

RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA DISTINÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

CIVIL LIABILITY: THE RESPONSIBILITY FOR THE LOSS OF A CHANCE AND ITS DIFFERENCE FROM THE PUNITIVE DAMAGES

Rafael da Silva Santiago – Universidade de Brasília - UnB

ra.fasantiago@hotmail.com

RESUMO

O estudo em questão realiza uma breve pesquisa a respeito dos assuntos gerais da responsabilidade civil, abordando, também, aspectos relativos à teoria da perda de uma chance, construindo a figura da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Dessa forma, temas como o seu desenvolvimento histórico, conceito, natureza jurídica e elementos de incidência específica – como a chance e a liquidação do dano – são capazes de conferir o atual retrato desse instituto no direito civil brasileiro. Ademais, são estudados, também, os mais relevantes preceitos concernentes ao instituto dos *punitive damages*, passando por sua história, conceito e argumentos contrários e favoráveis à sua aplicação no ordenamento jurídico nacional. Tudo isso com o intuito de reunir os elementos necessários para se realizar a devida distinção da responsabilidade civil pela perda de uma chance dos *punitive damages*, posicionando cada um em seu devido lugar na sistemática das indenizações no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Perda; Chance; *Punitive damages*; Diferenças; Indenização; Direito brasileiro

ABSTRACT

The current study develops a brief exposition about the general aspects of civil liability, covering themes related to the loss of a chance theory, by building a picture of the responsibility for the loss of a chance in Brazilian law. Thus, subjects as its historical development, concept and specific elements – like the chance and the damage liquidation – are able to give the current status of this institute in Brazilian civil law. Furthermore, the study also discusses the most important lessons related to the punitive damages, through its history, concepts and arguments in favor of its implementation in Brazilian law. All this in order to gather the necessary to accomplish the distinction of the responsibility for the loss of a chance from punitive damages, placing each institute in its proper position in the damages Brazilian system.

KEYWORDS: Civil liability; Loss; Chance; *Punitive damages*; Differences; Damages; Brazilian law

Introdução

O atual estágio evolutivo do ordenamento jurídico nacional não deixa dúvidas de que o descumprimento de uma obrigação – seja ela contratual ou derivada de infração a dever de

conduta imposto genericamente – tem como consequência o surgimento da obrigação de ressarcir o prejuízo causado, isto é, da responsabilidade civil.

Desde já, portanto, configura-se como elemento indispensável da responsabilidade civil, de acordo com a unanimidade da doutrina pátria, a existência do prejuízo causado pelo agente, cuja concretização, via de regra, realizar-se-ia a partir da figura do dano¹.

Ademais, não é só o dano que ganha um papel importante na discussão relativa à responsabilidade civil. O nexo causal também deve ser analisado com *status* de indispensabilidade, tendo em vista constituir um de seus elementos configuradores, capaz de ensejar o surgimento da reparação.

Nesse sentido, uma nova forma de entendimento do dano e do nexo causal vem ganhando espaço na doutrina internacional – sobretudo na França – e desafiando os aplicadores do direito nacional. É a responsabilidade caracterizada pela perda de uma chance.

Dessa forma, considerando-se a inexistência de unanimidade e clareza em relação ao tratamento da perda de uma chance pela doutrina pátria, cumpre destacar os seus principais elementos, permitindo a sua delimitação e conceituação perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, ciente de que o dano – inclusive aquele caracterizado pela perda de uma chance – deve ter como consequência, em geral, a indenização pelos prejuízos causados, é imprescindível a diferença a ser feita quanto à responsabilidade civil pela perda de uma chance e os *punitive damages*, com o intuito de se afastar qualquer dúvida a respeito dos seus conceitos.

1. Responsabilidade Civil: aspectos gerais

Ao longo dos anos, a responsabilidade civil vem evoluindo na história da humanidade. É possível, p. ex., encontrar suas aplicações na Lei das XII Tábuas, nos impérios Inca e Maia, nas tribos indígenas, no império romano e na Revolução Francesa². Por sua vez, no Brasil, o marco inicial do assunto, no que se refere ao período pós-independência, foi a elaboração do Código Criminal de 1830, que trazia regras destinadas à responsabilidade civil³.

¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 127.

² SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações**. Rio de Janeiro, Forense. 2005. p. 4.

³ *Idem*, p. 4.

Em relação ao momento atual, Gustavo Tepedino e outros autores afirmam que o Código Civil em vigor utiliza a expressão responsabilidade civil com o objetivo de designar o título que cuidará da obrigação de indenizar e da indenização. Ademais, não obstante o seu exato significado ter sido alvo de grande debate doutrinário, os autores ressaltam que hoje existe consenso em se abordar a responsabilidade civil como a obrigação de reparar um prejuízo causado a outrem⁴.

Já Luiz Cláudio da Silva conceitua a responsabilidade civil como um conjunto de normas – constitucionais e infraconstitucionais – princípios e teorias que preceituam a obrigação de indenizar de uma pessoa pelos danos que causar a outra, seja por decorrência de um ato ilícito ou por inobservância de cláusulas contratuais⁵.

Por sua vez, Rui Stoco chega à conclusão de que a responsabilidade civil é uma instituição enquanto garantia de direitos. “É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*”⁶.

Nesse sentido, o renomado autor ressalta que:

Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito.⁷

Além disso, Rui Stoco, ao abordar aspectos relacionados aos mecanismos da responsabilidade, constata a sua sustentação jurídica, cuja concretização dependeria da prática de um ato ilícito, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento irrefletido, mas qualificado pela desídia, pelo açodamento ou pela inabilidade técnica, desde que ocasione um resultado danoso no plano material ou moral⁸.

Mesmo sabendo que essa constatação de Rui Stoco não abrange todos os efeitos jurídicos resultantes da responsabilidade civil⁹, pode-se, a partir dela, reunir alguns elementos caracterizadores de sua incidência, cuja análise se mostra necessária: (i) conduta humana; (ii) culpa; (iii) nexo de causalidade e (iv) dano.

⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 804.

⁵ SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações**. *Op. cit.* p. 4.

⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. *Op. cit.* p. 133.

⁷ *Idem, ibidem*.

⁸ *Idem*, p. 139.

⁹ Um exemplo que ratifica essa afirmação se relaciona com as hipóteses de responsabilidade objetiva que são sustentadas pela teoria do risco. Alguns doutrinadores defendem, p. ex., que a Administração Pública, com base na teoria do risco integral, deve responder por todo e qualquer dano cuja conduta de seu agente deu causa, ainda que presente alguma hipótese de excludente da responsabilidade. Isso significa dizer que o Estado deveria indenizar o particular que sofreu o dano ainda que o ato praticado pelo agente público fosse lícito.

1.1. Conduta humana

Prima facie, pode-se afirmar que o elemento fundamental de qualquer ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. A lesão a bem jurídico, cuja existência se verificará, via de regra, no plano normativo da culpa, só acontece quando há, no plano naturalístico da conduta, uma ação ou omissão que configure a base do resultado lesivo¹⁰.

Nesse sentido, a doutrina francesa apresenta como um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva o seu fato gerador, cuja configuração depende de um elemento forma, que nada mais é do que a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária¹¹.

Com isso, mencione-se não existir responsabilidade civil sem determinado comportamento humano¹², que, em geral, será contrário à ordem jurídica. Como bem ressalta Rui Stoco, “ação e omissão constituem, por isso mesmo, [...] o primeiro momento da responsabilidade civil”¹³.

Cumprir destacar, portanto, que a conduta humana relevante para a caracterização da responsabilidade civil abarca as noções de ação e omissão, tendo em vista a violação de uma norma jurídica ser decorrência de um *facere* (ação), ou de um *non facere* (omissão).

Deve-se salientar, destarte, que uma ação ilícita só pode ser imputada a uma pessoa. Por sua vez, na sua conduta, a relevância jurídica só se faz presente quando há uma ação ou omissão voluntária, conforme previsão expressa do art. 186 do Código Civil¹⁴.

