

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

CAMILE SILVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO CASO DE
DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS TRONCO
EMBRIONÁRIA: UM ESTUDO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247-RJ**

CRICIÚMA

2017

CAMILE SILVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO CASO DE
DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS TRONCO
EMBRIONÁRIA: UM ESTUDO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247-RJ**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Rosangela Del Moro

CRICIÚMA

2017

CAMILE SILVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO CASO DE
DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS TRONCO
EMBRIONÁRIA: UM ESTUDO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247-RJ**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Ciências
Jurídicas da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa
em Direito Civil

Criciúma, 28 de novembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Rosangela Del Moro – Orientadora – Especialista – Universidade do Extremo
Sul Catarinense

Prof. Gustavo Silveira Borges – Pós-Doutor - Universidade do Extremo Sul
Catarinense

Prof.^a Marja Mariane Feuser - Especialista – Universidade do Extremo Sul
Catarinense

Dedico esse trabalho a todos aqueles que de alguma forma deram sua contribuição para sua elaboração.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida, pela saúde, e por todas as bênçãos concedidas sempre.

Agradeço imensamente aos meus pais, Jean Silveira e Cátia Rocha, que nunca mediram esforços para me proporcionar meios para atingir meus objetivos, sempre acreditando no meu potencial, eu sem dúvida não chegaria até aqui sem vocês.

Ao meu namorado e melhor amigo, por todo apoio e paciência destinado a mim, obrigada por sempre acreditar em mim.

Agradeço a minha orientadora Rosangela Del Moro, por todo apoio e dedicação ao meu trabalho, de coração, muito obrigada.

A minha melhor amiga Júlia, por estar presente nesses cinco anos de faculdade, agradeço por todo apoio sempre. A minha amiga Joice, sempre me incentivando e acreditando no meu potencial.

Agradeço, ainda a todos aqueles que de alguma forma me auxiliaram direta ou indiretamente para a construção deste trabalho.

“O futuro tem muitos nomes.
Para os fracos, é o inatingível.
Para os temerosos, o desconhecido.
Para os valentes, é a oportunidade. ”

Victor Hugo

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar se o descumprimento de contrato de coleta e armazenamento de células tronco embrionária gera dever de ressarcimento a ser pleiteado em nome do recém-nascido. Para alcançar tal objetivo abordar-se-á a temática da responsabilidade civil com enfoque na sua evolução histórica, conceituação, espécies e pressupostos. Na sequência far-se-á uma análise da teoria da perda de uma chance, ou seja, o instituto originado na interpretação jurisprudencial, que concede ao indivíduo prejudicado indenização decorrente da perda da probabilidade de obter vantagem ou a chance propriamente dita em razão da conduta do agente causador do ilícito, com enfoque na sua caracterização e conceituação, bem como nas modalidades existentes, para, ao final, analisar como a teoria da perda de uma chance é aplicada no Brasil. Por fim, realizar-se-á a análise da aplicação dos institutos da responsabilidade civil e teoria da perda de uma chance ao caso concreto, com foco no Recurso Especial nº 1.291.247-RJ do Superior Tribunal de Justiça, onde se julgou pela legitimidade do recém-nascido ser indenizado em razão da perda da probabilidade da chance. A relevância social desta pesquisa está diretamente ligada aos direitos da personalidade, no tocante a legitimidade dos recém-nascidos em pleitear os direitos inerentes a sua personalidade, bem como a condenação do agente causador da perda de uma chance pela violação de tais direitos. A pesquisa é desenvolvida através do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. Recém-nascido. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

The present work has as object to check if the breach of contract of the collection and storage of embryonic stem cells makes the duty of refund to be pleaded in name of the newborn. To reach such goal it will be approached the thematic of the civil responsibility with focus on your historic evolution, conceptualization, species and basics assumptions to be configured as civil responsibility. In sequence an analysis will be made of the theory by the loss of a chance, that is, the institute originated in jurisprudential interpretation, which grants the injured individual indemnification resulting from the loss of the probability of obtaining advantage or chance itself by the agent's conduct causing the unlawful act, with focus in your conduct and conceptualization, such as on the existing arrangements, to the end analyze how the theory of the loss of a chance is applied in Brazil. Lastly, will be realized an analysis of the application of the civil responsibility institutes and theory of the loss of a chance to the concrete case with focus in the special resource nº 1.291.247 of the Higher Federal Court, here it was judge by the legitimacy of the newborn to be compensated by the loss of the probability of a chance. The social relevance of this search is directly connected to the right of personality, in relation to newborn's legitimacy to claim their inherent personality rights, such as the condemnation loss of a chance causative agent for the violation of such rights. The research is developed by the deductive method, with biographical and jurisprudential research.

