



TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: Análise de sua Aplicabilidade sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro.

THEORY OF LOSS OF AN OPPORTUNITY: Analysis of its application from the perspective of Civil Liability in the.

Marco Tulio Pereira Arantes¹, Fernanda Heloisa Macedo Soares*²

¹Discente do curso de Agronomia Faculdade Evangélica de Goianésia *

² Docente, Mestre em Irrigação no Cerrado do Curso de Agronomia da Faculdade Evangélica de Goianésia

*Contato principal

Info

Recebido: 07/2017

Publicado: 09/2017

Palavras-Chave

Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Chance Séria e Real. Princípio da Reparação Integral. Indenização

Keywords: Civil Responsibility. Loss of a Chance. Chance real and serious. Principle of Integral Reparation. Indemnity.

Resumo

O estudo apresentado discorre sobre o tema da teoria da perda de uma chance como meio de reparação pelo instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, analisa-se a presente teoria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio da análise jurisprudencial desta corte, a fim de entender como está sendo aplicada pelos eminentes Ministros. Além disso, demonstra-se o entendimento doutrinário brasileiro com objetivo de esclarecer as peculiaridades essenciais acerca da possibilidade de reparação pela aplicação da teoria da perda de uma chance, e que esta deve preencher os pressupostos da responsabilidade civil. Nesse sentido, verifica-se ser primordial para caracterização desta teoria que as chances destruídas sejam sérias e reais, e não meramente especulativas, pois a indenização ocorrerá na proporção da probabilidade que a vantagem perdida teria para se concretizar. Por fim, nota-se a crescente aceitação desta teoria no direito pátrio, amparada pelo princípio da reparação integral, que

visa a completa restituição da vítima pelo dano injusto sofrido, a fim de restabelecer a paz social deixando o lesado mais próximo possível do seu *status quo* antes da ocorrência do ato ilícito que a prejudicou.

Abstract

The present study deals with the theme of the theory of the loss of a chance as a means of repair by the institute of civil liability in the Brazilian legal system. In this way, the present theory is analyzed in the scope of the Superior Court of Justice, through the jurisprudential analysis of this court, in order to understand how it is being applied by the eminent Ministers. In addition, the Brazilian doctrinal understanding is demonstrated in order to clarify the essential peculiarities about the possibility of reparation by the application of the theory of loss of a chance, and that it must fulfill the assumptions of civil liability. In this sense, it is essential to characterize this theory that the chances that are destroyed are serious and real, and not merely speculative, because the indemnification will occur in proportion to the probability that the lost advantage would have to materialize. Finally, we note the growing acceptance of this theory in the country's law, supported by the principle of integral reparation, which aims at the complete restitution of the victim for the unjust harm suffered, in order to restore social peace leaving the injured as close as possible to his status prior to the occurrence of the unlawful act that prejudiced it.

Introdução

O instituto da responsabilidade civil, de modo geral, ocorre a partir do momento que uma atitude em desconformidade com o ordenamento jurídico causa um prejuízo à terceiro, devendo este ser indenizado por aquele na proporcionalidade dos danos causados.

Nesse sentido, para cumprir a sua fundamental função que é a de reparar os danos injustos para manutenção da paz social, a responsabilidade civil se alicerça no princípio da reparação integral, tendo em vista que se almeja a reparação total dos prejuízos sofridos pela vítima, tanto por dano moral, como pelo material.

Pela constante evolução da sociedade, a norma jurídica deve aprimorar-se, oferecendo novos dispositivos, novos entendimentos para conseguir a efetividade da justiça. Portanto, os juristas devem se atentar para várias situações que causem instabilidade social e apresentar soluções que saciem o desejo de justiça da sociedade.

Nessa perspectiva, os nossos tribunais tem-se deparado por vezes com a solicitação de reparação civil por uma oportunidade vantajosa que lhe foi tolhida por uma atitude injusta de outrem. Por essa, caso os julgadores fossem fundamentar-se na vigente legislação da responsabilidade civil, esses casos ficariam sem reparação, e com isso a vítima arcaria com todo prejuízo sofrido.

Porém, baseando-se na teoria francesa da perda de uma chance, tanto a doutrina, como os julgadores brasileiros tornaram-se sensíveis à sua apreciação, bem como sua aplicação. Com isso, a chance efetivamente perdida pela vítima também será passível de

reparação, mas na medida da própria possibilidade que tinha de concretizá-la e não do prejuízo em si.

Dessa forma, justifica-se o estudo deste tema diante de sua relevância social, devido este carecer de uma regra definida para sua correta aplicação, sendo assim é digno de atenção pelos operadores de direito, pois faz necessário harmonizar os parâmetros da teoria da perda de uma chance para uma justa aplicação diante dos crescentes casos que os tribunais vêm defrontando.

A partir disso, este estudo objetiva-se elucidar o entendimento pátrio sobre a aplicação dessa teoria, além de expor os critérios utilizados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça para deferir sua aplicação. Para isso, valeu-se de pesquisa bibliográfica, por meio da observação em publicações existentes sobre o assunto discutido, bem como os julgados do referido tribunal, iniciando-se com uma abordagem dos aspectos históricos e gerais do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, para posteriormente demonstrar a instigante teoria da perda de uma chance, e por fim, expor o entendimento do judiciário.