Ressalte-se que a voluntariedade da conduta, como preceitua Rui Stoco,

[...] não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo, mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. **O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.**¹⁵
(grifo nosso)

Ademais, cumpre assinalar que a omissão é um não fazer relevante para o Direito, desde que alcance um bem juridicamente tutelado. É uma conduta negativa, que se origina pelo fato de que alguém não realizou determinada ação quando deveria fazê-lo, não tendo agido de determinada forma¹⁶.

¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. *Op. cit.* p. 153.

¹¹ SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações**. *Op. cit.* p. 8.

¹² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. *Op. cit.* p. 153.

¹³ *Idem, ibidem*.

¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁶ *Idem*, p. 154.

1.2. Culpa: responsabilidade subjetiva

Em sentido amplo, a culpa pode abranger a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim desejado, embora ilícito, ou o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão do aodamento, da desídia ou da imperfeição técnica, mesmo que sem intenção de prejudicar¹⁷.

Nesse sentido, a ação intencional e destinada a uma finalidade que o Direito repudia configura o dolo; por sua vez, a inobservância do dever de cuidado torna culposa a conduta, visto que na culpa o fim almejado pelo agente não é importante, assumindo relevância a forma imprópria com que atuou¹⁸.

Vale ressaltar que a culpa pode – ou não – produzir resultado danoso. Nos casos em que existe essa consequência, ela se apresenta pela forma de ato ilícito, o qual pode ou não produzir dano. Mencione-se que apenas aquela hipótese, de produção do dano, interessa à responsabilidade civil¹⁹.

Ademais, pode-se perceber que a culpa – a partir de uma visão genérica – é fundamento do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Sob essa perspectiva são encontrados dois elementos: (i) objetivo, caracterizado pela iliceidade e (ii) subjetivo, do mau procedimento imputável²⁰.

Por sua parte, a conduta reprovável abrange duas concepções: (i) o dolo, cuja vontade direta de prejudicar do agente é identificada e (ii) a culpa em sentido estrito, que se configura a partir da negligência, imprudência e imperícia²¹.

Destarte, o dolo é a consciência e vontade dirigidas a um fim ou resultado ilícito e desconforme com o direito. É a ofensa a um dever preexistente de forma consciente e desejada²².

Sem adentrar nas diversas modalidades de culpa em sentido estrito, visto que tal procedimento não se faria útil para a essência do trabalho, pode-se afirmar que seu conceito abrange o agir inadequado por força de comportamento negligente, imprudente ou imperito. Além disso, na culpa em sentido estrito o agente não deseja o resultado lesivo, o qual se mostra inescusável. Em geral, seu objetivo é lícito, estando ausente a intenção de prejudicar²³.

¹⁷ *Idem*, p. 157.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ *Idem, ibidem*.

²¹ *Idem, ibidem*.

²² *Idem, ibidem*.

²³ *Idem, ibidem*.

No que diz respeito à aplicabilidade da responsabilidade civil – e da culpa – no direito brasileiro, vale destacar que, tendo como base o Código de Napoleão, o Código Civil de 1916 orientou seu sistema de responsabilidade no ato ilícito, que tem a culpa em sentido amplo como elemento nuclear. Dessa forma, o nascimento do dever de indenizar dependia da capacidade da vítima de demonstrar o comportamento culposo do agente que causara o prejuízo²⁴. Isso significa que a responsabilidade era subjetiva.

No entanto, a evolução social resultou na constatação de que a tradicional doutrina da responsabilidade subjetiva, orientada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral, se mostrava insuficiente para a tutela das relações jurídicas na sociedade. Com isso, no novo retrato social a reparação da vítima não poderia estar atrelada à prova quase impossível que identificasse quem agiu de forma negligente, isto é, culposamente²⁵.

Destarte, foi imprescindível a mudança do foco da responsabilidade civil, a partir do século XX, para que se deslocasse a base, anteriormente atribuída ao agente que praticou o ilícito, para se assegurar o mais amplo ressarcimento à vítima dos eventos danosos²⁶.

Nesse sentido, a doutrina francesa caminhou para a identificação de hipóteses de presunção de culpa – por vezes relativa e por outras vezes absoluta – deixando à margem os inconvenientes do ônus da prova da vítima. Assim, surgiu a doutrina da responsabilidade objetiva, cuja propagação no século XX, por intermédio da adoção da teoria do risco, demonstra o fracasso das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas da sociedade²⁷.

1.2.1. Risco e lei: responsabilidade objetiva

Prima facie, vale ressaltar que o nascimento de diversos acidentes que deixavam a vítima completamente desassistida implicou a atribuição de responsabilidade não apenas fundamentada na manifestação culposa ou dolosa, mas também como decorrência da atividade exercida²⁸.

²⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. *Op. cit.* p. 804.

²⁵ *Idem*, p. 804-805.

²⁶ *Idem*, p. 805.

²⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸ *Idem, ibidem*. Rui Stoco, inclusive, traz a visão de Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho, que observaram o fato de a responsabilidade civil ter passado por uma grande evolução ao longo do século XX. De acordo com os autores, esse foi o ramo do Direito que sofreu as maiores mudanças, superando, inclusive, o direito de família, que por si só é caracterizado pelas constantes mutações. (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. *Op. cit.* p. 181).

A responsabilidade civil, portanto, substituiu – parcialmente – a antiga coerência do sistema, superando em diversos casos a necessidade de identificação do culpado pela responsabilidade sem culpa, considerada por muitos doutrinadores como um verdadeiro compromisso com a solidariedade social²⁹.

Sendo assim, de acordo com o fundamento que se confira à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano³⁰. Isso porque, conforme desenvolvimento anterior, de acordo com a teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade³¹.

Destarte, a lei determina, a certas pessoas e em certas situações, que haja reparação de um dano cometido sem culpa. Essas são hipóteses de responsabilidade objetiva, visto que prescindem da culpa e se configuram apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria, qualificada como objetiva, ou do risco, tem como sustentação a premissa de que todo dano é indenizável, devendo ser reparado por quem a ele se conecta por um nexo de causalidade, independentemente de culpa³².

Nas situações em que a responsabilidade é objetiva não é exigida prova de culpa do agente para que este seja obrigado a reparar o dano. Em certos casos, inclusive, ela é presumida pela própria lei. Em outros, tal presunção não se mostra necessária, pois a responsabilidade se funda no risco (é a chamada responsabilidade objetiva propriamente dita ou pura)³³.

Ademais, existem hipóteses em que a culpa é presumida, ocasionando a inversão do ônus da prova. Com efeito, resta ao autor da ação de indenização a tão só prova da conduta do réu e do dano dela resultante, tendo em vista a culpa ser presumida. Essa espécie costuma ser denominada de responsabilidade objetiva imprópria ou impura³⁴.

Cumprido destacar, também, a existência – dentre várias teorias – daquela que se fundamenta na ideia do risco. Para essa teoria, toda pessoa que desempenha alguma atividade dá origem a um risco de dano para terceiros, devendo ser obrigada a repará-lo, ainda que não lhe possa ser imputado a título de culpa³⁵.

Carlos Roberto Gonçalves é preciso ao definir a teoria do risco:

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 21.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² *Idem, ibidem.*

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵ *Idem, p. 22.*

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável [...]; ora mais genericamente como “risco-criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.³⁶

Ademais, ressalte-se que no Brasil o Código Civil, tendo-se como base a leitura do seu artigo 186, adotou a teoria subjetiva, qualificando o dolo ou a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Sendo assim, a responsabilidade subjetiva é a regra, sem prejuízo da utilização da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos³⁷.

1.3. Nexo de Causalidade

O nexo causal configura mais um elemento essencial da responsabilidade civil. Consiste no vínculo entre a conduta e o resultado, sendo eleito por Rui Stoco como o segundo pressuposto da responsabilidade civil, atrás apenas da conduta³⁸.

Sua importância pode ser quantificada com o resgate dos ensinamentos da teoria clássica acerca da obrigação de reparar o dano. Isso porque segundo a doutrina subjetivista a configuração da responsabilidade civil depende da reunião de três elementos, ditos essenciais: (i) a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, (ii) um dano e (iii) o nexo de causalidade entre ambos³⁹.