Keywords: Civil responsibility. Theory of the loss of a chance. Newborn. Rights of the personality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS INSTITUTOS NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL	13
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.3 ESPÉCIES	17
2.3.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	17
2.3.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	19
2.3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	20
2.3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	21
2.4 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.4.1 AÇÃO OU OMISSÃO	22
2.4.2 CULPA OU DOLO	23
2.4.3 NEXO DE CAUSALIDADE	24
2.4.4 DANO	25
2.4.4.1 DANO MATERIAL	27
2.4.4.2 DANO MORAL	28
3.1 CARACTERIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO	30
3.2 MODALIDADES DE OBTER VANTAGEM FUTURA E EVITAR PREJUÍZO	32
3.2.1 A PERDA DE UMA CHANCE COMO NOVA CATEGORIA DE DANO ESPECÍFICO	33
3.2.2 CLASSIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA CHANCE PERDIDA	35
3.2.3 APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	37
3.4 APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE ..	38
4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PERDA DE UMA CHANCE NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIA: UM ESTUDO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.2391.247-RJ	44
4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE	44
4.2 BREVE RELATO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 DO STJ	47

4.3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE FRENTE À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO RECÉM-NASCIDO	49
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	56
ANEXO	60

1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade se constituem em proteções concedidas ao indivíduo, em especial no tocante a sua honra, imagem, nome, vida, dignidade, ou seja, em direitos extrapatrimoniais que, se lesados, serão protegidos por tutelas específicas, como a possibilidade de se pleitear que cesse a lesão cumulada com indenização pelos prejuízos sofridos.

Com a evolução da sociedade, os direitos da personalidade sofreram uma ampliação, pelo qual passou-se a proteger outras categorias de direitos, como o material genético, a exemplo da coleta das células tronco embrionária retirada diretamente do cordão umbilical do recém-nascido no momento do parto. Por consequência, muitos pais têm procurados clínicas especializadas nesses tipos de serviços para coletar e armazenar as células tronco embrionária nos seus filhos, com a finalidade de congelar o referido material genético para utilizá-lo em caso de tratamento de várias doenças, permitindo, inclusive, a cura de enfermidades.

Desta forma, abordar-se-á no presente trabalho a possibilidade do recém-nascido ser ressarcido com base na teoria da perda de uma chance no caso de descumprimento dos deveres pactuados no contrato de coleta de material genético, conferindo, desta forma, legitimidade na referida demanda.

A relevância social do tema está na contenda do direito da personalidade, em especial, para reconhecer ou não a legitimidade do recém-nascido em pleitear direitos da personalidade, gerando assim impacto social.

Para isso, dividir-se-á o trabalho em três capítulos, sendo o primeiro capítulo focado em estudar a responsabilidade civil, como evolução histórica, conceituação, espécies e pressupostos básicos da responsabilidade civil.

No segundo capítulo, analisar-se-á a temática da perda de uma chance, sua caracterização, conceituação, modalidades e ainda, a perda de uma chance como uma nova modalidade de dano, bem como classificação e quantificação da chance perdida e aplicação da perda de uma chance no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro e último capítulo, analisar-se-á o Recurso Especial objeto do presente trabalho, de número 1.291.247-RJ, analisando, o direito de personalidade, breve resumo do caso, e por fim, como os ilustres ministros votaram aplicando a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

O método empregado no trabalho será o dedutivo, com pesquisa bibliográfica, doutrinaria e jurisprudencial.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS INSTITUTOS NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

Inicialmente, antes de adentrar no tema proposto no presente trabalho e discorrer sobre o Recurso Especial nº 1.2391.247-RJ e suas implicações no direito civil, faz-se necessário analisar o instituto da responsabilidade civil, sua conceituação, espécies e pressupostos básicos para sua incidência.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De início, se faz importante tecer algumas considerações acerca da evolução histórica, relevantes para o entendimento do instituto da responsabilidade civil.