1. Aspectos Históricos da Responsabilidade Civil

O ser humano, na medida em que se uniu para viver em grupo, constata-se a inevitável existência de conflitos entre os indivíduos. Dessa maneira, no princípio das relações humanas verifica-se a resolução desses conflitos de forma cruel, como forma de vingança pessoal. Conforme Nader (2013, p. 25):

Os conflitos são fenômenos naturais à sociedade, podendo-se até dizer que lhe são imanentes. Quanto mais complexa a sociedade, quanto mais se desenvolve, mais se sujeita a novas formas de conflito [...]. Nos tempos primitivos, diante da lesão de um direito, prevalecia o princípio da vingança privada. A própria vítima ou os seus familiares reagiam contra o responsável.

Dessa forma, tem-se a necessidade de existir uma forma de manter a ordem deste grupo, visando o bem-estar de todos. Devido a isso, as primeiras normas de convivência começam a surgir para orientar a conduta dos indivíduos em suas relações sociais, e com isso, preservar a harmonia destas, pois até então tudo era comum a todos, isto é, não havia limites definidores do que podia ou não o ser humano tomar para si. Nesse contexto, era praticamente impossível uma convivência harmônica e segura. Expõe Hobbes (2011, p. 15,16) que:

Sem a lei, cada coisa é, em certo sentido, de qualquer homem, pois sem lesar ninguém ele pode pegar, possuir e desfrutar tudo: terras, animais, frutas e mesmo o corpo de outros homens, se sua razão lhe disser que do contrário ele não poderá viver em segurança.

[...] Assim, uma vez que sem a lei humana todas as coisas seriam comuns e esse caráter de comunidade seria a causa de usurpação, inveja, carnificina e guerra contínua de um contra o outro, a mesma lei da razão dita à humanidade, para a sua própria preservação, uma distribuição de terras e bens, a fim de que cada homem saiba o que lhe cabe e assim

ninguém mais possa pretender um direito sobre aquilo ou perturbá-lo no seu uso.

Portanto, com a efetivação das leis, os indivíduos passam a ter um paradigma de orientação, abandona-se a vingança de forma privada, deixando que a própria lei cuidasse de estabelecer as punições dos culpados. Dentre estas, destacam-se a Lei de Talião, Código de Hamurabi, lei das XII Tábuas, entre outras. Dessa maneira:

Quando surgiu a chamada pena de talião, olho por olho, dente por dente, houve um progresso. Se, anteriormente, não havia nenhum critério convencionalizado, a retribuição do mal pelo mesmo mal estabelecia a medida da reparação. Esse critério, que surgiu espontaneamente no meio social, chegou a ser consagrado por várias legislações, inclusive pela Lei das XXII Tábuas. (NADER, 2013, p. 345)

Com intuito de elucidar o teor dos regramentos dessa época, segue o artigo 196 do Código de Hamurabi, que dita “Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho.” (VIEIRA, 2011, p. 31). Pela lei das XII Tábuas, na Tábua Sétima apresenta que “11. Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião [...]”. (VIEIRA, 2011, p. 128)

Com isso, o ato lesivo praticado contra determinado indivíduo, permitia a este, por lei, a satisfação do injusto mediante a prática do mesmo ato contra aquele, em alguns casos era concedido até a morte, enfim, era lícita a selvageria da vingança.

Apesar dessa tentativa da lei de estabelecer que para um tipo de conduta lesiva

praticada levasse a uma determinada punição, com o passar do tempo à sociedade em sua constante evolução não se coadunou mais com as formas de reparação impostas por estas leis, assim, almejou-se uma necessária evolução nestas normas. Então, o Direito como meio de convencionar os parâmetros gerais para a conduta nas relações sociais, favorecendo a convivência, o caminho para uma sociedade mais justa, vai sendo moldado sempre almejando a manutenção da ordem e equilíbrio do convívio em sociedade. Diz Nader (2013, p.19) que:

As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa atender, exige procedimentos sempre novos. [...]. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.

Como visto, de um modo mais primitivo da lei, a reparação ao dano sofrido por um indivíduo era exercido de forma ferozmente vingativa, isto é, no mesmo molde que o ato lesivo foi praticado, como estabelecido na lei de Talião. Contudo, verifica-se um avanço jurídico, principalmente com a *Lex Aquilia* surgida no Direito Romano no final do século III, quando efetivamente ocorre a passagem desse tipo vingativo e brutal de reparação, para uma compensação pecuniária. Nessa perspectiva, quem praticasse algum ato lesivo deveria ressarcir o lesado com seu próprio patrimônio, e o Estado determinaria

a quantia deste. (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2010).