Destarte, torna-se imprescindível que se estabeleça um paralelo de causalidade entre injuridicidade da ação e o mal causado. Em outras palavras, pode-se afirmar que é necessária a certeza de que sem o fato analisado o dano não teria acontecido⁴⁰.

Sendo assim, Rui Stoco, ao tecer considerações acerca da responsabilidade subjetiva, assevera que:

o nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito. Dessarte, antes mesmo de verificar se o agente do fato

³⁶ *Idem, ibidem.*

³⁷ *Idem*, p. 23. Carlos Roberto Gonçalves identifica uma série de dispositivos presentes no Código Civil que adotam a responsabilidade objetiva: “Poderiam ser lembrados, como de responsabilidade objetiva, em nosso diploma civil, os arts. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas. E, ainda, os arts. 929 e 930, que prevêm a responsabilidade por ato ilícito (estado de necessidade); os arts. 939 e 940, sobre a responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou por dívidas já pagas; o art. 933, pelo qual os pais, tutores, curadores e empregadores donos de hotéis e de escola respondem, independentemente de culpa, pelos atos danosos de terceiros; o parágrafo único do art. 927, que trata da 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, risco para os direitos de outrem” (*Idem, ibidem*).

³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. *Op. cit.* p. 175.

³⁹ *Idem*, p. 176.

⁴⁰ *Idem, ibidem.*

sob análise agiu com culpa, tem-se, como antecedente lógico, que examinar se foi ele quem deu causa ao resultado.⁴¹

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves também considera a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano como um dos pressupostos da responsabilidade civil. Sem tal relação de causalidade, inclusive, não se admite a obrigação de indenizar. O artigo 186 do Código Civil, segundo o autor, exige expressamente a configuração do nexo de causalidade para que se atribua a obrigação de reparar o dano⁴².

Ademais, o estudo do nexo causal encontra grandes dificuldades quando do aparecimento de concausas, o que demonstra não ser sempre fácil a pesquisa da verdadeira causa do dano. Nessas hipóteses, três são as principais teorias aplicáveis: (i) a da equivalência das condições; (ii) a da causalidade adequada e (iii) a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu⁴³.

Ressalte-se que, para a pesquisa do nexo causal, dentre as aludidas teorias o Código Civil adotou a última, conforme se depreende da leitura do seu artigo 403, sendo necessário, portanto, que a indenização abranja apenas os danos direta e imediatamente decorrentes da conduta do agente⁴⁴.

Dessa forma, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que:

Não é, portanto, indenizável o chamado "dano remoto", que seria consequência "indireta" do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento.⁴⁵

Para o autor, a adoção da teoria do dano direto e imediato por parte do legislador infraconstitucional demonstrou uma acertada negação à tentativa de se sujeitar o autor do dano a absolutamente todas as consequências do seu ato, nos casos em que essas já não estão mais ligadas a ele diretamente⁴⁶.

1.4. Dano

Rui Stoco constata a unanimidade da doutrina pátria em defender a inexistência de responsabilidade sem prejuízo causado pelo agente, cuja concretização se realizaria a partir da figura do dano⁴⁷.

⁴¹ *Idem, ibidem.*

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** *Op. cit.* p. 520.

⁴³ *Idem,* p. 521.

⁴⁴ *Idem,* p. 523-524.

⁴⁵ *Idem,* p. 524.

⁴⁶ *Idem,* p. 526.

⁴⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência.** *Op. cit.* p. 127.

Nesse sentido, o aludido autor afirma ser esse elemento indispensável para a responsabilização do agente, de forma que o resultado danoso se mostra imprescindível para a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas. Com efeito, “a ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato”⁴⁸.

Destarte, Rui Stoco chega à conclusão de que:

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, que nem sempre exige um resultado danoso para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil é a extensão ou o *quantum* do dano que dá a dimensão da indenização. [...] mesmo existindo um ato ilícito, ou seja, um ato contrário ao Direito, mas não havendo dano, não há indenização [...] pois o dano é pressuposto da responsabilidade.⁴⁹

Por sua vez, o dano pode ser material, pelo fato de atingir e diminuir o patrimônio do lesado, ou tão-somente moral, isto é, sem repercussão na sua órbita financeira. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves traz a definição de Agostinho Alvim, para quem o dano, em sentido amplo, é a lesão a qualquer bem jurídico, incluindo-se, portanto, o dano moral⁵⁰.

Ainda segundo Agostinho Alvim, dano em sentido estrito é a lesão do patrimônio, o qual, por sua vez, é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Sendo assim, para o autor as consequências do dano se vinculam à indenização, razão pela qual apenas o estudo do dano indenizável se mostra pertinente⁵¹.

Carlos Roberto Gonçalves se vale, ainda, do conceito de Ludwing Enneccerus⁵², que afirma ser o dano toda desvantagem experimentada nos bens jurídicos “(patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc)”.

2. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: aspectos específicos

Prima facie, cumpre ressaltar que, apesar de ser analisada de maneira superficial pela doutrina brasileira, tanto os autores clássicos quanto os contemporâneos admitem a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no ordenamento jurídico nacional⁵³.

Por diversas vezes relacionada à responsabilização do advogado por desídia ou retardamento na propositura de uma ação judicial⁵⁴, essa forma de responsabilidade encontra

⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹ *Idem, ibidem.*

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 376.

⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁵² ENNECCERUS, Ludwing. Derecho de obligaciones. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 376.

⁵³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas. 2006. p. 36.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 274.

fundamento na proteção contra as intervenções de terceiros que eliminam a possibilidade de acontecimento de um fato cuja probabilidade de ocorrência se mostrava elevada, prejudicando aquele que dele se beneficiaria.

Dessa forma, após a abordagem dos principais elementos relativos à responsabilidade civil como gênero, cumpre relacioná-los aos ensinamentos da teoria da perda de uma chance, com o intuito de delimitar a sua aplicação no direito brasileiro.

2.1. Desenvolvimento histórico

A teoria da perda de uma chance teve origem na jurisprudência francesa, tendo, alguns doutrinadores, limitado sua aplicação apenas para os casos de responsabilidade médica, traduzindo-a como a perda de uma chance de cura⁵⁵.

Essa hipótese foi utilizada pela primeira vez no ano de 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, quando da análise de recurso relativo à responsabilidade de um médico que realizou diagnóstico equivocado, elidindo as chances da vítima de obter a cura da doença sofrida. Na esteira desse posicionamento, outras decisões foram proferidas por aquela Corte, aplicando-se a mesma teoria. Com isso, a partir da referida decisão a teoria da perda de uma chance entrou em processo de consolidação perante a Corte de Cassação Francesa⁵⁶.

Dentre as decisões mais marcantes que envolveram a teoria em questão há o julgamento realizado em 1969, cuja análise se assentava no caso de um paciente que faleceu logo após se submeter a uma operação de apendicite. Nesse caso, o médico responsável agendou por imediato a cirurgia, sem a realização de quaisquer exames pré-operatórios, os quais seriam capazes de constatar a reação do paciente, evitando a sua morte⁵⁷.

Nessas circunstâncias, a indenização não se embasava no dano sofrido pela vítima – isto é, na sua morte – pois o nexo causal, para a Corte francesa, não se evidenciava para tanto. Por outro lado, existiam provas suficientes para fundamentar a causalidade entre a privação de sobrevivência do paciente, tendo em vista a intervenção médica. Sendo assim, a responsabilização era determinada pela perda da chance de sobrevivência⁵⁸.

Destarte, a partir do entendimento desse julgado – que se assemelha aos demais proferidos pela Corte francesa – resta fácil a constatação da existência de uma conduta culposa e do dano. Contudo, o nexo de causalidade não se evidenciou nesse aspecto, visto que

⁵⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online**. out. 2005.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

⁵⁸ *Idem, ibidem*.

o dano (morte da vítima) poderia ter ocorrido por condições físicas e psicológicas do próprio paciente⁵⁹.

Dessa forma, a Corte de Cassação Francesa fundamenta a responsabilização tão-somente pela perda da chance de sobrevivência, levando-se em consideração que, no julgamento citado, se o médico tivesse tomado todos os cuidados necessários subsistiria uma chance de sobrevivência do paciente⁶⁰.

