dano moral,

[...] a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.⁵¹

Então, o caráter remuneratório da reparação do dano será mais para tentar amenizar o sofrimento, a tristeza da vítima, buscando neutralizar os sentimentos de mágoas, angústias, substituindo todo sofrimento por sentimentos bons, de satisfação, gerando assim uma compensação de todo o sofrimento vivido pela vítima.⁵²

Importante salientar que toda a prestação pecuniária deve ser suficiente, entretanto, não deve importar em um enriquecimento sem causa. Desta maneira, expõe Sérgio Cavalieri Filho, “[...] a indenização não há dúvida deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará em enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano”.⁵³

Por conseguinte, o valor da indenização não pode assim ultrapassar de maneira tal que possa ocasionar o enriquecimento sem causa da vítima, sendo vedada tal prática. Desse modo, deve ser razoável apenas com a finalidade de reparar o dano.

Logo, o *quantum debeat* deve ser arbitrado pelo juiz de forma a estar atento para que não possa promover um enriquecimento sem causa do indivíduo. Desse modo, deve o mesmo estar atento à situação econômica das duas partes e principalmente fixar parâmetros para a gravidade do fato danoso.

Muito se discute na doutrina sobre a fixação do *quantum debeat* feito pelo juiz, pois, na legislação pátria não existe limites, nem muito menos tabelas de preços que indiquem os valores que devem ser fixados. Diante disso, muitos sustentavam entendimento em uma lei especial de imprensa que tem uma tarifação específica.

⁵¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7, p.126.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

Entretanto, esse entendimento já foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, súmula 281, que veda por completo a utilização da lei para fixação do dano moral.⁵⁴

Desse modo, fica ao livre arbítrio do juiz de estabelecer o dano moral. Devendo esse agir de maneira moderada e razoável de modo a evitar o enriquecimento sem causa, bem como a vítima sem a reparação do dano. Destarte, o entendimento da jurisprudência atual sobre a fixação do dano moral:

ACÓRDÃO N ° 2-344/2010 APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DANO MORAL. **FIXAÇÃO** DA INDENIZAÇÃO EM **QUANTUM** INFERIOR AO ALCANCE E EXTENSÃO DO DANO. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, BEM COMO A VEDAÇÃO AOS IMPERATIVOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DO DIREITO CIVIL. DANO MORAL. **FIXAÇÃO** DA INDENIZAÇÃO EM **QUANTUM** INFERIOR AO ALCANCE E EXTENSÃO DO DANO. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, BEM COMO A VEDAÇÃO AOS IMPERATIVOS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DO DESESTÍMULO À PRÁTICA DA CONDUTAVEDADA. **PRECEDENTES DO STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO** ARBITRADO JUSTO E PEDAGOGICAMENTE EFICAZ . RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. JULGAMENTO UNÂNIME. 1. A condenação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) condiz com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como atende aos critérios de vedação de enriquecimento da parte beneficiada e desestímulo ao condenado à prática reiterada da conduta indevida; 2. **Precedentes do STJ**; 3. Recurso conhecido e não provido; 4. Julgamento unânime.⁵⁵

Por tudo isso, resta patente que a fixação do dano moral se dá por arbitramento do juiz de maneira razoável e moderada, vedando, assim, o enriquecimento sem causa da vítima, e sendo capaz de desestimular a prática de ilícitos por parte do ofensor.

⁵⁴ STJ. **Súmula 281** A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

⁵⁵ ALAGOAS (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Apelação cível n. 00793471020078020001**. Relator: Des. Alcides Gusmão da Silva. 2ª Câmara Cível. Alagoas, 07 jun 2010. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128033787/apelacao-apl-793471020078020001-al-0079347-1020078020001>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

O reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema relativamente recente no ordenamento pátrio, uma vez que, durante muito tempo, somente era imputada a responsabilidade se estivesse presente os critérios tradicionais da culpa e do nexo causal.

Após os avanços da teoria geral da responsabilidade civil, consoante o item 2.1 do presente trabalho e com advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), foi possível a ampliação da reparabilidade dos danos.

A CF/88 foi bastante significativa para ampliação de reparabilidade dos danos, basta ver, com a implementação do sistema solidarista, através da vigência dos princípios basilares da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da igualdade substancial e de liberdade (artigos 3º e 5º), bem como da solidariedade e erradicação da pobreza (artigo 3º, III) do referido diploma.

A visão solidarista possibilitou a mudança do eixo da responsabilidade civil, retirando o foco do agente culpado e passando a analisar a situação da vítima. Então, os princípios trazidos pela CF/88 fez com que se buscasse ao máximo possível ressarcir a vítima do prejuízo suportado.

Portanto, com essa evolução sofrida pelo sistema, foi possível a relativização do dano e do nexo causal, permitindo- se, assim, a aparição da responsabilidade civil pela perda de uma chance no sistema pátrio.

Diante disso, nesse segundo momento, o presente trabalho visa adentrar nesse campo do direito civil, perpassando pelo seu escopo histórico, demonstrando a sua importância e a sua aplicabilidade no direito brasileiro com o principal enfoque na possibilidade da aplicabilidade da teoria nas relações familiares.

3.1 NOÇÕES GERAIS

Neste momento, se perpassará pela análise dos principais aspectos da teoria pela perda de uma chance, tentando demonstrar de maneira a esmiuçar todos os seus requisitos e seu campo de atuação.

3.1.1 Evolução histórica

Diante das transformações ocorridas na teoria geral da responsabilidade civil, tema já devidamente esgotado no início desse trabalho, se despertou uma nova concepção de dano indenizável.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance ou *perte d'une chance* surgiu na década de 60, no Estado Francês. Na França, o termo *chance* indica a probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda.⁵⁶

Foi na França que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance começou a dar os seus primeiros passos no cenário jurídico, sendo a corte de cassação um palco de grandes decisões, que viraram precedentes importantes para consolidação da teoria.

O sistema francês, além de ser o grande pioneiro no tema, foi o responsável pelo seu desenvolvimento, tornando-se um referencial para os outros sistemas. Nesse sentido, destaca Rafael Peteffi, “dentro da família romano-germânica, foi o direito francês o sistema mais evoluído no trato da teoria da perda de uma chance”⁵⁷.

Explica Sérgio Savi, na sua brilhante obra sobre o tema, que os estudos desenvolvidos pela França sobre a perda de uma chance possibilitou a constatação da existência de um dano que é diferentemente do resultado final.⁵⁸

O caso mais antigo encontrado na jurisprudência francesa foi o ocorrido no dia 17 de julho de 1889 em que a corte de cassação francesa concedeu a indenização ao autor da ação pela atuação culposa de um oficial ministerial que aniquilou todas as possibilidades de a demanda lograr êxito no seu normal procedimento.⁵⁹

A França, portanto, foi o berço da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance e os seus julgados fomentaram as discussões nos ordenamentos jurídicos dos outros países.

⁵⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁵⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

⁵⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁵⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

A Itália, apesar de demonstrar certa resistência no início, também acabou se rendendo à teoria e sendo palco de grandes casos emblemáticos contribuindo de forma significativa para o avanço da teoria.

Sobre o tema, expõe Flávio Nogueira Nunes:

Assim como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Passou-se, então, a admitir o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que séria, e a traçar os requisitos para o acolhimento da teoria.⁶⁰

No direito italiano, Adriano De Cupis foi um dos grandes percussores da teoria no país, principalmente, porque conseguiu reconhecer a existência de um dano autônomo na perda de uma chance, inseriu a perda de uma chance como dano emergente e limitou as indenizações apenas para chances sérias e reais.⁶¹

Outro aspecto relevante na doutrina Italiana sobre a perda de uma chance é quanto ao *quantum* indenizatório, em que em sua grande maioria apenas considera a título de indenização aquelas chances que tenham a probabilidade de 50% (cinquenta por cento) de obter êxito, pois, para a doutrina Italiana, se não fosse possível determinar os 50% não poderia haver a aplicação da chance perdida.

Assim assevera Sérgio Savi, mencionando Maurizio Bocchiola, outro jurista italiano que foi bastante importante para a propagação da teoria da perda de uma chance no país:

Para este autor, 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 da chance e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização.⁶²

Destaca Sérgio Savi, também, a importante conclusão de Maurizio Bocchiola sobre a perda de uma chance:

⁶⁰ NUNES, Flávio Figueiras. **Aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro**. 2011. Monografia (Pós-Graduação Stricto sensu)- Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011, p. 11. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/flaviofigueirasnunesaplica%C3%A7%C3%A3oteoriaperdaumachance.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁶¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁶² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

[...] Bocchiola analisa alguns julgados de outros países que admitem e chega às seguintes conclusões: (i) nestes casos, não se concede indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo *chance* não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou probabilidade se um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.⁶³

Apesar dos debates desenvolvidos pelos doutrinadores a respeito da teoria, apenas em 1983 foi reconhecida a perda de uma chance pela *corte di cassazione*. De acordo com a corte de cassação, uma empresa foi condenada a indenizar alguns candidatos que foram excluídos de participar de algumas provas que eram necessárias para a aferição do cargo ofertado pela mesma.⁶⁴

No Brasil, ao contrário dos outros países, a teoria é objeto de estudos relativamente recentes. Os julgados franceses e italianos foram de grande relevância para o ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, a teoria no Brasil faz parte de uma análise aprofundada pelo direito comparado.

A teoria faz parte de grandes debates na doutrina e jurisprudência, uma vez que, no CC/02, não há nenhum dispositivo expresso sobre a matéria.

O primeiro caso que mencionou a perda de uma chance no sistema jurisprudencial brasileiro foi o ocorrido em 1990, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O Acórdão foi relatado pelo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior que afastou a aplicabilidade da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance no pedido de indenização por erro médico.

Tratava-se de um pedido de indenização por conta de um erro médico ocasionado durante uma cirurgia de correção de miopia. Contudo, não foi possível aplicação da teoria porque os danos ocasionados pelo erro médico não podiam ser

⁶³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁶⁴ CARVALHO, Leandro Souza de. **Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance nos tribunais pátrios**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220>. Acesso em: 12 dez. 2018.

classificados como uma perda de uma chance, uma vez que, nesse caso, haveria nexos de causalidade entre a atitude culposa do médico e o resultado danoso.⁶⁵

Desse modo, não caberia aplicação da teoria, pois o que diferencia a perda de uma chance dos demais é o fato de não existir nexos de causalidade entre o ato ilícito e o resultado final. Até porque, se assim o fosse, seria o caso de se aplicar a teoria geral da responsabilidade civil e não o da perda de uma chance.