Ao passo disso, com a *Lex Aquilia*, firma o instituto da responsabilidade civil no mundo jurídico na medida em que concretiza a obrigação de reparar o ofendido por uma quantia pecuniária com a função de fazer justiça ao punir o lesante. Consoante a isso expõe Diniz (2010, p. 11), que:

[...] A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *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. [...] estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo lesado, sem enriquecer o lesante.

Por esse instituto da responsabilidade civil, entende-se obrigar o indivíduo a responder por ato culposos, quando este de fato prejudique algum terceiro, conseqüente a isso nasce o dever de indenizar. Por isso, estimula a pessoa o dever de atentarem-se as suas obrigações de cumprir ou obedecer a certos deveres. Venosa (2014, p. 01) elucida que:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar.[...]. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual

alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Dessa forma, no âmbito do Direito Civil, a responsabilidade é atribuída à pessoa obrigada a reparar o dano causado a outro indivíduo devido à prática da própria pessoa, ou de alguém sob sua responsabilidade, de um ato lesivo contrário às normas cíveis. Em síntese, a falta de cumprir uma obrigação contratual ou legalmente imputada, caso gere dano à outra pessoa, esta deverá ser indenizada na proporcionalidade de suas perdas. Nesse entendimento:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2010, p. 35)

Por isso, enquanto um instituto do Direito, a responsabilidade civil foi à forma legal mais viável encontrada de restabelecer, sem violência, sem vingança a segurança nas relações, trazendo a paz social. Devido a essa importante função, está intrinsecamente ligada ao dever de responsabilizar o culpado para reparar o dano causado. Nesse sentido entende Venosa (2014, p. 06) que “No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber, é

identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. [...] Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido”.

Pelo conteúdo exposto, verificam-se as várias funções que possui o instituto da responsabilidade civil, como a de punir a pessoa que praticou um ato ilícito, obrigando-o a reparar este dano causado, e dessa forma demonstrar para toda sociedade que tais atos serão punidos, com isso consegue precaver que outros casos se repitam. De forma esclarecedora Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 65) explicam que:

[...] três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: *compensatória do dano da vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.*

Na primeira função, encontra-se o objeto básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Como uma função secundária [...] está a ideia de punição do ofensor. [...] a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

[...] numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas.

Nesse sentido, convém ressaltar que só haverá responsabilidade quando ocorrer uma violação de um dever jurídico preexistente que acarrete dano a outrem, necessitando ser possível precisar o

responsável o qual terá o dever de repará-lo. Portanto, afirma Monteiro, Maluf e Silva (2010, p. 556), que:

[...] a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade [...].

Por isto, torna-se necessário ao indivíduo a obediência ao ordenamento jurídico imposto à sociedade em que vive, pois caso transgrida-o, estabelecerá um desequilíbrio econômico-social e por isso será o responsável, para que dessa forma se restabeleça a harmonia social anterior.

2. Da Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, o maior avanço no âmbito da responsabilidade civil, nota-se quando do extinto Código Civil de 1916 onde citava apenas um artigo referente ao tema, a saber: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” Sendo posteriormente este instituto ser abarcado principalmente na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental, bem como no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002.

Dessa forma, no Brasil, a responsabilidade civil, conforme o artigo 927 do

Código Civil de 2002 é constituído pela prática de um ato ilícito que causa dano a outrem, sendo por isso gerar o dever de indenizar. Nessa perspectiva, faz-se de suma importância tecer de modo sucinto o entendimento de ato ilícito; culpa, dano e do nexos causal entre o ato e o dano, devido serem os pressupostos da responsabilidade civil como o próprio artigo supracitado expõe.

Pelos artigos 186 e 187 do atual Código Civil, tem-se por ato ilícito, em regra, uma ação ou omissão contrária a norma, praticada com culpa, ou ainda determinada atitude legal, mas com abuso de direito, isto é, praticar um direito excedendo o limite imposto pela norma, por um princípio ou mesmo pelos costumes. Elucida Pereira (2014, p. 548) que:

O indivíduo, na sua conduta antissocial, pode agir intencionalmente ou não; pode proceder por comissão ou por omissão; pode ser apenas descuidado ou imprudente. Não importa. A ilicitude de conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém faltar ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico. Comete comissivamente quando orienta sua ação num determinado sentido, que é contraveniente à lei; pratica-o por omissão, quando se abstém de atuar, se deveria fazê-lo, e na sua inércia transgredir um dever predeterminado. Proceder por negligência se deixa de tomar os cuidados necessários a evitar um dano; age por imprudência ao abandonar as cautelas normais que deveria observar; atua por imperícia

quando descumpre as regras a serem observadas na disciplina de qualquer arte ou ofício.

conduta ilícita, em regra, deve ser exercida com dolo ou culpa, isto é, com intenção de prejudicar outrem, com negligência, imprudência ou imperícia. Sendo assim:

No entanto, apesar de o ordenamento jurídico determinar que para uma ação ilícita praticada com culpa que cause dano a terceiro gera o dever de reparação, o mesmo, pelos termos do artigo 188 do Código Civil, estabeleceu algumas situações em que esta ação ilícita não constituirá um ato ilícito, por conseguinte não haverá reparação. Sendo assim, por este dispositivo, não será considerado ato ilícito a ação do indivíduo em legítima defesa; em estado de necessidade; ou no exercício regular de um direito reconhecido. Nesse sentido tem casos excepcionais que:

[...] não constituem atos ilícitos apesar de causarem danos aos direitos de outrem, isto porque o procedimento lesivo do agente, por motivo legítimo estabelecido em lei, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito. (DINIZ, 2014, p. 255)

Contudo, conforme o parágrafo único do artigo 188 supracitado, apesar do estabelecimento destas excludentes de ilicitude, caso o ato abrangido por estas for exercido com certo excesso desnecessário, este deverá ser reparado. Expõe Diniz (2014, p. 256) que “Se alguém praticar ato em estado de necessidade excedendo aos limites necessários à remoção do perigo deverá responder civilmente pelo referido excesso”.

A culpa está intimamente ligada ao ato ilícito, por conseguinte também à teoria da responsabilidade civil. Portanto, a prática de uma

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência e cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa, em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. (DINIZ, 2012, p. 599)

Além disso, no âmbito da culpa, verifica-se que esta pode ser contratual, ou extracontratual. Sendo a primeira derivada do não cumprimento da obrigação estabelecida por uma relação contratual. Em contrapartida, a segunda decorre da não observância de um dever estipulado pelo ordenamento jurídico. Nesse seguimento afirma Gomes (2010, p. 379) que:

A culpa pode manifestar-se pela violação de dever jurídico (obrigação) oriunda de contrato, ou de dever jurídico existente independentemente de qualquer vínculo obrigacional. No primeiro caso, chama-se culpa contratual. No segundo, culpa extracontratual ou aquiliana.

Ressalta-se ainda, que a culpa, no que tange o agente, pode ser imputada por ato próprio deste, ou por ação de outra pessoa, nos termos principalmente do artigo 932 do Código Civil de 2002. Na primeira situação, o indivíduo tem o dever de

reparar o dano causado devido ele mesmo praticar o ato ilícito. Na outra possibilidade, a pessoa responde por ato ilícito praticado por pessoa diversa, isto é, a conduta de um indivíduo re-soa em um terceiro. Desse modo, elucida-se que:

A culpa pode originar-se de um fato próprio ou de um fato de outrem. A primeira hipótese é quando o indivíduo, possuindo capacidade de fato e agindo por sua conta, pratica a violação de um dever jurídico. Exemplo: o eleitor que não participa nas eleições. Ocorre a culpa por fato de outrem quando o responsável pelo ato ilícito não participa pessoalmente no evento. A sua culpa deriva de uma omissão quanto ao controle da causa eficiente do ilícito. (NADER, 2013, p. 344)

Desse exposto, em referência a culpa, basicamente verifica-se a sua fundamental presença para a manifestação da responsabilidade civil, bem como suas principais peculiaridades, podendo originar-se de um ato praticado contra disposições de um contrato ou da própria norma, ainda ser imputada pelo próprio agente causador do dano, ou ao indivíduo legalmente vinculado a um terceiro que causou o prejuízo.

Por fim, faz-se neste momento a compreensão do nexos causal e do dano, para prosseguirmos no caminho do entendimento da aplicação da responsabilidade civil em relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Consoante a isso, o nexos de causalidade é o que irá determinar a relação entre o dano causado e a ação ilícita causadora deste, a fim de que haja a efetiva reparação. Portanto, a

vítima deverá demonstrar que o ato ilícito praticado foi o responsável pelo seu prejuízo sofrido. Assim, Diniz (2012, p.129) expõe que “O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexos causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível”.

Outro requisito a ser analisado é o dano causado, pois, por óbvio, sem a ocorrência deste não haverá o que se reparar. Nessa lógica afirma Diniz (2012, p. 77) que:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. [...] Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta da lesão.

A esse respeito, o dano pode ser material ou moral. Sendo aquele, conforme o artigo 402 do Código Civil, o que abrange o patrimônio da pessoa lesada, isto é, ocorre uma diminuição do bem patrimonial da vítima, conhecido como dano emergente. Além disso, o dano material também enseja a necessidade de reparar o que a vítima deixou de ganhar devido ao ato ilícito danoso, denominado de lucro cessante. Nesse sentido, esclarece Gonçalves (2009, p. 716) que:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a

diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado.

De outro modo, pela ótica do dano moral, o ato ilícito praticado danoso a outrem acaba prejudicando o lado subjetivo da vítima, ou seja, afronta sua moral, a sua honra, sua dignidade, intimidade etc. Diante disso, “Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento [...] a ser examinado em cada caso.” (VENOSA, 2014, p. 51)

Pelas normas brasileiras, o suporte a este tipo de dano, além do artigo 186 do atual Código Civil, é visto principalmente no artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, mais precisamente nos inciso V e X, bem como no artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, que dita que é devido ao consumidor.