Sendo assim, é possível a conclusão de que o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance apresentou-se como resultado dessa dificuldade, em certas situações, de configuração do nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima⁶¹.

Ademais, Glenda Gonçalves Gondim, no que diz respeito à aplicabilidade do instituto na França, constata que:

[...] a criação desta teoria foi admitida pelo direito francês, em face dos dispositivos legais presentes no Código Civil [...] deste país. Isto porque, ao contrário do Código Civil [...] Brasileiro, no Napoleônico não existe uma enumeração aos interesses protegidos, senão vejamos, o art. 1.382 do Código Francês prevê que "Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga este pela culpa em razão do qual ele ocorreu, a reparar". Não obstante seja jurisprudencialmente admitida no direito francês, a doutrina francesa ainda discute acerca da validade desta teoria.⁶²

2.2. Conceito e natureza jurídica: elementos caracterizadores

De início, é importante a percepção de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance admite a possibilidade de indenização nas situações em que alguém se vê privado da oportunidade de auferir um lucro ou de evitar um prejuízo. Isso se dá, dentre outros motivos, em virtude de a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciarem na incidência do dever de ressarcir⁶³.

Dessa forma, na teoria em análise surge a orientação de que a reparação não se dará por intermédio de um dano, mas sim pela perda de uma chance real. Em outras palavras, ainda que não haja um dano certo e determinado subsiste prejuízo para a vítima em virtude da legítima expectativa que ela possuía em obter um benefício ou evitar um prejuízo⁶⁴.

Silvio Venosa chega à conclusão de que a perda da chance configuraria, na verdade, um terceiro gênero de indenização, que se posicionaria entre o dano emergente e o lucro

⁵⁹ *Idem, ibidem.*

⁶⁰ *Idem, ibidem.*

⁶¹ *Idem, ibidem.*

⁶² *Idem, ibidem.*

⁶³ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. out. 2009.

⁶⁴ *Idem, ibidem.*

cessante, capaz de entrar na esfera do dano ressarcível nos casos em que exista certo grau de probabilidade⁶⁵.

Já Rafael Peteffi da Silva constata que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é dividida em duas vertentes: (i) por vezes é utilizada como uma categoria de dano específico, independente do dano final; (ii) e por outras é utilizada com recurso à causalidade parcial, casos em que se observa a perda da vantagem esperada (dano final)⁶⁶.

Por sua vez, Aguiar Dias e Carvalho Santos consideraram a perda de uma chance como uma espécie de lucros cessantes, não admitindo a existência de um dano concretizado na perda da oportunidade. Carvalho Santos, inclusive, inviabiliza a pretensão de indenização da chance perdida por si só considerada⁶⁷.

Recorrendo, ainda, aos ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva, o autor assevera que a natureza jurídica da perda de uma chance pode ser determinada como um dano atual ou futuro, capaz de ocorrer tanto na responsabilidade delitual quanto na contratual⁶⁸.

Ademais, quanto aos elementos que caracterizam a perda de uma chance, a melhor doutrina afirma ser necessária a existência: (i) da conduta do agente; (ii) do resultado que se perdeu (o qual se assemelha ao dano); (iii) e do nexos causal entre a conduta e (iv) a chance perdida⁶⁹.

Gilberto Andreassa Junior constata que “diante disso, pode-se analisar a teoria da perda de uma chance como uma nova dimensão para o nexos causal e o dano, porém, sem abandonar os conceitos considerados clássicos”⁷⁰.

Sendo assim, considerando-se esgotados boa parte dos desenvolvimentos relativos aos elementos da responsabilidade civil pela perda de uma chance, porque já abordados no estudo dos aspectos gerais da responsabilidade civil, cumpre destacar a sua aplicação no direito brasileiro, abrangendo algumas das vertentes específicas dessa forma de responsabilidade.

Isso porque os elementos básicos da responsabilidade civil estudados anteriormente deverão estar presentes. Contudo, tanto o dano quanto o nexos de causalidade deverão ser

⁶⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. *Op. cit.* p. 41.

⁶⁶ *Idem*, p. 43.

⁶⁷ *Idem*, p. 39. Já Aguiar Dias, não obstante considerar a perda de uma chance como uma espécie de lucros cessantes, “admite ser indenizável a chance perdida, encontrando dificuldades, tão somente, na forma de quantificar o dano decorrente da perda da chance[...]” (*Idem*, p. 40)

⁶⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2009. p. 191.

⁶⁹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

analisados por meio de uma nova ótica, tendo em vista se tratar de uma chance perdida, devendo existir uma probabilidade cumulada a uma certeza⁷¹.

2.3. Aplicação no direito brasileiro

Prima facie, vale destacar que o direito brasileiro não prevê expressamente essa reparação específica. Além disso, a aplicação jurisprudencial do instituto vem sendo limitada a determinados tribunais. No entanto, a partir da caracterização clássica da responsabilidade civil, nas situações em que se demonstram preenchidos todos os requisitos necessários para a sua configuração, resta fácil a conclusão pela possibilidade de se aplicar a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio⁷².

Como bem ressalta Glenda Gonçalves Gondim:

[...] A partir desta análise, de um lado tem-se que o Código Civil [...] Brasileiro impõe a certeza do dano como pressuposto da reparação, omitindo a possibilidade de indenizações das "chances", **sendo que por outro lado, tem-se um dos princípios fundamentais do instituto da responsabilidade civil, qual seja o *neminem laedere*, referindo-se à necessidade de indenização às lesões sofridas por qualquer indivíduo.**⁷³ (grifo nosso)

Em determinadas situações, o magistrado encontrar-se-á perante uma difícil tarefa de diferenciar a perda de uma chance do dano hipotético, que não implica a caracterização do instituto em foco. Como se perceberá, o ressarcimento só será admitido quando for possível que se situe a perda da chance como um dano certo⁷⁴.

Sendo assim, é imprescindível a análise de alguns elementos específicos da teoria da perda de uma chance, com o intuito de legitimar a sua aplicação no direito brasileiro.

2.3.1. Nexu causal: chance

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é delimitada pelo caráter de certeza que deve qualificar o dano reparável. Dessa forma, a demanda só poderá ser considerada procedente se a chance perdida representar muito mais do que uma mera esperança subjetiva. Por isso mesmo, a demonstração da seriedade e da realidade das chances

⁷¹ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

⁷² *Idem, ibidem.*

⁷³ *Idem, ibidem.*

⁷⁴ *Idem, ibidem.*

perdas é o requisito mais utilizado pelos tribunais franceses, com o objetivo de separar os danos indenizáveis dos danos puramente hipotéticos, cuja reparação não se mostra passível⁷⁵.

A chance, elemento essencial para o instituto, deve, portanto, configurar um dano atual, não hipotético. Torna-se ressarcível nos casos em que induz uma probabilidade suficiente de benefício econômico que resta frustrado pelo ofensor⁷⁶.

Gilberto Andreassa Junior traz as lições de Fernando Noronha a respeito do tema. Para o autor, a primeira providência necessária consistiria na averiguação da realidade e seriedade da chance perdida. Caso elas existam há obrigação de indenizar. Caso contrário ela terá caráter meramente hipotético, não implicando indenização⁷⁷.

Vale ressaltar que Glenda Gonçalves Gondim conceitua a chance hipotética como sendo aquela que:

[...] para sua concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando-se a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos.⁷⁸

Especificamente quanto à responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, Miguel Kfoury Neto afirma que a chance perdida deve ser séria ou real e séria. É necessário, portanto, demonstrar a realidade do prejuízo final, o qual não pode ser evitado. Prejuízo esse, ressalte-se, cuja quantificação dependerá do nível de probabilidade de que a chance perdida se realizaria⁷⁹.

Dessa forma, não são admitidas as expectativas incertas ou de probabilidade baixas, que são repudiadas pelo ordenamento jurídico. A chance indenizável deve ser algo que certamente aconteceria, mas cuja concretização foi impedida tendo em vista o fato danoso⁸⁰.