No ano seguinte a essa decisão, o mesmo Desembargador relatou outro caso em que se reconhecia a indenização pela perda de uma chance. Nesse tratava-se de um advogado que foi imputado a pagar indenização por conta da sua omissão em comunicar a sua cliente do extravio dos autos e nem por retratá-los, fazendo com que esta perdesse a sua chance de ter o seu pedido de pensionamento pelo INPS apreciado.

Importante destacar o caso que virou o *leading case* no Brasil em matéria de responsabilidade civil pela perda de uma chance. Nesse caso, o Tribunal condenou a um programa de televisão a indenizar a autora da ação por conta de uma última pergunta, não obter resposta exata, sendo que essa seria a responsável pela autora ganhar o prêmio final de um milhão de reais.

Oportuno se faz visualizar a ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.⁶⁶

Salienta-se, também, que a parte doutrinária tem avançado de maneira significativa quanto à análise e aplicabilidade da teoria. Assim expõe Rafael Peteffi sobre alguns doutrinadores como ao destacar o Trabalho de Agostinho Alvim que apesar de expressá-lo em poucas páginas consegue “[...] dedicar de forma primorosa,

⁶⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.64. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 788.459/BA**. Relator: Min. Des. Conv. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, 08 nov. 2005. Diário da Justiça Eletrônico, 13 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em: 12 dez. 2018.

comentando inclusive a hipótese de perda de uma chance de vencer uma corrida de cavalos.”⁶⁷

Além de Agostinho Alvim, destaca o autor sobre Fernando Noronha que se tornou “[...] um autor de profunda análise sobre a natureza jurídica das chances perdidas”.⁶⁸

Apesar de a teoria ser um tema considerado ainda recente no território brasileiro não se pode negar que esta vem ganhando espaço cada vez maior na doutrina e jurisprudência do ordenamento pátrio, fazendo com que cresça o seu campo de atuação.⁶⁹

3.1.2 Conceito

A perda de uma chance ocorre quando a vítima do dano deixa de obter uma vantagem ou quando fica impedido de evitar um prejuízo pela conduta de outrem.

Então o ocasionador do dano é responsabilizado por ter impossibilitado o indivíduo/vítima de conseguir alcançar uma vantagem, um benefício ou de impedir um prejuízo. Desse modo, na perda de uma chance o que se pretende indenizar não é a vantagem em si, mas sim a perda de se alcançar determinada vantagem.⁷⁰

Cristiano Chaves assevera

trata-se de uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizada pela indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda.⁷¹

Importante destacar o entendimento de Cavalieri sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance:

[...] Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a possibilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para vítima, como progredir na carreira artística ou militar,

⁶⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 192.

⁶⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.194.

⁶⁹ Nesse diapasão, assim como com relação ao tema do presente trabalho que é a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance nas relações familiares.

⁷⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação**. Disponível em: <<http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artperdadechancedireitofamilia.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha de um advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.⁷²

Dessa maneira, na perda de uma chance o que se busca ressarcir não é uma vantagem perdida, já que a mesma faz parte de uma incerteza. O que se busca ressarcir é a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo, tudo isso ocasionado por uma conduta ilícita que acabou interrompendo o curso natural do procedimento, impedindo que a chance se realizasse.

3.1.3 Requisitos

Depois da análise da evolução histórica da teoria e sobre o seu conceito, nesse momento se perpassara pelos requisitos necessários para a configuração da perda de uma chance.

3.1.3.1 Chances sérias e reais

Como destacado acima a chance perdida faz relação a um ato ilícito que interrompe o curso natural dos acontecimentos ocasionando a perda de uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

Entretanto, somente isso não é o suficiente para análise da chance, pois importante destacar que não é qualquer dano que pode ser imputado na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Para a configuração da perda de uma chance é necessário que esse dano seja certo e determinado, pois é imprescindível o afastamento dos danos meramente hipotéticos, afinal de contas, se todos os danos fossem passíveis de serem indenizados, acabar-se-ia sustentando uma banalização do instituto, tornando o sistema fragilizado e fundando ao insucesso.

Sobre o assunto, destaca Luiz Carlos de Assis Júnior:

Definitivamente, a teoria da perda de uma chance não significa a banalização da responsabilidade civil, e não se visa reparar toda e qualquer chance aparentemente perdida. Indenizável será apenas a chance perdida que possa

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.81.

ser caracterizada como séria e real; este é o limite da responsabilidade por perda de uma chance.⁷³

Merecem ser destacadas, também, as palavras de Rafael Peteffi, das quais contribui para exata compreensão do assunto:

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar as chances potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.⁷⁴

Assim, o requisito necessário para a perda de uma chance é que haja a seriedade das chances perdidas, uma vez que, não basta a mera possibilidade de ocorrência do dano, sendo necessária que essa seja séria e real, a fim de afastar todas as chances meramente hipotéticas e eventuais.⁷⁵

Os danos meramente hipotéticos ou meros sentimentos ou frustrações não são capazes de ensejar a reparabilidade do dano, porque o ordenamento jurídico exige que haja uma certeza do dano para imputar a responsabilização.⁷⁶

Diante disso, a oportunidade perdida para ser indenizada é necessária que seja séria e real, ou seja, deverá comprovar que se não fosse o ato ilícito responsável pela quebra do curso natural dos acontecimentos, haveria a possibilidade de uma vantagem ou poderia se evitar um prejuízo.

3.1.3.2 Nexo de causalidade

Além da seriedade das chances, outro requisito importante é quanto ao nexos de causalidade existente entre a conduta ilícita e o dano ocasionado. Na perda de uma chance também é necessário demonstrar o elo existente entre a conduta do ofensor com o dano sofrido.

⁷³ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1418/1104>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁷⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.5.

⁷⁵ ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/vivian_rocha.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁷⁶ Assim, como no caso dos danos ocasionados pelos atos de alienação parental que não podem ser considerados meras frustrações e sim devem ser encarados como danos sérios, afinal de contas as consequências ocasionadas na vida do genitor alienado e da sua prole podem ser classificadas como sérias e reais.

Na chance perdida para a comprovação do nexo de causalidade, não se analisa o resultado final, pois esse é incerto. O que se observa é a chance perdida, haja vista ser tida como um dano em si.

Entretanto, se torna um pouco difícil a demonstração da existência do nexo de causalidade entre a conduta com o dano. Por conta disso, há uma relativização do nexo causal. Rafael Peteffi expõe sobre o assunto:

[...] a massificação social, nos moldes do que ocorreu com a relativização da culpa, vem embasando utilizações alternativas do nexo de causalidade. Uso das teorias tradicionais já não se mostra adequado para que o princípio solidarista, afirmado em nossa Constituição Federal, tenha real efetividade.⁷⁷

Assim, a flexibilização do nexo de causalidade tornou-se a grande responsável pela aparição da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Segundo, Glenda Gonçalves Godim:

No tocante a interpretação menos rigorosa do nexo causal, além de entendê-lo como de grande importância para o tema, parte da doutrina leciona que foi a necessária interpretação flexível da causalidade, contrária ao rigor de sua comprovação, que criou a teoria da perda de uma chance.⁷⁸

Desse modo, a vítima deverá demonstrar que a conduta ilícita foi a grande responsável pela quebra da possibilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. Comprovando assim, que há uma relação entre a conduta do ofensor e a oportunidade da vítima, podendo então se falar em perda de uma chance.

3.1.3.3 Quantificação do dano

Como último requisito da perda de uma chance está à quantificação do dano.

A quantificação do dano na responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema bastante debatido na jurisprudência e na doutrina, pois apesar de se

⁷⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46.

⁷⁸ GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

estabelecer parâmetros ou ideias a serem seguidos não existe uma norma legal específica sobre o tema.

Glenda Gonçalves Godim sustenta:

Por não haver regra determinante para a reparação por chances, os Tribunais criaram algumas respostas para tentar melhor reparar o prejuízo sofrido, sendo a solução mais adotada, defendida pela maioria da doutrina existente, analisar o *quantum* da chance a partir do valor da vantagem esperada, e apurar a quantia a reparar, através do grau de probabilidade do resultado final que poderia ser alcançado.⁷⁹

Inicialmente, deve-se estabelecer que na perda de uma chance o *quantum* indenizatório não versará sobre o resultado final, mas sim pela probabilidade existente, tendo em vista que o resultado é incerto. Então, o objeto de reparação será representado pela própria chance.

Dessa maneira, o objeto de reparação da perda de uma chance será a probabilidade existente, em razão de o resultado final ser incerto. Consoante depreende Rafael Peteffi:

Como bom exemplo dessa afirmação tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de aposta mostram que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.⁸⁰

Então, o valor será sempre aquém do resultado final. Entretanto, isso não significa dizer que a indenização será parcial, uma vez que, ela sempre representará o percentual integral da chance que foi perdida.

Destarte, a probabilidade do resultado final será o fator determinante para a quantificação do dano na chance perdida, já que se fosse o valor exato do resultado final se estaria igualando a chance à certeza, não podendo assim se falar em perda de uma chance.

⁷⁹ GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁸⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144.

Como preceito fundamental a chance perdida na responsabilidade civil pela perda de uma chance será sempre inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.⁸¹

Apesar do critério da porcentagem ser adotado pela maioria da doutrina, como fator determinante, para o *quantum* indenizatório, nem sempre existirão casos em que se poderá tratar dessa maneira, haja vista a impossibilidade, em alguns casos, da adoção de tal critério.

Como nos casos em que o percentual não for preciso, bem como quando a questão versar sobre a frustração de se evitar um prejuízo, assim como quando se referir a danos extrapatrimoniais.⁸²

Desse modo, nessas hipóteses entende-se que deve haver uma discricionariedade por parte do juiz, de forma equitativa, sempre com base no caso concreto, para que haja a possibilidade de uma maior flexibilização da quantificação da chance perdida.

Sendo assim, o juiz irá se utilizar dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade para aferir se a possibilidade de imputar a perda de uma chance, bem como estipular o *quantum* indenizatório.

O artigo 944 do CC/02, expõe que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Saliente-se as palavras de Glenda Gonçalves Godim sobre o assunto:

É importante mencionar que a reparação pela extensão da chance não é contrária ao princípio da reparação integral, pois não se trata de reparação parcial, mas sim da chance, como um dano específico, cujos efeitos imediatos e diretos podem ser atribuídos ao ofensor. Como a regra é reparar todo o dano, mas nada além dele, o artigo 944 do Código Civil, interpretado concomitantemente com o artigo 403, também, do Código Civil, possibilita a reparação integral da chance, equivalente ao prejuízo causado diretamente pelo ofensor, sem contrariar o princípio da reparação integral.⁸³

Outro critério para a quantificação faz referência ao nível econômico das partes envolvidas. Ou seja, parte da análise da situação econômica do ofensor e do ofendido,

⁸¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.143.