Após o breve exposto acima dos requisitos para a existência da responsabilidade civil, enfim é o momento de compreendermos a indenização em si, por ser a principal forma utilizada para reparar o dano causado. Nesse sentido:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. [...] Assim, o dano, em toda sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante. (GONÇALVES, 2009, p. 594)

Disso, entende-se que a reponsabilidade civil como meio de restabelecer o equilíbrio social ora afrontado por um ato ilícito, almeja de forma efetiva reparar o dano causado decorrente deste ato por meio de uma indenização que tende a colocar a vítima na situação que estaria antes do acontecimento do ato danoso.

Dessa fundamental tarefa de repor a vítima na situação mais aproximada possível antes do fato danoso, o instituto da responsabilidade civil acaba por fundamentar-se no princípio da reparação integral, conforme se observa em vários dispositivos legais, como o artigo 944 do atual Código Civil. Por esse entendimento, Cavalieri Filho (2015, p. 29) afirma que:

O direito brasileiro, na trilha do direito francês, sempre prestigiou o princípio da reparação integral. O art. 1059 do CC/16, ao dispor que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, positivou, ainda que implicitamente, o princípio em exame. A constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), implicitamente determinou a cabal reparação de todos os danos causados injustamente à pessoa humana. No código de Defesa do Consumidor, o princípio foi expressamente consagrado em seu art. 6º, VI, ao estabelecer, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi ainda mais explícito no seu art. 944, *caput*, ao dispor: “A

indenização mede-se pela extensão do dano”.

Portanto, pelo princípio da reparação integral, a indenização deve ser estabelecida de forma a cobrir todos os danos sofridos pela vítima, tanto moral quanto material.

A responsabilidade civil, como exposto, pode ser fundada em ato próprio ou de outrem. Nesse aspecto, defronta o ordenamento jurídico com a responsabilidade civil subjetiva no primeiro caso e a objetiva no segundo, sendo ambas as modalidades prescritas principalmente no artigo 927 do atual Código Civil, o qual expõe que:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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, risco para os direitos de outrem.

Por este, verifica-se que o Código Civil estabeleceu um dispositivo geral de responsabilidade civil subjetiva, o qual está no artigo 927 combinado com o 186 ou 187, bem como sedimentou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único desse artigo.

Então, pela responsabilidade civil subjetiva possuir como requisito essencial a culpa, faz-se fundamental evidenciar que o indivíduo causador do dano a terceiro agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Assim:

Na responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa, é preciso demonstrar o modo de atuação do agente, sua intenção dolosa, isto é, a vontade do lesante de causar o dano, ou o seu comportamento negligente, imprudente ou imperito. (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2010, p. 559)

Apesar disso, embora a composição original da responsabilidade civil seja fundamentada na culpa, com a evolução inevitável da sociedade em questões tecnológicas, serviços, indústrias, comércios etc., resultou com isso a dificuldade, às vezes até a impossibilidade de provar a culpa do autor do dano. Nessa perspectiva, a vítima ficava sem a devida reparação do prejuízo sofrido. Nessa compreensão Rodrigues (2003, p. 315) afirma que:

Dentro da rigidez da teoria da culpa, não se encontram meios para obter amplo ressarcimento do dano, porque, para alcançar a indenização, necessário se faz que a vítima prove não só o ato do agente e o dano sofrido, como também a relação de causalidade e, principalmente, a culpa do réu. Como poderá o viajante que caiu do trem demonstrar que os empregados da estrada negligenciaram em fechar as portas do vagão, ao sair o comboio da última estação. Exigir prova adequada em caso semelhante equivale deixar sem reparação a vítima do acidente.

A partir disso, nota-se a suma importância de colaborar com o prejudicado, fornecendo-o uma melhor proteção. Dessa maneira, o ordenamento jurídico, em busca da harmonia social, também evoluiu para acompanhar as novas exigências da sociedade e com essa evolução trouxe algumas

possibilidades de reparação do dano causado sem a necessidade que se comprove a culpa. Assim, surgiu a responsabilidade civil objetiva, onde a condição da culpa é substituída pela proposta de risco. Nesse entendimento, Diniz (2014, p. 690) esclarece que:

Consagrada está a responsabilidade civil objetiva que impõe o ressarcimento ao prejuízo, independentemente de culpa, nos casos previstos legalmente, ou quando a atividade do lesante importar, por sua natureza, potencial risco para direitos de outrem. [...] Substitui-se a culpa pela ideia do risco. Essa responsabilidade civil objetiva funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de uma atividade lícita, mas perigosa, como [...] distribuição de combustíveis, fabricação de explosivos; manuseio de máquinas ou utilização de veículos em transporte de mercadorias ou de pessoas etc.

Dessa explanação, percebe-se que por esta modalidade de responsabilidade civil o agente será responsável pelo prejuízo decorrente da atividade de sua empresa, mesmo que esteja atuando em conformidade com a lei, mas seja considerada potencialmente geradora de riscos, como uma empresa de fornecimento de alimentos.