Com isso, a chance perdida passível de indenização não pode, em qualquer hipótese, ser meramente hipotética, de maneira que se configura imprescindível a existência da certeza de que houve uma impossibilidade de obter um ganho ou evitar uma perda. Essa certeza,

⁷⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. *Op. cit.* p. 138.

⁷⁶ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

⁷⁷ *Idem, ibidem*.

⁷⁸ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

⁷⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. *Op. cit.* p. 191.

⁸⁰ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

ressalte-se, encontra fundamento na comprovação de que a oportunidade perdida em virtude da conduta do agente se concretizaria⁸¹.

Por fim, Rafael Peteffi elabora uma importante distinção da perda de uma chance para a criação de um risco, que pode ser resumida pela seguinte passagem:

O ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.⁸²

2.3.2. Quantificação e indenização do dano

De acordo com a doutrina clássica, a reparação do dano pode acontecer por intermédio de duas maneiras: (i) naturalmente ou (ii) pela indenização pecuniária⁸³.

A reparação natural se relaciona com a restauração da situação anterior, por meio da entrega do objeto lesionado ou a sua troca, nas hipóteses em que existir essa possibilidade. A segunda forma de reparação trata da restituição pecuniária ao lesado. Mencione-se que ambas têm como objetivo o restabelecimento da situação anterior à ocorrência do fato⁸⁴.

Já no que diz respeito à indenização por chances, François Chabas propugna pela inexistência de diferença na natureza da reparação do dano ocorrido e na perda de chances. Tal conclusão se assenta no fato de se estar reparando uma chance do dano que não ocorreu, tendo a mesma característica caso fosse possível a sua reparação direta⁸⁵.

No entanto, cumpre destacar que:

[...] o próprio conceito da teoria é das chances que se perderam, assim, **não há como restabelecer o *status quo ante*, de tal sorte que, ainda que o dano pudesse ser restabelecido monetariamente, a chance não o será, havendo apenas a compensação da lesão, sendo de tal sorte, uma indenização compensatória.**⁸⁶
(grifo nosso)

Por sua vez, especificamente quanto às questões práticas da responsabilidade pela perda de uma chance, Rafael Peteffi da Silva constata que a quantificação do dano relativo à perda de uma chance é bastante temerária na jurisprudência do Brasil. Ainda segundo o autor, essa situação de insegurança se mostra agravada pelo grande volume de decisões judiciais que

⁸¹ *Idem, ibidem.*

⁸² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** *Op. cit.* p. 116.

⁸³ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online.** *Op. cit.*

⁸⁴ *Idem, ibidem.*

⁸⁵ *Idem, ibidem.*

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

determinam a quantificação do dano em procedimento de liquidação de sentença, empurrando a resolução do problema para o juiz da execução⁸⁷.

No que diz respeito à própria tarefa de quantificação das chances perdidas, o autor ressalta que a perda de uma chance apenas é utilizada pelo fato de a vítima estar impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do ofensor e a perda definitiva da vantagem esperada⁸⁸.

Sendo assim, a regra fundamental a ser seguida nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance se refere à imposição de que a indenização sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e efetivamente perdida pela vítima. Essa regra, inclusive, deve ser observada até mesmo nas hipóteses de dano moral⁸⁹.

Destarte, a doutrina ressalta, com muita frequência, que a reparação pela perda de uma chance não se destina à reparação integral do prejuízo⁹⁰. Isso porque a indenização deve ter como base a própria chance, levando-se em consideração o provável resultado capaz de acontecer, caso a chance tivesse se configurado⁹¹.

Com efeito, o Glenda Gonçalves Gondim ensina que

não há que se cogitar uma reparação equivalente ao benefício que provavelmente ocorreria, **devendo o valor ser apurado pela chance e não pela perda, não podendo ser avaliado o dano causado, mas apenas a chance, tendo em vista que esta é comprovadamente a lesão do ofendido.**⁹² (grifo nosso)

Nesse sentido, nas indenizações pela perda da chance, a Corte de Cassação Francesa analisa o dano integralmente. Contudo, indeniza proporcionalmente ao montante da chance perdido. Ainda que não seja considerado o melhor cálculo ou o mais justo, Glenda Gonçalves Gondim adverte ser o mais adequado até o presente momento⁹³.

Ressalte-se, ainda, o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, para quem a quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, nos termos do artigo 946 do Código Civil, de modo equitativo pelo magistrado, que deverá ter como ponto de partida o resultado

⁸⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** *Op. cit.* p. 221.

⁸⁸ *Idem*, p. 142.

⁸⁹ *Idem*, p. 142-143. Rafael Peteffi da Silva, inclusive, traz um exemplo curioso: “Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma percentagem do valor que seria concedido se houvesse nexo causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço” (*Idem*, p. 143).

⁹⁰ *Idem*, p. 143.

⁹¹ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online.** *Op. cit.*

⁹² *Idem, ibidem.* Por essa razão que não consideramos a perda da chance uma espécie do dano emergente, entendimento sustentado por diversos autores, como Sérgio Savi. (SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** *Op. cit.* p. 90).

⁹³ *Idem, ibidem.*

útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual da probabilidade de aferimento da vantagem esperada⁹⁴.

2.3.3. Fundamentos para a aceitação no Brasil

O Código Civil brasileiro, que sofreu grande influência do Código Civil Francês – país, como já ressaltado, que deu origem à teoria da perda de uma chance – adotou um sistema de responsabilidade civil semelhante ao sistema francês⁹⁵.

Essa constatação deriva do entendimento do art. 186 da referida lei pátria, que preceitua uma espécie de cláusula geral de responsabilidade civil. Ademais, o aludido Código se utilizou de um conceito amplo de dano, sem delimitar quais seriam as espécies por ele abrangidas⁹⁶.

Por isso, Sérgio Savi afirma não existir qualquer obstáculo à indenização das chances perdidas. Uma interpretação sistemática – segundo o autor – das regras relativas à responsabilidade civil leva à conclusão de que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando houver a prova do nexo causal entre a atitude do agente e a perda da chance⁹⁷.

Dessa forma, o autor defende que:

[...] o Código Civil brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que [...] em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar.⁹⁸

Ademais, o autor suscita o princípio da reparação integral dos danos, positivado pelo artigo 402 do Código Civil, para justificar a utilização da perda da chance no ordenamento jurídico nacional⁹⁹.

Esse princípio tem como função assegurar o equilíbrio entre o dano e a reparação, garantindo, sempre que possível, a colocação da vítima em posição semelhante à que estaria se o fato causador do prejuízo não tivesse ocorrido¹⁰⁰.

Além disso, Sérgio Savi se utiliza da evolução da responsabilidade civil para fundamentar a aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil. Isso porque ela alterou o

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 276.

⁹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. *Op. cit.* p. 84.

⁹⁶ *Idem, ibidem*.

⁹⁷ *Idem*, p. 86.

⁹⁸ *Idem, ibidem*.

⁹⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 87.

foco da atenção do ato ilícito para a proteção da vítima contra os danos considerados injustos pelo sistema jurídico¹⁰¹.

Destarte, pelo fato de a perda de uma chance, na maioria dos casos, ser considerada como um dano injusto, passível, portanto, de indenização¹⁰², a referida mudança de foco na análise da responsabilidade configuraria mais um fundamento para a aplicação da perda de uma chance no direito brasileiro.

2.3.3.1. Situação atual

A situação atual da responsabilidade civil no direito brasileiro é caracterizada pelo impulso à utilização da teoria da perda de uma chance em alguns tribunais nacionais. A presente evolução demonstra existir uma aceitação da teoria em diversas partes do país, considerada como meio adequado para a solução de ações de reparação de danos¹⁰³.

Entretanto, o crescimento do volume de julgados que envolvem a perda de uma chance deve ser relativizado, tendo em vista grande número dos tribunais brasileiros ainda não tê-la adotado. Destarte, não há que se falar em aplicação geral e irrestrita do instituto por parte da jurisprudência brasileira¹⁰⁴.

Não obstante tal constatação, inexistente orientação jurisprudencial que, ao se debruçar na análise da aplicabilidade do instituto, tenha eliminado qualquer hipótese de sua incidência no ordenamento jurídico. Alguns acórdãos isolados, bem verdade, negam determinadas aplicações da teoria da perda de uma chance, sem, contudo, condená-la por completo como instituto contrário à ordem jurídica¹⁰⁵.