⁸² GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁸³ GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

pois, a indenização não pode ser de forma a enriquecer uma parte como também retirar todo o sustento da outra.⁸⁴

Portanto, apesar de bastante acentuado o debate sobre o tema não se pode deixar de definir o *quantum*, pois se assim o fosse iria se reconhecer o direito da vítima, porém esta ficaria desamparada por um problema eminentemente prático.

3.2 A DISTINÇÃO ENTRE A PERDA DE UMA CHANCE DA NOÇÃO DE LUCRO CESSANTE E DOS DANOS MORAIS EM GERAL

Apesar do reconhecimento do ordenamento jurídico com relação à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, nos tribunais brasileiros ainda assim, existem grandes divergências quanto à natureza jurídica da indenização, tendo em vista, que ora classificam como lucros cessantes, ou danos emergentes, ou até mesmo como dano moral. Além dessas ainda existem aqueles que classificam como um dano autônomo.

Os lucros cessantes é uma espécie de dano material, previsto no artigo 402 do Código Civil, que consiste no que a vítima deixou de lucrar em decorrência de um dano.⁸⁵

De acordo com Vivian Rocha:

O lucro cessante compreende a indenização pelo valor integral do que a vítima razoavelmente deixou de auferir, baseado em uma certeza do que ela esperaria ganhar em um futuro considerando o prosseguimento normal de suas atividades.⁸⁶

Os lucros cessantes têm como característica principal um interesse futuro, já que se trata de um bem que ainda não pertence à pessoa no momento da ocorrência do dano.⁸⁷

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil responsabilidade civil** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.4. p. 201.

⁸⁵ CC/02. Art. 402: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁸⁶ ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/vivian_rocha.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁸⁷ GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Por conta do seu conceito também estar relacionado com a frustração de uma vantagem esperada, muitos estipulam a indenização pela perda de uma chance como lucros cessantes fossem. Porém, não se podem confundir esses dois institutos, pois apesar de semelhantes tratam-se de coisas distintas.

Os lucros cessantes por versarem sobre uma vantagem futura indicam que se caso não ocorresse à conduta culposa de terceiro o bem jurídico estaria ligado ao patrimônio do indivíduo. Entretanto, na perda de uma chance o bem almejado é incerto, tratando-se de uma mera probabilidade.

Assim adverte Cristiano Chaves de Farias:

É preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular). É que o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. A outro giro a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraído uma oportunidade. De mais a mais, a perda de uma chance pode estar correlacionada a um dano não aferível patrimonialmente, diversamente dos lucros cessantes, cuja certeza de uma frustração de uma vantagem patrimonial futura deflui da leitura do comando 403 *condex*.⁸⁸

Portanto, não se pode confundir os dois institutos, pois apesar de parecerem semelhantes são distintos. Desse modo, pode-se concluir que a indenização da perda de uma chance não pode ser igualada a uma espécie de lucros cessantes.

Outra natureza jurídica exposta pela doutrina e jurisprudência é quanto à classificação da indenização como dano emergente. O dano emergente também se encontra, disposto no artigo 402 do Código Civil, em que consiste naquilo que efetivamente se perdeu.

Para Sérgio Cavalieri Filho, “o dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa em efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”.⁸⁹

Sérgio Savi é um dos autores que defende a natureza jurídica da indenização pela perda de uma chance como uma subespécie de dano emergente. Ele entende que adotado o critério como dano emergente afastaria as objeções acerca das incertezas do dano.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família:** utilizar com moderação. Disponível em: <<http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/artperdadechancedireitofamilia.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

Assim, segundo o autor:

[...] ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da chance de vitória e não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexos causal entre o ato danoso do ofensor e do dano.⁹⁰

Entretanto, apesar da aferição de certeza que é dada pela aplicação da indenização como um dano emergente, a indenização pela perda de uma chance não pode ser configurada com o que se efetivamente perdeu, mas com o que foi frustrado de ganhar por conta do ato ilícito cometido por terceiro.

Além dessas duas naturezas expostas acima, também se discute a indenização como dano moral. Os danos morais ou extrapatrimoniais são danos que não estão ligados ao patrimônio.

Os danos morais são consagrados pela CF/88 previsto no artigo 5º incisos V e X.⁹¹ São danos que não podem ser classificados como materiais, pois versam sobre os direitos personalíssimos do indivíduo, são lesões ligadas à dor, sofrimento, angústia dentre outros. É uma lesão de efeito não patrimonial.

A chance perdida pode sim expressar um dano extrapatrimonial, desde que não se esteja atribuindo a um bem jurídico material ou que sejam cumuladas. De acordo com Glenda Gonçalves Godim:

A fundamentação não pode se confundir com danos materiais, mas podem as verbas ser cumuladas, pois da mesma situação pode advir tanto lesão patrimonial quanto extrapatrimonial, assim como demais casos da responsabilidade civil, com fundamento na Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça, que consagrou a possibilidade de que do mesmo fato decorram danos materiais e extrapatrimoniais, pois: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.⁹²

⁹⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁹¹ CF/1988. “Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁹² GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Outrossim, as meras frustrações ou incômodos devem ser afastadas dos danos extrapatrimoniais, haja vista a necessidade de danos sérios e relevantes, pois se assim fosse, o judiciário estimularia demandas sem a devida pretensão.

Veja-se o que diz o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre o tema:

Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSÓRCIO. EXTRAVIO DO CONTRATO. **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NÃO CONFIGURADA.** 1. A **teoria da perda** de uma **chance** visa reparar a **perda** de uma oportunidade retirada de alguém por ato ilícito praticado por outro. Para que se configure, é necessário que a oportunidade perdida seja real e relevante. 2. Recurso conhecido e improvido.⁹³

Em suma, apesar de poder se admitir a perda de uma chance como hipótese de dano extrapatrimonial, não pode essa ser considerada exclusiva, uma vez que, pode o pleito versar sobre dano patrimonial, bem como a ocorrência de cumulação em uma mesma demanda de dano patrimonial e moral.

Ademais, existem aqueles que defendem a existência de uma terceira espécie denominada de dano autônomo em que se encontraria entre os lucros cessantes e os danos emergentes.

Sílvio de Salvo Venosa afirma “que a denominada “perda de uma chance” pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”.⁹⁴

Nesta senda, definindo a perda de uma chance como um dano autônomo, estaria reconhecendo-se uma terceira espécie de dano, distinta do lucro cessante e do dano emergente, isso porque não se poderia limitar a teoria a essas duas espécies apenas, tendo em vista que a perda de uma chance poderia aparecer como um dano extrapatrimonial, e, se assim fosse, não poderia se aplicar a todas as situações decorrentes da perda de uma chance.

Outrossim, os tribunais pátrios já vêm reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance como danos de naturezas distintas, assim como preleciona o enunciado 444, que foi aprovado na V Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho

⁹³ BRASÍLIA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Brasília. **Apelação cível n. 20140910232290**. Relator: Hector Valverde Santana. 6ª Turma Cível. Brasília, 02 set. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 08 set. 2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/229772543/apelacao-civel-apc-20140910232290>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil responsabilidade civil** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.4. p. 198.

de Justiça Federal em 2011, relacionado ao artigo 927 do CC/02, que reconhece a possibilidade da perda de uma chance como dano material, bem como dano extrapatrimonial. Veja-se o que expõe o enunciado:

A responsabilidade civil pela perda de uma 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.⁹⁵

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

⁹⁵ **Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018

4 AMBIENTE DO TRABALHO

O Trabalho nos tempos longínquos, era visto como dor, punição e sofrimento, em especial quando se analisa, sob a ótica histórica mundial a partir da idade média (Idade das Trevas), perdurado até a Idade Moderna. Com os movimentos iluministas da Idade Contemporânea, a concepção de trabalho e o seu valor social foram se transformando, até alcançar o atributo de dignidade e valor já reconhecidos e, a partir de então, reivindicados, momento crucial para o Direito do Trabalho.

Após este longo período com a entrada da idade contemporânea nasceram dois movimentos que mudaram a visão sobre o trabalho para o mundo por inteiro, que foram: a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. A partir de então, o sentido e o valor do trabalho para toda a sociedade mundial se transformaram, e desde então novos rumos foram tomados.

Os pensamentos e valores construídos na Revolução Francesa atingiram todo o mundo ocidental, influenciando diretamente na sociedade, principalmente na classe operária que desde sempre não estava satisfeita com as formas de produção e os métodos de exploração ao qual eram impostos, oprimidos pelo clero e nobreza da época.

A Revolução Francesa trouxe, então, a extinção do Estado Feudal, sob a luz dos princípios da igualdade, liberdade e propriedade, e a então denominada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Foi a partir desse momento, que o Liberalismo dominou o mundo, e foi a brecha que faltava para o estopim da Revolução Industrial, movimento pelo qual a burguesia buscou alternativas para melhorar a produção de mercadorias, com o intuito de se obter maior lucro, com baixos custos e produção acelerada.

Com a Revolução Industrial provocou-se um intenso deslocamento da população rural para as cidades, em busca de empregos nas indústrias. Ocorre que, as condições de vida dos operários eram subumanas: trabalhavam cerca de 80 horas por semana, o local do trabalho (as indústrias e fábricas) era completamente insalubre, tinham salários que não conseguiam manter a subsistência da família, motivo pelo qual as mulheres e crianças eram forçados a trabalhar, mas por tais razões (sexo e idade) recebiam salários ainda menores do que os homens, em virtude da existência da desigualdade.

Assim, influenciados pelas ideologias socialistas de Karl Max, os operários se rebelaram contra os burgueses em busca de melhores condições de trabalho. A partir de então o direito do trabalhador começou a ser reconhecido e respeitado, num contexto que, até então, era dominado pelo interesse individual da burguesia devido ao acúmulo de riquezas.

A partir de então, através de levantes populares, diversos direitos foram concedidos à classe operária, trazendo então a noção de que o direito do trabalho foi o precursor dos direitos sociais.

Neste sentido, é de se perceber que a evolução do direito do trabalho, e, portanto, dos direitos dos trabalhadores, foi um processo longo e fundamental para a atual instituição trabalhista que protege os operários por todo o mundo.

Todavia, apesar de toda a revolução e evolução a qual o Direito do Trabalho foi submetido, é de se notar que o trabalhador ainda continuava e ainda continua exposto aos perigos que lhes são impostos diariamente.