Pertinente ressaltar, que além do Código Civil de 2002, observa-se também a importante contribuição fornecida pelo Código de Defesa do Consumidor para consolidação da responsabilidade objetiva, como é observado, por exemplo, em seus artigos 12 e 14, os quais ditam uma responsabilidade civil objetiva geral, responsabilizando o praticante da atividade tanto na parte de fabricação e produção, quanto na de

prestação de serviços, sem a necessária demonstração da culpa.

Diante disso, constata-se o quanto o ordenamento jurídico brasileiro vem evoluindo para a efetividade da reparação do prejuízo sofrido pela vítima, pois esta dificilmente ficará sem a reparação devida, tendo em vista que em alguns casos bastará apenas provar a existência do dano e a relação causal deste com a empresa ou pessoa.

3. Apontamentos da Teoria da Perda De Uma Chance no Direito Brasileiro

A perda de uma chance - teoria originalmente francesa “A Corte de Cassação proferiu seu primeiro acórdão sobre a reparação de chances em 1932.” (CARNAÚBA, 2013, p. 105) - insere-se no instituto da responsabilidade civil, amparada pelo princípio da reparação integral, como uma forma de ampliar a reparação do prejuízo causado à vítima por um dano injusto. Dessa forma, almeja-se reparar esta lesão injusta quando abrange uma incerta vantagem que a vítima teria caso não houvesse ocorrido o ato danoso, com isso se consegue chegar o mais próximo possível da real extensão do dano.

Conforme Farias, Rosenvald e Braga Netto (2016 p. 265) expõem que a teoria da perda de uma chance trata-se de:

[...] construção doutrinária e jurisprudencial do direito francês – *perte d'une chance* [...]. Ao admitirmos essa teoria, humildemente reconhecemos que o acaso e as incertezas penetram no setor da responsabilidade civil e que ao

deslocarmos o seu foco para a mais ampla reparação em prol da vítima, paulatinamente admitimos que não apenas situações jurídicas existenciais e transindividuais sejam objetos de compensação, mas também danos intangíveis podem ser ressarcíveis, quando suficientemente demonstrados.

Portanto, por esta teoria, o indivíduo que praticar ato ilícito que causar dano a outrem, além do dano material e moral, alcançará também o que repercute na expectativa de uma oportunidade onde a vítima tinha a chance de lograr alguma vantagem. Assim, nota-se a possibilidade da reparação de um dano quando este destrói as chances de sucesso do indivíduo em conquistar benefício ou evitar um prejuízo. Nesse sentido:

[...] Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (portanto, dano presente). (NORONHA, 2003, p. 665)

Consoante a isso, faz-se necessário enfatizar que a responsabilidade civil oriunda da teoria

da perda de uma chance deve-se decorrer de uma ação ilícita que seja a causa provável da frustração de uma oportunidade concreta, isto é, com o ato lesivo desaparecerá a real probabilidade de ocorrência da vantagem futura lograda pela vítima. À vista disso, ressalta-se que haverá a reparação pela eliminação da chance provável, séria e real e não do prejuízo final. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2015, p. 108) salienta que:

É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. [...] é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.

Dessa forma, nota-se que nem todos os casos são abrangidos pela teoria da perda de uma chance, devido, em regra, não ser passíveis de indenização meros desejos ou esperanças aleatórias. Portanto, para configuração dessa teoria, deverá ser realizada uma análise de todo o contexto do caso concreto, demonstrando com isso que a chance perdida possui relação causal com o ato ilícito praticado pelo agente, bem com a probabilidade desta chance de se concretizar.

Desse modo, apesar do lesado não poder mais obter a chance destruída, não será reparado o valor integral que a vítima teria caso obtivesse êxito em sua chance, mas sim uma proporção deste valor, ou seja, dependerá da probabilidade que teria de sucesso caso o fato

danoso não ocorresse. Nesse entendimento, Noronha (2003, p. 674) elucida de modo magistral ao expor que:

[...] é o prejuízo constituído pela perda da chance que vai ser objeto de reparação. Mas é preciso saber como fazer a respectiva avaliação.

Para tal, em primeiro lugar importa averiguar se a chance perdida era real e séria: se for, haverá obrigação de indenizar; se ela tiver caráter meramente hipotético, não. E para saber se a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

Em segundo lugar, nos casos em que a chance era real e séria, vai ser necessário estimar o valor desta. Para tal efeito, é preciso considerar a álea presente no caso concreto; o valor da chance só pode ser aferido através do cômputo do grau de probabilidade, que havia, de vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa.

Com isso, verifica-se que a teoria da perda da chance para resultar efetivamente numa reparação, terá que comprovar que a oportunidade perdida era notável e legítima de êxito, para depois realizar a avaliação da probabilidade que a vítima teria na obtenção do proveito esperado.

Nessa perspectiva, torna-se essencial vislumbrar o entendimento da teoria da perda da chance aplicada pela jurisprudência de alguns casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, pois como já sabido, não há norma consolidadora da aplicação desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, então, incumbe à jurisprudência até o

momento traçar o norte para a correta aplicação dessa teoria.