Ademais, cumpre destacar a existência de volumosa tendência jurisprudencial brasileira no sentido de admitir a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos médicos e hospitalares¹⁰⁶.

3. *Punitive damages*

Embasados na repercussão mundial dos *punitive damages* e em reação aos baixos valores das indenizações conferidas para a reparação de danos morais, juristas trouxeram para o direito brasileiro a questão relativa ao caráter punitivo do dano moral¹⁰⁷.

¹⁰¹ *Idem*, p. 91.

¹⁰² *Idem*, p. 99.

¹⁰³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. *Op. cit.* p. 194.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 195.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 207.

Gustavo Tepedino e outros autores, ao discorrerem a respeito do caráter punitivo das indenizações, elencam como pontos favoráveis – considerados pelos tribunais pátrios – da punição do agente:

[...] i) se afasta (ou se satisfaz) o inato sentimento de vingança da vítima, evitando conflitos posteriores; ii) **imputa-se no agente a intenção de não praticar novamente ofensa semelhante, prevenindo-se, assim, danos futuros; iii) serve o caso de exemplo para que outras pessoas não queiram praticar a mesma conduta danosa.**¹⁰⁸ (grifo nosso)

Nesse sentido, doutrina e tribunais brasileiros vêm elencando, com o intuito de se realizar o arbitramento da indenização por dano moral, a gravidade da culpa e a capacidade econômica do ofensor, critérios que são capazes de conferir à indenização um caráter punitivo¹⁰⁹.

Outra curiosa fundamentação que pode ser encontrada para a utilização dos *punitive damages* reside na identificação das funções da própria responsabilidade civil, considerando que a indenização encontra-se, via de regra, a ela entrelaçada.

O autor argentino Edgard López Herrera, em uma de suas obras, listou as funções pertencentes à responsabilidade civil no âmbito de um contexto jurídico-social. Dentre essas funções o autor elenca o emprego sancionador das indenizações, que, além de prevenir o dano, constituiria uma verdadeira sanção ao ofensor¹¹⁰.

Com isso, cumpre destacar os elementos dos *punitive damages*, realizando-se uma breve análise acerca de seu desenvolvimento histórico, conceito e argumentos contrários e a favor de sua aplicação no ordenamento jurídico nacional, conferindo, assim, elementos suficientes para se entender a sua relação com a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

3.1. Desenvolvimento histórico e conceito

Os *punitive damages* são um instituto de origem britânica, cujo nascimento estaria vinculado à adoção, nesse ordenamento jurídico, da indenização por intermédio de múltiplos

¹⁰⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. *Op. cit.* p. 862.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ *Idem, ibidem.*

¹¹⁰ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. abr. 2007.

financeiros do dano. O autor do dano era sancionado por meio da imposição da reparação em um múltiplo do valor do prejuízo causado à vítima¹¹¹.

Sua primeira previsão expressa no direito anglo-saxão se deu na Inglaterra em 1278, por meio do *Statute of Councester*. Ao longo do século XVIII o instituto aperfeiçoou-se, tendo como consequência a criação da doutrina dos *exemplary damages*, cuja aplicação se prestava para os casos de danos extra-patrimoniais. Ressalte-se que com o seu desenvolvimento, as cortes inglesas já se utilizavam, em 1763, dos *punitive damages* nos termos atuais¹¹².

Ademais, sua difusão se deu com a adoção do instituto pela colônia americana. Em meados de 1960 praticamente todos os estados norte-americanos já aplicavam os *punitive damages*, utilizados majoritariamente em face de grandes fabricantes e indústrias¹¹³.

Atualmente, sua aplicação também é admitida pela jurisprudência norte-americana. No entanto, cumpre ressaltar a existência de posicionamentos no sentido da necessidade de sua reformulação, com o objetivo de se evitar decisões absurdas¹¹⁴.

Quanto ao seu conceito, é importante que se perceba que as orientações da doutrina dos *punitive damages* são simples e muito eficientes. Nos seus termos, aquele que deu causa ao injusto – dos danos materiais e, especialmente, dos danos morais – deve ser efetivamente punido. Sendo assim, o ofensor não pode restar impune por sua conduta ilícita¹¹⁵.

Adalmo Oliveira dos Santos Júnior ressalta que em todas as definições de *punitive damages* existe uma vertente comum: a presença do caráter preventivo, em virtude do desestímulo a novas práticas delituosas¹¹⁶.

A doutrina brasileira, ao definir o referido instituto – cuja aplicação ainda se mostra tímida – se posiciona no sentido de que *punitive damages*:

[...] consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à composição do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição [...] e prevenção pela exemplaridade da punição [...] opondo-se - nesse aspecto funcional - aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o dano causado.¹¹⁷

¹¹¹ *Idem, ibidem.*

¹¹² *Idem, ibidem.*

¹¹³ *Idem, ibidem.*

¹¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹¹⁵ PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. A introdução da doutrina norte-americana do *punitive damage* no sistema jurídico brasileiro para a avaliação das indenizações por danos morais – o dano moral enquanto elemento difusor da cidadania. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 8. p. 292. jul. 2001.

¹¹⁶ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

¹¹⁷ *Idem, ibidem.*

No que diz respeito à sua natureza jurídica, cumpre destacar que a doutrina nacional inclina-se no sentido de considerá-los como uma verdadeira pena, constituindo a indenização punitiva um acréscimo ao *quantum* indenizatório, não guardando, consigo, natureza de indenização propriamente dita¹¹⁸.

3.2. Aplicação no Brasil: argumentos contrários

Tendo em vista a tradição do direito brasileiro se assentar no fundamento reparatório da responsabilidade civil, alguns autores sustentam que o caráter punitivo não se amolda ao sistema nacional de responsabilização, tendo contra si vários argumentos¹¹⁹.

Para esses doutrinadores, a adoção da função punitiva significaria, *a priori*, uma grave violação ao princípio da legalidade, visto que representaria impor ao ofensor uma pena sem expressa previsão legal, deixando ao arbítrio do juiz o valor e a intensidade do castigo¹²⁰.

Além disso, em sendo a responsabilidade civil cumulativa com a responsabilidade penal, a aplicação do caráter punitivo poderia implicar *bis in idem*. Isso porque de acordo com os aludidos autores o agente que causa dano moral por certa conduta pode sofrer sanções civis e criminais, desde que a ação ou omissão se coadune com um determinado tipo penal¹²¹.

Ademais, a majoração da indenização, sob o aspecto punitivo, poderia recair sobre outra pessoa que não o ofensor, frustrando a intenção punitiva. Mesmo que essa majoração recaia sobre o próprio ofensor, esse poderia escapar da pena por meio de um seguro¹²².

Outro argumento defendido por aqueles que rejeitam a utilização dos *punitive damages* no direito brasileiro é embasado pela possibilidade de sua aplicação subverter o sistema de responsabilidade civil, desestimulando a suscitação da responsabilidade objetiva¹²³.

Contudo, vale mencionar que Gustavo Tepedino e outros autores, mesmo aparentando serem contrários ao caráter punitivo da indenização, afirmam que:

Apesar de todos [...] argumentos e outros que possam ser invocados, a tese do caráter punitivo encontra alguma justificativa nos casos em que a extensão do dano é insignificante e as indenizações, por reflexo, atingem valores irrisórios se

¹¹⁸ *Idem, ibidem*. Adalmo Oliveira dos Santos Júnior ressalta, ainda, que “[...] a jurisprudência estadunidense considera os danos punitivos como sendo incidental, de natureza acessória. Em vista dessa acessoriedade, os *punitive damages* só existiriam se houvesse algum dano real” (*Idem, ibidem*).

¹¹⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. *Op. cit.* p. 863.

¹²⁰ *Idem, ibidem*.

¹²¹ *Idem, ibidem*.

¹²² *Idem*, p. 863-864.