A Constituição Federal de 1988 previu, no seu art. 225, o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O referido dispositivo constitucional, ao dispor o termo “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, trouxe ao ordenamento jurídico a conceituação *latu senso* de meio ambiente, que se divide em: natural, artificial, cultural e do trabalho.

O meio ambiente natural é aquele composto pelos elementos naturais presentes no planeta que vivemos, ou seja, água, solo, flora, fauna, ar, etc. É de responsabilidade do Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais ao equilíbrio ambiental entre os seres vivos, bem como proteger as espécies e o ecossistema e preservar a fauna e a flora.

Por sua vez, o meio ambiente artificial pode ser entendido como aquele que a intervenção humana modificou a estrutura do meio ambiente natural, não preservando suas estruturas primárias. É composta, portanto, pelas edificações, construções e qualquer tipo de intervenção humana no meio ambiente. O exemplo mais claro são as cidades, tanto urbanas quanto rurais.

O meio ambiente cultural tem conceito um pouco mais abstrato, pois é aquele que diz respeito à história, cultura e formação de um povo. O art. 216 da Constituição Federal traz uma conceituação de forma completa acerca do meio ambiente cultural, sendo, portanto, “...os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente

ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.(...)”.

O meio ambiente do trabalho, aspecto do meio ambiente mais relevante para o presente estudo, é o local onde os trabalhadores exercem suas atividades, o qual deve ser seguro, adequado e saudável para que os operários possam exercer suas ocupações de forma plena e de modo a evitar possíveis acidentes ou doenças ocupacionais.

Esta definição não alcança apenas o local de trabalho no âmbito físico, mas abrange também os instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas e as relações interpessoais. Assim, o conceito de meio ambiente do trabalho deve levar em conta a pessoa do trabalhador e tudo aquilo que o cerca, física e psicologicamente.

Notável ainda que a definição supra alcança qualquer trabalhador que exerça alguma atividade, seja ela remunerada ou não, bem como se o vínculo for celetista ou estatutário (servidores públicos) e até os autônomos.

Essa visão ampla do conceito do meio ambiente do trabalho é devido à previsão constitucional de que todos tem direito a um meio ambiente equilibrado, no seu sentido *lato*. Assim, conclui-se que a proteção constitucional a um meio ambiente de trabalho equilibrado e seguro alcança qualquer trabalhador.

Com destreza, se pronunciou sobre o assunto Raimundo Simão de Melo (2010, p. 62), na sua obra “Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador”, deixando claro o real sentido do conceito de meio ambiente do trabalho, *in verbis*:

“Quando se fala em meio ambiente do trabalho, por sua vez, não se está referindo apenas ao local de trabalho estritamente, mas às condições de trabalho e de vida fora do trabalho como conseqüência de uma sadia qualidade de vida que se almeja para o ser humano; quando se fala em meio ambiente do trabalho, é de se pensar nas conseqüências de um acidente ou doença laboral que atingem não somente o homem como trabalhador, mas este como ser humano; é de se pensar nas conseqüências financeiras, sociais e humanas para a vítima, mas também para a empresa, e, finalmente, para toda a sociedade, a qual, em última análise, responde pelas mazelas sociais em todos os seus graus e aspectos.”⁹⁶

⁹⁶MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

Na constituição federal também está previsto o direito a um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e adequado sendo, portanto, um direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, no qual prevê assim a “(...) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Ainda assim, a Constituição Federal, no auge de suas ideias sociais de melhoria de qualidade de vida e proteção da sociedade, dispôs que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme redação cristalina do art. 196. Assim, não há dúvidas que a natureza jurídica do meio ambiente do trabalho é de um direito fundamental difuso, com previsões expressas pelos art. 7º, XII, 196 e 225 da Constituição Federal de 1988.

Essa identificação da natureza jurídica do meio ambiente do trabalho é importante, principalmente no que toca à interpretação e aplicação dessas normas jurídicas.

No que tange a previsão legal e dispositivos normativos, o Brasil é um dos países com maior número de leis ambientais e outros diplomas normativos que visam a proteção do meio ambiente, o que se reflete no meio ambiente laboral.

A Constituição Federal de 1988 traz um grande arcabouço jurídico prevendo normas protetivas e traçando responsabilidades e obrigações quanto à indenização. A Magna Carta traz dispositivos que preveem princípios basilares como o direito à vida e à saúde, a proteção e a saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho, dos valores sociais do trabalho e a sua valorização.

Imprescindível ainda chamar atenção para a Lei nº 6.938 de 1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente)⁹⁷ que prevê de forma expressa a obrigação do poluidor a reparação ou indenização pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa. É de se notar que a referida legislação ambiental não prevê expressamente o meio ambiente do trabalho, entretanto, entende-se que a referida lei, por ter sido recepcionada pela Constituição Federal em 1988, compreende não apenas o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho.

Vale ressaltar ainda que a Lei acima em destaque sofreu alterações significativas com adição de artigos e outros suprimidos sofrendo alterações com foco na servidão florestal, atualmente bastante detalhada pela lei.

⁹⁷ **LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981.** Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>Acesso em: 14 dez. 2018

A CLT, decreto-lei de 1943, recentemente alterada com a reforma trabalhista Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, também foi recepcionada pela Carta Magna, trazendo importantes regras acerca da fiscalização, adoção de medidas de proteção ao meio ambiente do trabalho, o cumprimento e elaboração das normas de segurança e medicina do trabalho e imposição de responsabilidades pelos descumprimentos.

Importante chamar atenção que mesmo após as alterações trazidas pela reforma trabalhista, principalmente no que tange ao trabalho da mulher o Brasil ainda se encontra longe de obter o respaldo legal necessário quanto a efetiva redução da desigualdade de gênero ainda existente no mercado de trabalho.

As normas que regulamentam a segurança, a higiene e a medicina do trabalho no meio ambiente laboral estão dispostas em diversas Normas Regulamentadoras (NRs), conforme previsão da Portaria nº 3.214 de 1977.

Destaca-se a importância das Convenções da OIT em matéria de proteção e preservação do meio ambiente do trabalho, todas ratificadas pelo Brasil, em especial as de nº 12 (indenização por acidente de trabalho) e 155 (segurança e saúde dos trabalhadores).

Por fim, merece atenção também alguns dispositivos da legislação penal, acerca da criminalização de exposição dos trabalhadores a perigo direto e iminente. Importante também citar disposição da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) que estabelece sanções penais e administrativas por atos criminosos contra o meio ambiente, criminalizando, inclusive, as pessoas jurídicas.

Apesar do grande número de disposições legais acerca do tema, o que geraria uma expectativa de cumprimento das leis, percebe-se que na prática a realidade é outra. O número de acidentes de trabalho registrado pelo INSS ainda é grande, apesar das disposições normativas.

Importante ainda chamar atenção que mesmo os indicadores ainda registrem elevados índices ainda assim notável registrar que os números ainda acabam por esconder o verdadeiro índice em virtude da informalidade crescente.

Assim, outra não pode ser a conclusão: deve haver uma maior fiscalização do meio ambiente do trabalho, por se tratar de um direito difuso consubstanciado na Carta Política de 1988, bem como estar relacionado com direitos individuais da maior importância social e humana, merecendo mais atenção do Poder Público em relação ao cumprimento das leis.

5 SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO

Dentre os direitos sociais insculpidos na Carta Magna de 1988 no seu art. 6º, os mais relevantes para o tema deste trabalho são, sem dúvida, a segurança, a saúde e o trabalho. São valores intrínsecos que devem ser respeitados e interpretados de forma ampla, servindo como verdadeiros princípios para a busca de condições seguras e dignas de trabalho.

Nestes termos, para se cumprir com estas disposições legais, faz-se necessário a composição de elementos que funcionam como instrumento de defesa e tutela acerca da saúde, higiene e segurança do trabalhador e, ainda, o meio ambiente do trabalho.

O Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) tem como objetivo principal promover a saúde e proteger o empregado no seu local de trabalho, devendo ser mantido pelo empregador, seja ele pessoa jurídica de direito privado ou público, que possua empregados regidos pela CLT.

O SESMT é composto por diversos profissionais com conhecimentos específicos em engenharia de segurança e medicina do trabalho, sendo de responsabilidade total do empregador a realização e manutenção desse serviço especializado.

Outro órgão de extrema importância para a proteção do empregado no meio ambiente do trabalho é a famosa CIPA, Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, que tem como objetivo principal a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.

A CIPA é um órgão paritário, composto por representantes do empregador e dos empregados, sendo formada em conformidade com o número de empregados no estabelecimento e o setor econômico que atua. As disposições acerca da CIPA podem ser verificadas de forma aprofundada na NR-5.

Salienta-se, entretanto, que aos representantes dos empregados na CIPA é garantida a estabilidade provisória no emprego, sendo vedada a sua transferência para outro estabelecimento. Conforme a Súmula 339, no item II do Tribunal Superior do Trabalho, a perda da garantia de estabilidade provisória só se justifica com a extinção do estabelecimento. Fora as outras exceções como a dispensa por justa

causa, bem como quando faltar mais de quatro reuniões ordinárias sem justificativa, devendo constatar em ata as faltas.

As empresas são obrigadas, ainda, a fornecer de forma gratuita a seus empregados os Equipamentos de Proteção Individual (EPI) com o intuito de protegê-los dos riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho. Os EPIs devem ser adequados aos riscos decorrentes da atividade prestada pelo empregado e em perfeito estado de conservação e funcionamento.

Claro que apenas os fornecimentos de equipamentos individuais não são capazes de extinguir com as obrigações dos empregadores, muito pelo contrário, faz-se necessário ainda cabendo as empresas adotar medidas coletivas de prevenção dos riscos ambientais.

Importante mencionar, ainda, o PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, que tem como objetivo verificar a existência de doenças profissionais e efeitos danosos irreversíveis à saúde do empregado, prevenir, rastrear e diagnosticar os agravos decorrentes da habitualidade laboral, através de exames médicos custeados pelos empregadores.

Percebe-se, portanto, que a legislação brasileira prevê modalidades de se assegurar a saúde e a segurança do trabalho no meio ambiente de trabalho. O que é importante que fique claro é que a responsabilidade de arcar com os ônus do SESMT, do PCMSO e do EPI é exclusivamente do empregador.

Por fim, impende destacar que é de obrigação do empregador zelar por um meio ambiente do trabalho saudável e seguro, não apenas no âmbito físico, mas também no aspecto psicológico e emocional.

Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado nº 39 da I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, de realização da ANAMATRA e do TST, note:

“39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.”

Portanto, percebe-se a inclinação da doutrina e da jurisprudência jus trabalhista no sentido de dar mais atenção às temáticas que envolvem o meio ambiente do trabalho, admitindo, ainda, que os danos causados pela ação ou omissão do

empregador nesse diapasão são passíveis de indenização, tanto no âmbito material como no moral ou emocional, corrente defendida neste trabalho.

6 ACIDENTE DE TRABALHO

No século XIX, o acidente de trabalho era considerado como um acontecimento súbito ou imprevisto, decorrente do acaso e da falta de sorte da vítima (trabalhador), quando do exercício normal de seu ofício ou atividades profissionais.

Ocorre que, este entendimento encontra-se completamente ultrapassado, e não é mais aplicado à realidade jurídica moderna, uma vez que grande parte dos acidentes de trabalho são decorrentes da omissão à proteção ao meio ambiente do trabalho e de prevenção dos riscos ambientais, bem como pela ausência de fiscalização (*culpa in vigilando*) e desrespeito às normas técnicas e jurídicas por parte do empregador.

Nota-se, ainda, que existem inúmeros ofícios e atividade que tem como característica principal a sua periculosidade, de modo que os acidentes decorrentes destas atividades não podem ser considerados como imprevistos, pois são claramente previsíveis e passíveis de prevenção (neutralizados ou eliminados).

Após ultrapassada a conceituação exposta acima, o ordenamento jurídico pátrio, percebendo que os acidentes laborais são, em sua grande maioria, previsíveis e passíveis de proteção, trouxe um novo conceito jurídico de acidente de trabalho, consubstanciado pelo quanto previsto na Consolidação das Leis do Trabalho no que toca à prevenção do meio ambiente do trabalho e eliminação dos riscos laborais, envolvendo medicina, higiene e segurança do trabalho (Capítulo V, Seção I), bem como pelas diversas Normas Regulamentares previstas na Portaria nº 3.241/78.

Conforme dispostos nos capítulos anteriores a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas evoluções ao aspecto do acidente de trabalho no sentido de assegurar como direito fundamental do trabalhador a prevenção do ambiente laboral (art. 7º, XXII), bem como a garantia à indenização, em caso de acidente, a cargo do empregador, decorrente de seguro obrigatório (previdenciário). E, ainda, prevê a Magna Carta o direito à reparação aos danos causados pelo acidente de trabalho, seja pela ocorrência de dolo ou culpa do empregador (art. 7º, XXVIII).

Assim, o conceito jurídico de acidente de trabalho, construído à luz dos princípios e direitos fundamentais sancionados pela Carta Política de 1988, previsto no artigo 19 pela Lei nº. 8.213/91 é: “acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou

perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

A Lei nº. 8.213/91, no art. 20, traz ainda a ideia de que as doenças ocupacionais se dividem em: doenças profissionais, que são aquelas produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e da Previdência Social (Anexo II do Decreto nº. 3.048/99); e doenças do trabalho, que são aquelas adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com eles se relacione diretamente.

Destaca-se que a relação de doenças ocupacionais trazidas pelo Decreto nº. 3.048/99 é meramente exemplificativa, uma vez que no artigo 20, §2º da Lei nº. 8.213/91 prevê que “em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente de trabalho”.

Do mesmo modo, ainda de forma ampliativa, o artigo 21 da Lei nº. 8.213/91 prevê outras formas de eventos acidentários que não estão incluídos nos conceitos de acidentes e doenças profissionais e do trabalho trazido pelo artigo 20, acrescentar, assim, o rol legalmente previsto.

Em relação à diferença entre acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (doenças profissionais e doenças de trabalho), uma importante diferenciação deve ser exposta. Enquanto os acidentes de trabalho decorrem diretamente da falta de segurança no trabalho, as doenças ocupacionais são decorrentes da agressão ao meio ambiente do trabalho, normalmente através de agentes insalubres de ordem química, física e/ou biológica.

7 A APLICABILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE NO ACIDENTE DE TRABALHO

O Direito do Trabalho é um ramo autônomo do Direito, com suas peculiaridades, princípios próprios, regras determinadas e específicas capazes de dissolver os conflitos ligados à sua natureza de direito social.

Além disso, conforme a doutrina geral determina, o Direito do Trabalho configura-se como ramo autônomo por se tratar de uma ciência jurídica vasta, tendo estudo em conjunto, adequado e individualizado, por conter doutrinas homogêneas dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos outros ramos, e por possuir metodologia própria.

Contudo, a autonomia não significa um rompimento dos laços entre o Direito do Trabalho e os demais ramos do Direito, uma vez que todo o Direito emana da mesma fonte. Por essa razão, entende-se que as relações entre o Direito do Trabalho e os demais permanecem concretas, e isso não exclui o Direito Civil.

Impende destacar que, para complementar o quanto já entendido e consolidado anteriormente, a legislador na CLT previu, de forma a dirimir quaisquer dúvidas em relação à aplicação de outras disposições legais à justiça do trabalho, no seu art. 8º que “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”.

Inclusive com a reforma trabalhista este entendimento se tornou consolidado, não restando qualquer dúvida quanto a aplicação de outras disposições legais na justiça do trabalho.

Ora, a teoria da reparação pela perda de uma chance significa uma melhoria da condição social do trabalhador, em conformidade com o *caput* do art. 7º da CLT, trazendo um dos fundamentos de maior importância para o Direito do Trabalho que é o reequilíbrio da condição de igualdade entre as partes nas relações de trabalho.

Nesse diapasão, entende-se que é plenamente cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance, inclusive no que concerne às hipóteses de acidente de trabalho, uma vez que inegável a possibilidade da existência de danos em decorrência

desses acidentes laborais que geram efeitos futuros de forma a expungir a chance do obreiro de realizar um projeto em vista.

Antes de se avançar no tema, é importante ressaltar que a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara trabalhista não seria de exclusividade dos empregados, mas também seria aplicável aos empregadores, seja pessoa física ou jurídica.

Apesar de ser hipótese não muito comum, é completamente possível e aplicável a hipótese de condenação do empregado a pagar indenização ao seu empregador em decorrência de uma chance perdida.

Para ilustrar o quanto exposto acima, pode-se citar o caso de um empregado que seja o detentor do conhecimento de forma exclusiva da empresa e pedir demissão sem cumprir aviso prévio, em um momento importante em que a sua empregadora participava de licitações ou concorrências.

Voltando ao objeto deste trabalho, qual seja pela ótica da aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de acidentes de trabalho, impende elucidar que em matéria acidentária a jurisprudência e a doutrina majoritária ainda vêm adotando a responsabilidade subjetiva do empregador.

Tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que a responsabilidade do empregador, em relação à segurança e incolumidade dos seus empregados, não é contratual, nem de forma implícita.

Tal posicionamento, como já demonstrado neste trabalho, não reflete o quanto almejado pela Constituição Federal, qual seja a melhoria da condição social do trabalhador, previsto expressamente no *caput* do seu art. 7º.

Percebe-se que o simples entendimento de que o contrato de trabalho guarda uma cláusula implícita de segurança do trabalhador e preservação do meio ambiente do trabalho geraria uma completa modificação dos julgados de responsabilização por acidente de trabalho, consubstanciado pelos institutos e princípios protetivos expressos nos arts. 6º, 7º e 225 da Carta Magna.

E por ser uma das ferramentas que se pode garantir a melhoria da condição social do trabalhador, gerando efeitos reflexos no princípio de maior importância do ordenamento pátrio, qual seja a dignidade da pessoa humana, é que a doutrina trabalhista está começando a considerar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance com o fito de se reparar os danos injustos decorrentes de uma relação originalmente desequilibrada.

No que concerne à jurisprudência, esta é uma das formas mais importantes de exteriorização e fixação das regras laborais nas relações de trabalho. Conforme já explicitado, o próprio art. 8º da CLT dá destaque deveras importante para a jurisprudência, uma vez que esta cria um novo direito, o direito consuetudinário.

Diante das peculiaridades e minúcias decorrentes da relação de trabalho contemporâneas, a jurisprudência já a muito tempo vem ocupando lugar de grande importância para a Justiça do Trabalho tendo em vista as grandes lacunas da lei.

No que tange à aplicação da teoria da perda de uma chance no acidente de trabalho, dispense-se algumas linhas para se concluir o presente trabalho.

Não é difícil de imaginar situações de empregados que se encontram em etapas de teste para aprovação em um novo emprego, ou concurso público, mas em razão do evento acidental perde a chance de concluir a última etapa do exame admissional ou do concurso. Ou ainda a hipótese do empregado que está prestes a obter uma promoção e esta não se conclui por motivo de perseguições ou assédio moral do seu superior.

O objetivo da aplicação da responsabilidade pela perda de uma chance na seara trabalhista é a indenização pela inviabilidade da melhoria na carreira profissional do trabalhador em virtude de fatos danosos decorrentes de ação ou omissão praticados pelo empregador.

A responsabilização pela perda de uma chance pode conduzir a indenizações de cunho material e moral. Por dano material, em razão da frustração de obtenção de um acréscimo patrimonial que seria possível caso a vítima não tivesse sofrido o acidente. Já por dano moral, em face dos prejuízos pela perda da oportunidade, consistentes na dor, sofrimento e angústia.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em acórdão publicado em maio de 2013, aplicou a teoria da perda de uma chance da seguinte forma:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE
A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por ato ilícito praticado pelo agente ofensor. Se a obreira tinha como justa e real a probabilidade de galgar um cargo decorrente de sua promoção porque aprovada em processo seletivo interno da empresa, mas viu perdida a chance de conquistar esse resultado em razão de ato ilícito praticado pelo empregador, quando, além de não promovê-la, a dispensou,

faz jus à reparação patrimonial decorrente deste ilícito. (TRT 5ª Região, Proc. nº 0000534-74.2011.5.05.0007RecOrd, Rel. Des. Norberto Frerichs)⁹⁸

Apesar do acórdão acima transcrito não ter no caso o evento acidentário como razão principal do pedido de indenização pela perda de uma chance, verifica-se a aplicação da natureza jurídica do referido instituto civil, ou seja, o que se torna indenizável é a probabilidade séria de um resultado legitimamente esperado que é obstado por um ato ilícito praticado pelo agente ofensor.

Esse é, portanto, o caminho que deve ser seguido pelos juízes e tribunais trabalhistas. Como se verá mais adiante, ainda existem entendimentos de cortes trabalhistas baseados no “dano futuro”, não vislumbrando que a teoria da perda de uma chance busca indenizar a chance perdida e não o resultado futuro e incerto.