Salienta-se que a análise jurisprudencial surge com as decisões dos tribunais acerca de determinados temas, mas que apesar de não ter validade de norma jurídica, na falta desta, é a principal fonte utilizada para fundamentar decisões em vários casos concretos. Acerca disso, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 65) elucidam que:

Entre as fontes indiretas [...] elencam-se a analogia e os princípios gerais de Direito, mencionados expressamente na LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Na mesma categoria encontram-se, ainda, importantes fontes auxiliares de interpretação: a jurisprudência, a doutrina e a equidade.

Quando o reconhecimento de uma conduta como obrigatória se dá em sede dos tribunais, teremos a jurisprudência (ou costume judiciário) como fonte do direito.

[...] de fato a jurisprudência pacífica dos tribunais não obriga juridicamente, mas acaba por prevalecer na maioria dos casos.

Após essa superficial elucidação acerca da jurisprudência será abordado três julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, por entender que estes demonstram com clareza como está sendo aceita a aplicação da teoria da perda de uma chance pelos eminentes Ministros. Dessa maneira, a análise é iniciada com o precursor caso sedimentado da aplicação desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, que foi

o julgado referente ao conhecido programa televisivo denominado *Show do Milhão*. Para tanto, segue o Recurso Especial (STJ - REsp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334) a saber:

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.

No caso em questão, conforme expõe o teor do julgado, o programa citado elaborou de forma errônea a questão decisiva para a participante lograr a premiação máxima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), na medida em que foi verificado posteriormente que na questão não havia alternativa correta. Como a participante optou por não responder, ficou com a premiação de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Em decisão pelo referido tribunal, a indenização pela perda da chance foi estipulada no montante de 25% do valor que ela perdeu a chance de ganhar

(R\$ 500.000,00), pois não havia possibilidade de ela ganhar mesmo que respondesse a pergunta. Dessa forma, conseguiu uma reparação de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) pela aplicação da teoria da perda de uma chance.

Ressalta-se que inicialmente, em primeira instância, foi deferido o valor de R\$ 500.000,00, isto é, todo o valor que a participante deixou de ganhar. Portanto, foi reduzido ao valor que foi considerado pelo Ministro Relator na correta probabilidade da perda da chance, considerando que havia 25% de chance de acerto, assim também seria a de ganhar a premiação máxima. Nas palavras do Ministro Relator Fernando Gonçalves, diz sabiamente que:

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. [...] A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, que reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Nesse contexto verifica-se, como já exposto em capítulo anterior, o entendimento que a indenização pela perda de uma chance deve se estender a probabilidade desta própria, que o magistrado apreciará a proporção da quantificação

baseado na real probabilidade do caso concreto e não ao lucro ou perda que deste era objeto.

Outro caso interessante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é o que aborda o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL.
RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE.
DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM-NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL.
LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA.
DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém-nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização

de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1291247/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 01/10/2014)

Por este julgado, a referida turma entendeu ser pertinente a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo fato do recém-nascido perder a chance de um possível tratamento futuro utilizando suas células-tronco. Assim, foi reformada a sentença anterior que não dava direito à aplicação desta teoria, por entender que não ser possível constatar a probabilidade real de ser necessário que a criança um dia fará uso do material genético.

Todavia, é notória a difícil mensuração da indenização, tendo em vista que não se sabe nem se o neonato irá necessitar das células-tronco, pois é plenamente possível ficar sem sofrer problema de saúde algum que justifique a sua utilização durante toda sua existência. Diante dessa dificuldade, expõe o voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino (2014, p. 22) que:

No presente caso, contudo, não há possibilidade de utilização da probabilidade matemática para auferir as chances em que a parte autora teria de contrair uma doença de que viesse a necessitar do uso das células-tronco com forma de tratamento.

Assim, atento a tais peculiaridades, tenho por

razoável o arbitramento da indenização em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), eis que acriança foi a principal prejudicada pelo ato ilícito.

Outra parte significativa deste julgado, é que dois ministros divergiram da maioria do Tribunal, apenas outros três, e votaram em não aplicação da citada teoria. Os magistrados discordantes alegaram justamente que não há o requisito da certeza da vantagem que o recém-nascido perdeu, por este ser saudável, sendo assim uma mera especulação. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi (2014, p. 31) expõe que:

[...] sendo o menor atualmente saudável, não se pode, hoje, visualizar, no plano concreto, a vantagem que não foi obtida, ou o prejuízo que não foi evitado.

19. Em verdade, a probabilidade, na espécie, só será certa quando preenchidas as diversas condições já relacionadas; até então, é mera conjectura, que não revela, por sua vez, a certeza do dano e, portanto, não implica, efetivamente, a perda de uma chance a ser reparada.

Pelo exposto deste julgado, constata-se, ainda, real problemática quanto à definição da reparação do dano pela aplicação da teoria da perda de uma chance no que tange a probabilidade da certeza do dano, pois conforme os votos no referido recuso especial, de cinco ministros votantes, três foram a favor e dois contra. Nessa acepção, Carnaúba (2013, p. 51) expõe que:

Essa lesão a um interesse é certa quando o fato do réu provoca a redução de uma utilidade que favorecia a vítima. [...] o demandante possuía um bem, material ou imaterial, e este desapareceu ou deteriorou-se com o incidente. Aqui, a certeza da lesão é constatada a partir da depreciação do *status quo ante*. Há um prejuízo certo, pois a situação anterior da vítima foi degradada pela conduta.