¹²³ *Idem*, p. 864.

comparados ao lucro obtido pelo próprio agente com a conduta danosa. [...] Aproveita-se o agente das dificuldades de acesso à justiça e da norma que restringe o valor da indenização à extensão do dano (CC, art. 944). Vale-se maliciosamente do sistema reparatório e da inexistência de qualquer conduta típica [...] que autorize uma penalidade.¹²⁴

Nesse sentido, os autores asseveram que nos casos em que há uma conduta sistemática e maliciosa do agente, que cause dano a um grande número de pessoas, a utilização da doutrina do caráter punitivo parece estar justificada. Mas, ainda de acordo com os autores, sua adoção no direito brasileiro dependeria de previsão legal específica¹²⁵.

Dessa forma, percebe-se que tais posicionamentos contrários à aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro, de citação obrigatória para qualquer trabalho que vise discorrer sobre o tema, se assentam, sobretudo, na ausência de previsão, por parte do Código Civil em vigor, do caráter punitivo da reparação.

Pelo contrário, o dispositivo legal concernente ao tema determinou que a indenização deve ser medida por intermédio da extensão do dano, deixando de lado, segundo Gustavo Tepedino e outros autores, qualquer pretensão de aplicabilidade dos *punitive damages* no direito brasileiro¹²⁶.

3.3. Aplicação no Brasil: argumentos favoráveis e situação atual

Outra parte da doutrina nacional se posiciona no sentido da admissibilidade da indenização com caráter punitivo em danos patrimoniais e extra-patrimoniais, a partir da defesa de sua aplicação de modo sistemático e coerente, tendo como base a teoria do valor do desestímulo¹²⁷.

Segundo essa teoria, caso a punição do autor do dano se baseasse tão-somente na sua reprovabilidade, estar-se-ia diante da perda do seu caráter inibitório ou preventivo, sendo esse o fator que deve constituir o principal fundamento para a aplicação da sanção. Dessa forma, a sanção deve ser utilizada dentro da ótica utilitarista (preventiva), sob pena de se transformar em sanção penal¹²⁸.

Ademais, a doutrina favorável à aplicação dos *punitive damages* ressalta que a bandeira do enriquecimento da vítima não pode ter uma interpretação absoluta capaz de

¹²⁴ *Idem, ibidem.*

¹²⁵ *Idem, ibidem.*

¹²⁶ *Idem*, p. 864-865.

¹²⁷ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

¹²⁸ *Idem, ibidem.*

impossibilitá-los. A indenização com caráter punitivo somente prosperará se o lesado auferir certo benefício com a propositura da ação, sendo recompensado pelo seu esforço e pelo bem proporcionado à sociedade, que se viu livre da perpetuação de uma situação injusta¹²⁹.

Com efeito, Adalmo Oliveira dos Santos Júnior assevera que:

[...] no caso de aplicação da indenização punitiva, escoreita é a solução de recompensar o lesado que propôs a ação com o pagamento de quantia superior ao que deveria receber a título de reparação de dano. O restante da quantia da indenização punitiva deveria ir para algum fundo, associação, ou mesmo para o Poder Judiciário. **O que não se pode deixar acontecer é o ofensor continuar com o seu ganho lesando direitos alheios. Deve-se neutralizar este lucro.** Com isso, não transformaria a justiça numa espécie de loteria, como afirmam alguns (se é que um dia poderia se transformar) e manteria o caráter inibitório da indenização.¹³⁰ (grifo nosso)

De acordo com o retrato atual da aplicação da indenização punitiva no direito brasileiro, o seu principal obstáculo é encontrado no temor da doutrina e da jurisprudência em adotar abertamente os *punitive damages*¹³¹.

Como forma de se relativizar a aplicação da sanção no bojo indenizatório, a doutrina majoritária apenas admite a punição nos casos em que haja dano moral. Isso significa que a doutrina e a jurisprudência concordam em grande parte que deve existir uma indenização punitiva para determinados casos. Entretanto, com o intuito de não adotá-la por inteiro, restringiram-na ao dano moral¹³².

Para se exemplificar essa relativização da doutrina dos *punitive damages* por parte dos tribunais brasileiros, pode-se analisar o teor do julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ abaixo:

[...] INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. [...] *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR EXORBITANTE. NECESSIDADE DA REDUÇÃO. RESPEITO AOS PARÂMETROS E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. [...] 2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, **bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.** 3. **A aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.** 4. Assim, cabe a

¹²⁹ *Idem, ibidem.*

¹³⁰ *Idem, ibidem.*

¹³¹ *Idem, ibidem.*

¹³² *Idem, ibidem.*

alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça [...].¹³³

Destarte, tendo em vista o receio relativo aos efeitos dos *punitive damages*, a jurisprudência brasileira, utilizando-se do caráter de imensurabilidade do dano moral, atribui à indenização um caráter punitivo¹³⁴. Tal constatação pode ser ratificada com a leitura das ementas a seguir:

CIVIL. CONSUMIDOR RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] LESÃO CONSTATADA. DEVER DE INDENIZAR. **DANO MORAL 1** – O contrato de transporte para envio de mercadorias dos EUA para Brasília/DF foi descumprido em razão do extravio do bem. **Dano material e moral devidos.** [...] 3 - **Cabível o pagamento de danos morais fixados no valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais) considerando o caráter punitivo e pedagógico (punitive damage), pois vários fatos semelhantes vem ocorrendo sem que providência sejam adotadas para solução da questão.** Precedentes: (20110310216960ACJ, Relator AISTON HENRIQUE DE SOUSA, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 22/11/2011, DJ 07/12/2011 p. 307) (20100111663548ACJ, Relator LUIS EDUARDO YATSUDA ARIMA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 22/11/2011, DJ 29/11/2011 p. 191)[...].¹³⁵ (grifo nosso)

JUIZADOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. [...] DANO MORAL PUNITIVO. **RECURSO PRETENDE CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS.** [...] **Caráter punitivo dos danos morais é aceito pela Jurisprudência pátria muito embora ainda não haja lei específica que o defina.** (20080110865615ACJ, Relator ARILSON RAMOS DE ARAUJO, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 30/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 263) (20110710015349ACJ, Relator DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 23/08/2011, DJ 25/08/2011 p. 237) **Também o STJ já reconheceu o efeito pedagógico do dano moral, o que nada mais é que a indenização punitiva, sanção do direito civil aplicável do direito pátrio. A partir de inúmeros julgados do STJ e STF percebe-se a preocupação em fixar o “efeito pedagógico do dano moral” do que se depreende a existência da indenização punitiva na área cível, ainda que não exista uma disposição específica do Código Civil. Trata-se de uma lacuna que vem sendo colmatada (integrada) pela jurisprudência.** Cito precedentes do STJ: (REsp 1134677/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 31/05/2011), (REsp Nº 1.182.100/MA (2010/0033288-4) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 02/08/2010) Cito precedentes do STF- (AI 558656, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CEZAR PELUSO, julgado em 01/09/2005, publicado em DJ 21/09/2005 PP-00050), (AI 450413, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 10/08/2004, publicado em DJ 31/08/2004 PP-00022) **A indenização punitiva existe no direito brasileiro por força de precedentes jurisprudências do STJ e STF,**

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 4. Turma. AgRgAg 850273/BA. rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro. Julgamento: 03.08.2010. **Diário de Justiça Eletrônico do STJ**: 24.08.2010.

¹³⁴ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. *Op. cit.*

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. 2. Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Distrito Federal. 2010011218671-0 ACJ. rel. Juiz João Fischer. Julgamento: 13.12.2011. **Diário de Justiça Eletrônico do TJDF**: 10.01.2012.

ainda que sob a denominação genérica de efeito pedagógico do dano moral[...].
¹³⁶ (grifo nosso)

4. Perda de uma chance e *punitive damages*: diferenças

Diante da já realizada análise minuciosa a respeito da responsabilidade civil pela perda de uma chance e dos *punitive damages*, é possível perceber algumas diferenças entre os dois institutos, o que permite que se proceda à separação de ambos no sistema reparatório do direito brasileiro.

Dessa forma, considerando-se que o estudo isolado dos dois institutos já conferiu o devido posicionamento de cada um na ótica da responsabilidade civil, cumpre ressaltar duas diferenças que se prestam como base para a eliminação de qualquer confusão pertinente ao conteúdo da perda de uma chance e dos *punitive damages*: (i) aquela relativa ao fato gerador da indenização e (ii) a que diz respeito à natureza da indenização.