A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pode ser explicitada sob a perspectiva das três seguintes fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Não há dúvida de que a teoria da responsabilização civil pode e deve incidir sobre a fase contratual, ou seja, momento em que o contrato entre o empregado e o empregador está em plena vigência. O que se discute é sobre a aplicação da teoria da perda das oportunidades no que concerne ao momento em que o vínculo jurídico ainda não se formou (pré-contratual) e quando este vínculo já se tornou extinto (pós-contratual).

A jurisprudência trabalhista vem acolhendo a tese da reparação pelos danos causados em esfera pré-contratual, desde que comprovados o dano (material ou moral), a antijuridicidade e o nexo de causalidade, uma vez que inexistente qualquer obrigação que vincule às partes.

O posicionamento se consubstancia, fundamentalmente, no princípio da boa-fé objetiva, que deve reger sobre todas as relações jurídicas. Nesse sentido, cabe trazer entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que proferiu de forma ilustre a seguinte ementa:

Responsabilidade Pré-contratual. As partes devem, mesmo durante a fase das tratativas que antecedem a contratação em si, guardar respeito ao princípio da boa -fé objetiva, padrão de conduta pautado pela ética respeitados os princípios da igualdade, da solidariedade, cooperação recíproca, transparência e lealdade dos sujeitos da futura relação obrigacional. A inobservância desses paradigmas por uma das partes

⁹⁸ Processo nº 0000534-74.2011.5.05.0007RecOrd, Rel. Des. Norberto Frerichs- TRT 5ª Região<Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/38795112/tatiana-santos-de-aguiar>> Acessado em: 15 dez 2018

representa a quebra de um dever a gerar, caso preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil, a obrigação de indenizar.⁹⁹

Por esse entendimento podemos perceber que o julgador está atento não apenas ao quanto previsto na lei, mas tem a capacidade de verificar que o empregado que se apresenta para uma seleção de vaga de trabalho encontra-se num estado de hipossuficiência e necessidade econômica total, de forma a gerar uma expectativa decorrente de atos concretos realizados pelo empregador.

A frustração de uma expectativa de emprego gera prejuízos não apenas de ordem financeira, mas também na moral do trabalhador, que vê a sua chance de sair do desemprego acabar desaparecendo sem poder agir.

Por gerar tantos danos é que o empregador deve agir sempre com transparência, respeito, lealdade e de boa-fé para com os trabalhadores, sob pena de ser alvo de futuras ações judiciais requerendo a indenização pela perda de uma chance em decorrência da frustração pelo emprego perdido, com base nos atos praticados pela empresa que geraram essa expectativa real.

Nesse diapasão, cabe trazer algumas considerações acerca do abuso de direito e da função social do contrato.

Dentre os diversos poderes inerentes ao empregador, o mais importante e, talvez, determinante numa relação de emprego está a autonomia privada. Este poder se expressa nas relações trabalhistas pela livre capacidade que o empregador tem de se contratar uma pessoa para ocupar determinado cargo. É a chamada liberdade para contratar.

A liberdade de contratar encontra raízes evidentes no liberalismo econômico e se estende, inclusive, às cláusulas e obrigações que irão vigor no contrato em formação, sendo o empregador o detentor do poder de ditar as regras que irão compor aquela relação jurídica.

Esse livre poder de contratação está previsto no art. 421 do Código Civil Brasileiro, e é por meio desta liberdade de contratação que o empregador acaba cometendo abusos de direito, criando expectativas reais de contratação nas suas seleções de emprego. É, no mínimo, antiético justificar através do direito à livre

⁹⁹ Processo nº 00109270420145010027-Desembargador Relator: TANIA DA SILVA GARCIA- 04ª TURMA-Publicado em 13-06-2016<Disponível em: <https://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-acordao>> Acessado em: 14 dez. 2018

contratação que não foram dadas reais expectativas ao empregado de ocupar o cargo, ou, ainda, que por essa razão a empresa, mesmo depois de realizar grande seleção para vagas, com exames, recolhimento de documentos, entrega de materiais, não tem a obrigação de contratar o candidato.

Ocorre que a liberdade de contratação encontra limite concreto na função social do contrato, previsto de forma expressa também no citado art. 421 do Código Civil de 2002, quando ensina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

A função social do contrato é um princípio que visa garantir o equilíbrio social frente às injustiças sociais e dos interesses particulares decorrentes da privatização da mão de obra e omissão do Estado nas relações particulares, tendo sua base na Revolução Francesa e servindo de norte para as relações jurídicas até os dias atuais.

O princípio da função social do contrato visa garantir a prevalência do bem comum em detrimento do interesse privado, bem como a redução das desigualdades sociais, seja em razão econômica, quanto político-jurídica (subordinação).

Desse modo, entende-se que a função social do contrato funciona como um freio à cláusula aberta da liberdade de contratação.

A função social legitima princípios de ordem constitucional como a dignidade da pessoa humana, a justiça e a solidariedade social, impede o abuso de direito no momento em que as partes não podem mais exercer os seus interesses individuais livremente.

Importante destacar, por fim, no que tange à responsabilização civil pré-contratual, que a jurisprudência, em consonância com a doutrina, vem entendido que a configuração do pré-contrato gera uma expectativa real de emprego quando há fatores objetivos que levem o empregado a acreditar que será contratado.

Assim, o empregado que realiza entrevista, exame admissional, abre conta-salário e entrega os documentos solicitados pelo possível empregador, encontra-se, evidentemente, na expectativa real de ser contratado. Para a doutrina e a jurisprudência essa reunião de fatores já configura a formação de um pré-contrato, que deve ser respeitado pelas partes à luz dos princípios da boa-fé objetiva, da probidade e do valor social do contrato.

Passadas as considerações acima sobre a perda de uma chance pré-contratual, também chamada de perda de uma chance pela frustração da contratação, cabe fazer algumas considerações acerca da perda de uma chance pós-contratual,

hipótese de responsabilização que não está previsto expressamente na legislação pátria.

É que o art. 422 do Código Civil Brasileiro obriga os contratantes a agir de acordo com os princípios da probidade e da boa-fé durante a execução do contrato até a sua execução, nada dispondo, expressamente, sobre a responsabilização dos possíveis efeitos posteriores à conclusão do negócio jurídico.

Apesar da falta de previsão legal expressa, é de conhecimento geral e notório que muitas empresas realizam contratos com seus empregados contendo as chamadas cláusulas de não concorrência e de confidencialidade.

Assim, em virtude da globalização e das novas tecnologias utilizadas para se garantir produtos exclusivos em decorrência da grande concorrência, e com o intuito de se manter um lugar ao sol no mercado que se encontra cada vez mais selvagem, as empresas, visando manter sob sigilo as suas técnicas e *know how* de produção, realizam os contratos com as referidas cláusulas.

Essa prática decorre da previsão do princípio da boa-fé objetiva e tem fundamento no cumprimento das obrigações secundárias do negócio jurídico, entre eles a lealdade entre as partes, o dever de informação, o sigilo profissional, entre outras.

Na doutrina e jurisprudência trabalhista é notório o reconhecimento da necessidade que algumas empresas tem de salvaguardar o seu método de produção, constituindo verdadeiros segredos empresariais. Por esse motivo é que os empregados que pactuam contratos com cláusula de confidencialidade acabam sendo o exemplo mais nítido da obrigação oriunda da responsabilidade pós-contratual.

Os referidos trabalhadores devem manter total sigilo em relação ao método de produção da empresa, e quaisquer outras informações consideradas sigilosas, configurando, inclusive, modalidade de dispensa por justa causa a sua desobediência, conforme explicitado da leitura do art. 482, alínea g da CLT.

Apesar do exemplo acima ser o mais comum encontrado na doutrina, atenta-se ao fato de que a empresa também pode ser responsabilizada por descumprir obrigação pós-contratual. É o caso, principalmente, das empresas que mantêm planos de complementação de aposentadoria para os seus empregados. Entretanto, não há vislumbre de aplicação da perda de uma chance pós-contratual nesta hipótese.

Ora, apesar do empregado encontrar-se aposentado, portanto o vínculo empregatício oficialmente encerrado, a empresa se responsabiliza civilmente pelos

eventos e atos decorrentes da manutenção daquele ex-empregado no seu plano de complementação de aposentaria. Entende-se, portanto, que a empresa continua com a sua obrigação de respeitar a boa-fé objetiva e os demais preceitos dos negócios jurídicos, mesmo que não mais existente qualquer vínculo de natureza trabalhista entre as partes.

Destaca-se, inclusive, que em relação ao tema da competência da Justiça do Trabalho de apreciar e julgar ações sobre os planos de complementação de aposentadoria entre empresas e seus ex-empregados já está pacificado na jurisprudência.

Os tribunais trabalhistas pátrios entendem, de forma acertada, que os contratos entre a empresa e o ex-empregado com objetivo de complementação de aposentadoria são decorrentes do extinto vínculo empregatício entre as partes, sendo, portanto, competente a Justiça do Trabalho para apreciar tais ações.

É de se ressaltar, inclusive, que muitos desses planos de complementação de aposentadoria só são acessíveis aos empregados da empresa, não sendo oferecido ao público em geral ou empregados de outras empresas. É, portanto, um pressuposto de existência do referido contrato que o beneficiário seja empregado da empresa, configurando ainda mais o liame empregatício existente nesta relação, mesmo que após a extinção das atividades pelo trabalhador.

Assim, explicitados os exemplos acima acerca da responsabilidade pós-contratual, fácil é de se vislumbrar a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance pós-contratual.

O empregado que é detentor de um segredo empresarial, seja de execução ou de informação, não pode revelá-lo. Independentemente da forma como se deu a extinção do contrato de trabalho, este empregado continuará mantendo a obrigação de sigilo profissional. Nesse sentido, a empresa que se vê direta ou indiretamente prejudicada em virtude do desrespeito do seu ex-funcionário em relação à este sigilo, fará *jus* ao ingresso na Justiça do Trabalho para pleitear indenização.

Imagine-se, portanto, se o ex-empregado revela segredo de execução da empresa (A) de um produto ainda não lançado para a sua nova empregadora (B) e concorrente direta de mercado. Nessa situação, fica evidente que a empresa A terá um grande prejuízo comercial e financeiro, uma vez que a empresa B poderá lançar o produto antes da empresa A.