Esse raciocínio corrobora o utilizado pelos julgados citados acima, pois no primeiro está clara a certeza da chance que o programa prejudicou ao não apresentar uma resposta correta à questão proposta. Do mesmo modo, no segundo caso apresentado, apesar de mais difícil visualizar, verifica-se, pelo mesmo raciocínio, o voto do Ministro Relator fundamentado na certeza de que o neonato perdeu efetivamente a chance de utilizar suas células-tronco caso necessite algum dia. Convém enfatizar que neste caso a teoria da perda de uma chance foi corretamente aplicada a título de dano moral, já para o primeiro foi pelo dano material sofrido.

De outro modo, pelo julgado STJ - REsp: 1308719 MG 2011/0240532-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013, foi desconsiderada a sentença do Tribunal *a quo* pelo fato dos Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça não entender ser o caso de aplicação da teoria da perda de uma chance.

O presente Recurso Especial trata-se de um caso onde a recorrente foi exonerada do cargo público que exercia no Estado de Minas

Gerais, por este entender que havia acúmulo de cargos. Nesse sentido, apesar da sentença favorável do Tribunal *a quo*, este sentenciou a indenização em favor da recorrente pela teoria da perda de uma chance por entender que perdeu a chance de continuar exercendo um cargo público, assim um dano provável. No entanto, o Ministro Relator do STJ entendeu não ser o caso de aplicação desta teoria, pois o dano era certo. Nas suas palavras (MARQUES. p. 8) disse que:

[...] o dano sofrido pela parte ora recorrente de ordem material não advém da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não resta dúvidas.

Neste julgado, a discussão exposta acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance ficou no entendimento da ocorrência do dano, se este é certo ou provável, sendo que por unanimidade os Ministros entenderam que o dano ocorrido não compreendia uma mera expectativa de vantagem, mas sim a certeza do evento pela recorrente a qual já estava exercendo o cargo.

Considerações

Por este estudo, em tempo algum teve a intenção de esgotar o assunto referente ao tema abordado, procurou-se de modo descomplicado apresentar as peculiaridades instigantes da teoria da perda de uma chance como forma de reparação a um dano injusto, sob a ótica da responsabilidade civil, e com isso

esclarecer os aspectos mais relevantes para sua aplicação por ela estar sendo admitida no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no entendimento doutrinário, quanto no jurisprudencial.

Com essa teoria, o judiciário se vê diante de um impasse muito sensível, devido à complexidade de definir se o dano sofrido pela vítima realmente lhe destruiu uma chance de obter uma vantagem, e se sim, qual a probabilidade era desta de se concretizar, pois se a chance não for real e séria, não ensejará direito à reparação.

No entanto, a teoria em questão deve estar harmônica com os pressupostos do instituto da responsabilidade civil, assim, o dano deve ser causado por um ato ilícito que prejudica de forma séria e real a chance que a vítima teria de lograr uma vantagem.

Nesse sentido, por este estudo, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça, condizente com a doutrina majoritária, vem aceitando a aplicação da teoria da perda de uma chance como forma de reparação à vítima ora como dano moral, ora como material, e ora também como dano autônomo. Mas, para isso, ressalta-se que devem estar demonstradas as reais chances de sucesso da vítima, caso o ato ilícito não fosse praticado.

Verifica-se ainda, através das análises dos julgados expostos, a forma de mensuração utilizada, onde os julgadores procuram estabelecer uma probabilidade real de acontecimento do fato, pois a indenização deve ser proporcional a esta. Nesse contexto, visualizou-se a simplicidade que foi para estabelecer o *quantum* reparatório no caso

do *SHOW* do MILHÃO, de outra forma nota-se o quão complexo é o arbitramento da reparação pela teoria da perda de uma chance quando abrange danos extrapatrimoniais, como no citado caso das células-tronco. Pelo terceiro julgado apresentado, observa-se a rejeição da aplicação da teoria pelos Ministros entenderem que o dano foi certo, não se tratando de uma mera probabilidade.

Convém, por fim, ressaltar a necessidade de aprofundamento no estudo da aplicação desta teoria, devido à suma relevância social, e com isso estabelecer critérios e parâmetros bem definidos, para desta forma proporcionar uma aplicação cada vez mais justa.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 788459/BA. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 08 de novembro de 2005. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON>> Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1291247/RJ. Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Terceira Turma. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 19 de agosto de 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON>> Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1308719/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. **Pesquisa de Jurisprudência**. Acórdão, 25 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON>> Acesso em: 16 de maio de 2017.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. Rio de Janeiro: Método/Forense, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de hamurabi: Código de manu: Lei das XII tábuas**. 3 ed. São Paulo: EDIPRO, 2011.