Quanto ao fato gerador, de início, é importante a percepção de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance admite a possibilidade de indenização nas situações em que alguém se vê privado da oportunidade de auferir um lucro ou de evitar um prejuízo. Isso significa que o fato gerador de sua indenização desvincula-se do resultado perda, isto é, do dano naturalístico, recaindo tão-somente sobre a chance propriamente dita, a qual teve sua ocorrência impedida pela conduta do ofensor.

Sendo assim, uma diferença importante entre a responsabilidade civil pela perda de uma chance e os *punitive damages* se relaciona com seu fato gerador. Isso porque a indenização com caráter punitivo tem como fato gerador o próprio dano causado pelo agente. Ressalte-se que não se fala em chance séria e real perdida como fundamento para os *punitive damages*.

Nesse sentido, viu-se que na teoria da perda de uma chance – não obstante a grande controvérsia relativa à sua natureza jurídica – a reparação não se dará por meio de um dano naturalístico, mas sim pela perda de uma chance real. Mesmo que não exista um dano certo e determinado subsiste prejuízo para a vítima em virtude da sua legítima expectativa de obter um benefício ou evitar um prejuízo.

Com isso, a primeira importante diferença relativa aos dois institutos reside no fato gerador de cada um: (i) enquanto a responsabilidade pela perda de uma chance se funda na

¹³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. 2. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. 2011101004673-5 ACJ. rel. Juiz João Fischer. Julgamento: 11.10.2011. **Diário de Justiça Eletrônico do TJDFT**: 18.11.2011.

chance, séria e real, a qual teve sua ocorrência impedida pela conduta do ofensor, (ii) os *punitive damages* se alicerçam no dano propriamente dito.

Por sua vez, outra importante diferença entre os dois institutos pode ser encontrada na natureza conferida à indenização do dano. Isso porque na teoria da perda de uma chance não existe a possibilidade de se restabelecer o *status quo ante*. Sendo assim, mesmo que o dano pudesse ser restabelecido por intermédio de dinheiro, a chance não o será. O que existe, na verdade, é apenas a compensação da lesão, configurando, assim, uma verdadeira indenização compensatória.

Vale lembrar que a indenização terá natureza compensatória nos casos em que não existirem outros meios para se retornar ao *status quo ante*, de maneira que o valor recebido pela vítima terá, tão-somente, como função compensar os danos por ela sofridos.

Já os *punitive damages*, pelo próprio nome, demonstram se relacionar ao caráter punitivo das indenizações. Dessa forma, ao contrário da indenização compensatória, esse instituto propugna pela prevenção do dano, configurando uma verdadeira sanção ao ofensor. Pode-se enxergar, assim, a função de desestímulo a novas práticas delituosas, não presente nas indenizações compensatórias.

A segunda diferença, portanto, reside na natureza da indenização. Se por um lado os *punitive damages* preceituam pela punição daquele que deu causa ao injusto, por outro a responsabilidade civil pela perda de uma chance não leva em consideração esse aspecto.

Sendo assim, a regra fundamental nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance se refere à imposição de que a indenização sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Destarte, a doutrina ressalta, com muita frequência, que a reparação pela perda de uma chance não se destina à reparação integral do prejuízo. Isso porque a indenização deve ter como base a própria chance, levando-se em consideração o provável resultado capaz de acontecer, caso ela tivesse se configurado.

Percebe-se, portanto, a ausência do caráter punitivo da indenização pela chance perdida. Isso porque os *punitive damages*, tendo em vista reunir os elementos de indenização pelo dano e punição do agente, ocasionam, sim, a reparação integral do prejuízo. Os altos valores conferidos à vítima, inclusive, são objeto de grande debate doutrinário, conforme se estudou anteriormente.

Com isso, não há que se posicionar a responsabilidade civil pela perda de uma chance como espécie dos *punitive damages*, tendo, cada instituto, posição diferente na sistemática de responsabilidade civil brasileira.

Conclusão

A partir da ótica da responsabilidade civil relacionada à reparação de um prejuízo causado a outrem, é possível reunir os seus elementos caracterizadores: (i) conduta humana; (ii) culpa; (iii) nexos de causalidade e (iv) dano.

Viu-se, contudo, que a evolução social resultou na constatação de que a tradicional doutrina da responsabilidade subjetiva, orientada pela teoria da culpa, se mostrava insuficiente para a tutela das relações jurídicas na sociedade. A responsabilidade civil, portanto, substituiu – parcialmente – a antiga coerência do sistema, superando em diversos casos a necessidade de identificação do culpado pela responsabilidade sem culpa, objetiva, considerada por muitos doutrinadores como um verdadeiro compromisso com a solidariedade social.

Por sua vez, viu-se que a responsabilidade civil pela perda de uma chance, apesar de ser analisada de maneira superficial pela doutrina brasileira, vem sendo admitida, tanto pelos autores nacionais clássicos quanto pelos contemporâneos.

Com origem na jurisprudência francesa, essa forma de responsabilidade encontra fundamento na proteção contra as intervenções de terceiros que eliminam a possibilidade de acontecimento de um fato cuja probabilidade de ocorrência se mostrava elevada, prejudicando aquele que dele se beneficiaria.

Isso significa que a responsabilidade civil pela perda de uma chance admite a possibilidade de indenização nas situações em que alguém se vê privado da oportunidade de auferir um lucro ou de evitar um prejuízo. Dessa forma, na sua teoria surge a orientação de que a reparação não se dará por meio de um dano, mas sim pela perda de uma chance real.

No que diz respeito aos elementos que caracterizam a perda de uma chance, a melhor doutrina afirma ser necessária a existência: (i) da conduta do agente; (ii) do resultado que se perdeu (o qual se assemelha ao dano); (iii) e do nexo causal entre a conduta e (iv) a chance perdida.

Ademais, a responsabilidade civil pela perda de uma chance é delimitada pelo caráter de certeza que deve qualificar o dano reparável. Dessa forma, a demanda só poderá ser considerada procedente se a chance perdida representar muito mais do que uma mera esperança subjetiva.

Quanto à quantificação do dano, a doutrina ressalta, com muita frequência, que a reparação pela perda de uma chance não se destina à reparação integral do prejuízo. Isso porque a indenização deve ter como base a própria chance, levando-se em consideração o provável resultado capaz de acontecer, caso a chance tivesse se configurado.

Por sua vez, mudando o foco de estudo do sistema indenizatório brasileiro, de acordo com a doutrina dos *punitive damages*, aquele que deu causa ao injusto – dos danos materiais e, especialmente, dos danos morais – deve ser efetivamente punido. Sendo assim, o ofensor não pode restar impune por sua conduta ilícita.

Ciente da existência de inúmeros argumentos contrários e favoráveis à utilização da indenização com caráter punitivo no Brasil, a situação atual mostra que, como forma de se relativizar a aplicação da sanção no bojo indenizatório, a doutrina majoritária apenas admite a punição nos casos em que haja dano moral.

Por fim, demonstrou-se que diante da análise isolada da responsabilidade civil pela perda de uma chance e dos *punitive damages*, duas diferenças se prestam como base para a eliminação de qualquer confusão pertinente ao conteúdo de ambos: (i) aquela relativa ao fato gerador da indenização e (ii) a que diz respeito à natureza da indenização.

Com isso, não há que se posicionar a responsabilidade civil pela perda de uma chance como espécie dos *punitive damages*, tendo, cada instituto, posição diferente na sistemática de responsabilidade civil brasileira.

Referências

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. out. 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Diário de Justiça Eletrônico do STJ**.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT. **Diário de Justiça Eletrônico do TJDFT**.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais Online**. out. 2005.

PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. A introdução da doutrina norte-americana do *punitive damage* no sistema jurídico brasileiro para a avaliação das indenizações por danos

morais – o dano moral enquanto elemento difusor da cidadania. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 8. p. 292. jul. 2001.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais Online**. abr. 2007.

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

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações**. Rio de Janeiro, Forense. 2005.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.