Evidente, portanto, que a empresa A terá todo o direito de ser indenizada pela perda de uma chance pós-contratual. Perda da chance porque não há como se verificar, no momento do ajuizamento da ação, que o produto lançado geraria lucro, se seria aceito pelos consumidores, e se tratava-se de método exclusivo da empresa. Mas concretiza-se de forma cristalina a perda da chance de se manter ou se conseguir um patamar desejado no mercado.

O que dificulta a aplicação da teoria da perda de uma chance pós-contratual nestes casos é a ausência de previsão legal acerca do tempo, espaço e objeto em favor do obrigado. Ficará o empregado obrigado perpetuamente a manter segredo da sua ex-empregadora? Qualquer modalidade de produção que seja considerada sigilosa não pode ser revelada, mesmo outras empresas tendo o mesmo ou semelhante procedimento? E se o empregado, antes da extinção do contrato de trabalho, tem conhecimento de um produto que está previsto para ser lançado somente em 5 ou 10 anos depois?

Esses questionamentos, *data vênia*, devem ser respondidos de acordo com cada caso concreto, necessitando do bom senso e observância de princípios trabalhistas e contratuais pelo julgador, principalmente no que toca à boa-fé objetiva, a probidade e aos valores sociais do contrato.

Por outra ótica, existem ocasiões em que o empregador pode criar embaraços aos seu ex-empregado a ponto de expungir a chance do trabalhador de se recolocar no mercado de trabalho, como é o caso de retenção indevida da CTPS.

Nesta hipótese é fácil de enxergar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance pós-contratual, uma vez que o trabalhador pode vir a ser prejudicado realmente pela ausência da CTPS, documento deveras importante para qualquer entrevista de emprego, uma vez que comprova as experiências obtidas pelo obreiro.

O empregado que não consegue a entrevista de emprego ou é eliminado de seleção de vaga de trabalho por falta de documentos como a CTPS fará *jus* à reclamação contra o seu ex-empregador buscando a indenização pela perda de uma chance. A apresentação da CTPS é requisito obrigatório para qualquer vaga de trabalho, inclusive tendo previsão no diploma consolidado, como nos arts. 326 e 330 celetistas.

O que se perdeu não foi o emprego almejado, uma vez que não teria como certificar que o trabalhador seria selecionado para a vaga em oferta. Mas sim a chance

(real e séria) deste de se reposicionar no mercado de trabalho, aniquilando suas expectativas e causando-lhe prejuízos futuros.

Não há que se questionar acerca do momento em que o ato danoso (retenção indevida da CTPS) foi praticado. Por mais que tenha ocorrido após a extinção do liame empregatício, teve origem decorrente do contrato de trabalho existente entre as partes, caracterizando, portanto, transparente violação contratual, bem como afronta ao dever legal insculpido no art. 13, 53 e 54 da CLT.

Por fim, porém o mais importante, adentra-se na temática da perda de uma chance contratual, aquela que aplica a responsabilização civil ao causador de um dano que ocorre no curso de um contrato ou negócio jurídico.

Diferentemente da perda de uma chance pré-contratual, que praticamente se resume à frustração de contratação, e da perda de uma chance pós-contratual, a contratual oferece maior variação de assuntos e aplicabilidade desta teoria, principalmente no que se refere ao foco deste trabalho, o acidente de trabalho.

Como explicitado em capítulos anteriores, o aumento de acidentes de trabalhos e doenças ocupacionais teve início a partir da Revolução Industrial, que trouxe uma grande modificação ao modelo de produção, sendo o momento pelo qual o homem começou a lidar com maquinários e condições de trabalho deveras prejudiciais à sua saúde e integridade física.

O acidente de trabalho é, por muitas vezes, visto como um acontecimento que gera efeitos na esfera individual ou bilateral (empregado-empregador), entretanto reflete uma ameaça grave que atinge todos os atores sociais, pois além de provocar os danos evidentes aos trabalhadores como ferimentos, lesões permanentes, mutilações e até a morte, por outro lado gera aumento do custo da Previdência Social, atingindo a toda coletividade trabalhadora que contribui para o programa.

No que toca, portanto, à matéria de acidente de trabalho, merece atenção o acórdão infratranscrito, uma vez que aplicado o instituto da indenização pela perda de uma chance neste, senão vejamos:

“DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O dano moral prescinde de prova porque ele existe *in re ipsa*, está ínsito no próprio fato ofensivo. Sendo assim, para obter o pagamento da indenização respectiva, o empregado precisa tão-somente fazer prova do fato em si, ou seja, demonstrar a existência do acidente do trabalho ou da doença ocupacional. A dor, a angústia, a insatisfação e o constrangimento daí resultantes são meras presunções fáticas.” (TRT 5ª Região; Proc. nº. 00706-2006-194-5-00-7-RO; Rel. Des. Dalila Andrade)

Explicando o caso, o Reclamante pleiteou indenização por danos materiais na modalidade lucros cessantes decorrente de acidente de trabalho. Destaca-se, entretanto, que o advogado do obreiro não requereu o pedido de indenização pela perda de uma chance, muito pelo contrário, requereu a indenização por danos materiais por lucros cessantes apenas, não pedindo, inclusive, indenização por danos emergentes.

Apesar da falha apontada, a ilustre desembargadora entendeu ser aplicável ao caso a teoria da indenização por perda de uma chance no que toca a condenação da empresa reclamada a pagamento de pensão mensal, por entender que acidente de trabalho, além de diminuir o patrimônio do empregado, impede a sua ascensão profissional, reduzindo, conseqüentemente, a sua renda, utilizando como fundamentação o entendimento trazido pelo festejado doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, que se transcreve:

A doutrina francesa, aplicada com freqüência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado, etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que a 'reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. (in Programa de Responsabilidade Civil, 6ª edição, Editora Malheiros, págs. 97/98).

Verifica-se que o r. acórdão apontado aplicou corretamente a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois considerou que na hipótese a reparação é de natureza material, diante do grau de probabilidade de que a chance perdida poderia render para reclamante um acréscimo patrimonial.

Ocorre que, o entendimento exposto pela ilustre desembargadora não enquadrava a chance perdida como uma terceira espécie de dano, mas sim como uma espécie de lucro cessante, ao proferir: "Com efeito, a doutrina divide o dano material em dano emergente e lucro cessante. Caracteriza-se o primeiro, também chamado de positivo, como sendo aquilo que a vítima perdeu em decorrência da enfermidade, como, por exemplo, as despesas com consultas médicas, psiquiátricas, fisioterápicas, exames complementares, assim como com medicamentos. Consiste, por sua vez, o

lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”, o que parece equivocado, como já explicitado neste trabalho.

No que se refere, ainda, à perda de uma chance contratual, mas que vale de argumentação para qualquer fase do contrato, verifica-se que ainda há uma resistência oriunda dos tribunais pátrios de se reconhecer a indenização pela perda de uma chance por entender que se trata de um dano futuro, não havendo como se comprovar a sua existência.

Alguns juízes e tribunais, sob o afã de se aplicar a letra fria da lei, sem desconsiderar, entretanto, a superlotação de processos no Poder Judiciário, o que impede de se obter uma análise mais profunda de cada caso concreto, vem indeferindo os pedidos de indenização pela perda de uma chance considerando que é indispensável a comprovação efetiva dos danos sofridos, não cabendo alegações hipotéticas para se obter o quanto requerido.

Ocorre que, qualquer dano considerado como futuro não é passível de certeza. Ninguém pode dar certeza que determinado evento que ocorreria no futuro realmente iria se concretizar, por mais previsível que seja o seu final. Portanto, entende-se que para os casos de indenização por perda de uma chance o juízo aplicável é o da probabilidade e não o da certeza do dano.

Esse entendimento de se repelir a aplicação da perda de uma chance por se tratar de dano futuro que não pode ser previsto acaba por atacar, de uma só vez, em alguns aspectos, tanto os danos emergentes como os lucros cessantes.

Data vênia, apesar desse entendimento errôneo por parte dos juízes e tribunais trabalhistas, a justificativa do dano futuro não se aplica à teoria da perda de uma chance, uma vez que o que se busca indenizar é a supressão da chance de forma real e certa, o que caracteriza um dano presente.

Nesse sentido, resta claro que o ato de se rejeitar o pedido como fundamento do dano ser futuro, de haver vedação na legislação processual e de não haver prova ou certeza do resultado final é atacar de forma violenta o estudo aqui proposto, principalmente no que se refere à responsabilidade civil.

Nesta senda, verifica-se total compatibilidade entre os institutos em estudo. O acidente de trabalho, assim como qualquer outro fato jurídico, tem o condão de interromper o curso da vida ou paralisar o processo aleatório, gerando prejuízos

diretos e indiretos à vítima e, no caso concreto, fulminar as chances que o trabalhador tinha de galgar uma oportunidade favorável.

Por tudo quanto exposto entende-se que o objeto de indenização é a perda da chance do trabalhador de obter uma promoção ou de ser aprovado no concurso em que estava em última fase, por exemplo. É a chance perdida (séria e real) que deve ser indenizada, e não o prejuízo pela perda da promoção ou nomeação futura e incerta. É o que caracteriza essencialmente a perda de uma chance contratual, aquela que ocorre durante a vigência do contrato de trabalho.

A união dos fatores externos e da ausência de fiscalização (*culpa in vigilando*) do empregador geram consequências no plano real, ameaçando princípios e direitos previstos no ordenamento jurídico de forma direta e configurando as possibilidades de que se necessita para a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso concreto.

O acidente de trabalho deve ser combatido e analisado de forma a se garantir, precipuamente, a proteção do trabalhador, sua saúde, integridade física e psicológica, através de modalidades efetivas de previsão dos danos e riscos possíveis no exercício de qualquer profissão, se tornando obrigação legal do empregador a preservação e melhorias ao meio ambiente do trabalho.

Por esses argumentos, e por todos os demais lançados neste trabalho, é conclusão lógica de que os acidentes de trabalho que, em cada caso concreto, gere a frustração de uma oportunidade vislumbrada pelo empregado seja objeto de reclamação trabalhista com o intuito de se obter indenização com base na teoria da perda de uma chance.

Para se vislumbrar o quanto defendido neste trabalho, verifica-se a necessidade de um último exemplo prático, com o intuito de se concretizar os importantes institutos jurídicos explicitados desde o princípio.

Imagine-se, por exemplo, um engenheiro mecânico que labora em uma fábrica de veículos automotivos. O local de trabalho para o exercício dessa profissão deve ser constantemente fiscalizado e inspecionado a cargo do empregador, para se preservar o meio ambiente de trabalho e prevenir possíveis acidentes.

Se o referido engenheiro mecânico encontrava-se em pleno processo de seleção para galgar cargo superior o qual laborava e, em virtude de um acidente de trabalho, que teve como causa justamente a ausência da fiscalização e inspeção do local de trabalho, perde a chance de ser qualificado para a promoção buscada, tendo

em vista que o evento acidentário gerou sequelas físicas no obreiro, como um estado de paralisia dos membros inferiores, incompatível com o cargo posto à disposição.

Ora, não restam dúvidas que o obreiro perdeu a chance de galgar cargo superior ao qual ocupava em virtude da omissão do seu empregador em manter a fiscalização e a inspeção do local de trabalho, gerando, além dos danos evidentes e imediatos, prejuízos futuros que jamais poderão ser considerados como calculáveis.

Nessa hipótese, entende-se que fará *jus* o obreiro à indenização pela perda da chance de ter concorrido àquela promoção, uma vez que o empregador não se atentou para a sua obrigação de manter um meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado, conforme normas técnicas específicas ao caso concreto.

Deve ser aplicado, neste caso hipotético, a responsabilidade civil objetiva do empregador em razão da inobservância do quanto previsto pela Lei 6.938/81, que dispõe, de forma expressa, sobre a obrigação do poluidor de indenizar às vítimas decorrentes do dano ambiental por ele causado, independentemente da comprovação do dano.

Verifica-se, portanto, que a teoria da perda de uma chance, seja ela pré-contratual, contratual ou pós-contratual, é visivelmente aplicável na seara trabalhista, sendo claramente aplicável aos casos de acidente de trabalho, desde que considerados todos os requisitos explanados neste trabalho, em principal o fato da chance perdida ter sido séria e real.

Não obstante a necessidade do tema ser enfrentado com mais frequência pelos juízes e cortes trabalhistas, há ainda a falta de preparo técnico dos advogados em relação aos pedidos de indenização por danos materiais e morais por perda de uma chance, conforme visto nas jurisprudências trazidas neste trabalho.

Evidencia-se uma ausência e até uma resistência na prática jurídica trabalhista em relação à aplicabilidade de institutos do direito civil nas ações ajuizadas perante a justiça do trabalho. Essa prática, portanto, pode trazer prejuízos para aquele trabalhador que vê o seu direito escorrer por entre os dedos em virtude da falta de preparo e habilidade jurídica do seu causídico e, em pior hipótese, dos juízes e tribunais competentes.

Além disso, verifica-se uma lacuna legislativa no que toca a essa modalidade de indenização. Apesar das previsões no Código Civil de 2002, como explicitado em capítulos anteriores, há necessidade de uma melhor abordagem por parte pelo

legislador, apreciando de forma mais concreta e objetiva a teoria da perda de uma chance.

O que se tem no ordenamento pátrio é uma junção de previsões específicas no Código Civil Brasileiro, na Consolidação da Leis do Trabalho, na Constituição Federal de 1988 e em leis esparsas que, através da analogia e aplicação de princípios constitucionais protetivos, levam à conclusão da aplicabilidade desta teoria na seara trabalhista.

Independentemente de uma previsão legal específica deste instituto em casos de acidentes de trabalho, é evidente a construção de novas teses doutrinárias acerca do tema, bem como o crescente número de demandas na Justiça do Trabalho envolvendo pedidos de indenização pela perda de uma chance, gerando a concretização de princípios laborais protetivos oriundos da Magna Carta e especialmente aguardados pela sociedade, atingida direta e indiretamente pelos eventos acidentários.

8 CONCLUSÃO

Ante a tudo o que foi exposto é possível se chegar às seguintes conclusões:

No mundo jurídico, quando há ocorrência de um dano, não pode esse ser considerado um ato que não seja capaz de imputar a responsabilização àquele que foi capaz de ocasionar o fato lesivo.

Diante desse quadro, criou-se no direito civil o instituto da responsabilidade civil, instituto que surgiu, para que fosse imputado o dever de reparar, seja através de restituição do *status quo ante* ou quando não fosse possível a aplicação de uma verba compensatória que seja proporcional ao dano, daquele que tenha ocasionado uma lesão à esfera de outrem.

Com a Constituição Federal de 1988, foi consagrada uma visão solidarista do sistema, em que foi possível o surgimento da reparabilidade de novos danos. Dentre essa mudança ocasionada, o foco que apenas girava em torno do agente culpado passou-se a analisar mais o quadro das vítimas. Então, ocorreu uma relativização dos pressupostos do nexo de causalidade e do dano.

Desta forma, por conta das transformações vivenciadas pelo instituto, surgiu a responsabilidade civil pela perda de uma chance que consiste na reparabilidade de uma vantagem perdida ou de se evitar um prejuízo.

Apenas é possível falar-se de responsabilidade civil pela perda de uma chance, quando o causador do dano, através da sua conduta, foi capaz de ocasionar a perda de uma vantagem para o vitimado, bem como de não evitar um prejuízo.

Na perda de uma chance, faz-se necessária a presença de alguns requisitos para a sua configuração, dentre eles, o mais importante apontado pela doutrina e jurisprudência atual com relação à chance, é que deve ser séria e real. Com isso, afastam-se de imediato os danos meramente hipotéticos, os meros sentimentos ou mesmo frustrações.

Ademais, faz-se necessária a presença da relativização do nexo de causalidade, sendo necessário que a vítima comprove que a conduta do agente foi a responsável pela perda da oportunidade de se obter uma vantagem, bem como evitar um prejuízo.

Outro aspecto importante é que o *quantum* indenizatório versará sobre a probabilidade existente. Isto porque o resultado final é incerto.

O instituto da perda de uma chance visa à recomposição de um dano através do pleito indenizatório como forma de reparar um prejuízo que poderia ter sido evitado, assim como uma vantagem perdida.

É justamente com relação à perda de uma chance que se fundamenta o presente trabalho visando à aplicação da teoria nos casos em que ocorreu um acidente de trabalho.

Isto porque, conforme demonstrado apesar da resistência por parte da doutrina e jurisprudência acerca da aplicação da indenização pela perda de uma chance em acidentes de trabalho, tendo em vista a árdua tarefa de se demonstrar que houve a perda de uma chance real e séria, e que esta obliterou as possibilidades do empregador de obter a vantagem pretendida, percebe-se que o referido instituto tem campo fértil na seara trabalhista, especialmente no que tange aos casos de acidentes de trabalho.

Destacou-se ao longo deste trabalho, e até de forma insistente, que a teoria da perda de uma chance não visa indenizar a vítima pelo possível futuro frustrado, mas sim a perda da chance de se obter este resultado, extirpando a ideia de que se trata de um dano futuro. Esta ideia ainda é defendida por alguns juízes e tribunais, o que implica na obrigação do empregado demonstrar que o resultado seria alcançado caso não ocorresse a ação ou omissão do agente causador do dano, configurando a perda de uma chance numa teoria completamente hipotética.

Por fim, foi explicitada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em qualquer fase do contrato de trabalho, sendo elas a pré-contratual, a contratual e a pós-contratual. Através de argumentos lógicos e indutivos adquiridos com a pesquisa desenvolvida, demonstrou-se a total aplicabilidade da referida teoria no acidente de trabalho, tendo em vista a sua capacidade de paralisar um processo aleatório (chance perdida).

Ademais, verificou-se a harmonização entre os institutos da perda de uma chance e acidente de trabalho, não havendo que se falar em óbices jurídicos, ideológicos, principiológicos ou de cunho material. O Direito é único, e como tal deve servir de fonte para todas as matérias jurídicas, tornando-o uma ciência fascinante que mescla normas que são interligados por princípios gerais e que jamais devem se afastar.

Assim, este trabalho alcançou o seu objetivo, qual seja a demonstração da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em casos de acidente de trabalho,

desde que o entendimento a ser proferido pelos magistrados da justiça do trabalho seja no sentido de que se trata de uma nova forma de indenização por dano material e/ou moral, repelindo a idéia de que se trata de uma modalidade de lucros cessantes ou danos emergentes, merecendo maior atenção do judiciário trabalhista e uma melhor preparação técnica acerca do tema.

O intuito final deste trabalho monográfico é, sem dúvidas, revelar a importância do tema em análise no que toca à proteção e à saúde do trabalhador frente ao poder diretivo que tem o empregador, consubstanciado nos princípios e direitos fundamentais explicitados ao longo desta obra, visando sempre à melhoria de sua condição social.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Fim da culpa na separação judicial**. Minas Gerais: Del Rey, 2007.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance**. Disponível em:
<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1418/1104>> Acesso em: 29 jul. 2015.

ALAGOAS (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Apelação cível n. 00793471020078020001**. Relator: Des. Alcides Gusmão da Silva. 2ª Câmara Cível. Alagoas, 07 jun 2010. Disponível em:<<http://tjal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128033787/apelacao-apl-793471020078020001-al-0079347-1020078020001>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.206, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASÍLIA (Estado).Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação cível n. 6988120094013603**. Desembargador Federal Jirair Meguerian. Sexta Turma. Brasília. 27 maio 2013. Diário da Justiça Eletrônico, 08 ago. 2014. Disponível em:<<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162021872/apelacao-civel-ac-6988120094013603>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Leandro Souza de. **Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance nos tribunais pátrios**. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220>. Acesso em: 12 dez. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CIDADE, Renata Mendes. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito civil brasileiro**. Disponível em:
<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/renata_cidade.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

GABURRI, Fernando et. al. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 5.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

GODIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146052.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013. .v. 4.

IGLESIAS, Sergio. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. 1 ed. São Paulo: Manole, 2003.

LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>Acesso em: 14 dez. 2018

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

NUNES, Flávio Figueiras. **Aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro**. 2011. Monografia (Pós-Graduação Stricto sensu)-Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011, p. 11. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/flaviofigueirasnunesaplica%C3%A7%C3%A3oteoriaperdaumachance.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Processo nº 00109270420145010027-Desembargador Relator: **TANIA DA SILVA GARCIA**- 04^a TURMA-Publicado em 13-06-2016<Disponível em: <https://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-acordao>> Acessado em: 14 dez. 2018

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

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4625991/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance---sergio-savi---texto-reconhecido>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. ed. São Paulo: Método, 2011.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso cível n 71000655951**. Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande. Terceira Turma Recursal. Rio Grande do Sul, 26 abr.2005. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7876521/recurso-civel-71000655951-rs>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Recurso cível nº 71000653279. Relator: Ketlin Carla Pasa Casagrande. Segunda Turma Cível. Rio Grande do Sul. 18 maio 2015. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7881352/recurso-civel-71000653279-rs>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/vivian_rocha.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil responsabilidade civil** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.