Desde os primórdios da humanidade, com a necessidade de organização dos povos, e a satisfação de seus interesses individuais e coletivos, a sociedade era movida pela vingança privada, a qual não se distinguia entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, se aplicando indistintamente a todos os povos, isto é, a força física era aplicada como forma de garantia dos direitos, não havendo qualquer limite aplicado para as relações entre os indivíduos (GONÇALVES, 2014, p. 18).

A responsabilidade civil a época era o que chamamos hoje de direito à vingança, sendo que a vítima de um ato lesivo podia valer-se de sua própria força física para buscar a justiça e reparação de tal ato, sendo que o uso da força não era reprimido pelo poder estatal que até então era inerte a esse respeito (RIZZARDO, 2013. p. 29).

Nesse mesmo período, a culpa não era considerada pressuposto da responsabilidade civil, o causador do dano provocava reação imediata do ofendido, onde não havia qualquer tipo de regras nem limitações para exercer a vingança privada, sendo essa medida frequente a todos os povos como forma de resolução de conflitos, para reparar do mal causado (GONÇALVES, 2014, p. 18).

O próprio Evangelho em Mateus, Capítulo 18, versículo 23 a 35, representa a força física como meio de justiça, como na parábola do mau devedor, onde o devedor perdoado em muito pelo seu credor, não soube relegar pequena quantia que um servo lhe devia. Em consequência, seu credor o prendeu, mandou

castiga-lo, mantendo-o sob algemas até pagar toda a dívida (RIZZARDO, 2013, p. 29).

Posteriormente, com as raízes históricas do direito romano, passou-se a aplicar a Lei de Talião, com o famoso ditado “olho por olho dente por dente”, sendo que a citada lei autorizava que o agressor fosse punido da mesma forma que causou o sofrimento, permitindo então, que a justiça fosse exercida pelas próprias forças, sendo que o Estado intervia somente quando a vítima poderia ter o declarado seu direito de retaliação (FARIAS; ROSENVALD, 2015. p. 27).

Com a evolução da sociedade, a autotutela foi substituída pela composição direta com o autor da ofensa, através de pagamento de quantia em dinheiro, como uma forma de responsabilização, pelo ato lesivo, essa forma de pagamento era arbitrada pela autoridade pública se o delito em questão fosse de matéria pública, e caso fosse interesse privado, seria arbitrada pelo próprio agente lesado, neste período da história a culpa ainda não era analisada nas relações (DINIZ, 2014. p. 28).

Através dessa forma de composição, à vingança privada e incondicionada que vigia no ordenamento jurídico anterior foi aos poucos sendo substituída pela compensação pecuniária, neste momento da história, a responsabilidade civil começa a ganhar forma, no sentido de que o ofensor era obrigado a restituir com determinada soma em dinheiro o ato lesivo causado a fim de satisfazer o ofendido (FARIAS; ROSENVALD, 2015. p. 27).

É com o advento da *Lex Aquilia* ou a denominada aquiliana que diversas mudanças ocorreram com relação à responsabilidade civil extracontratual, a exemplo da reparação pecuniária, sendo que o causador do dano deve por meio de seu patrimônio ressarcir a vítima dos prejuízos suportados. Bem como o elemento culpa, o qual deverá ser provada pela vítima, sob pena da não responsabilização do agente causador (DINIZ, 2014, p. 28).

Desta forma, a experiência do Direito Romano deixou claro que a responsabilidade sem culpa poderia muitas vezes trazer situações injustas, surgindo à necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. A partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas (TARTUCE, 2017, p. 327).

Com influência da Itália, Bélgica e principalmente França, aos poucos foi sendo sustentada a ideia de uma nova modalidade de responsabilidade civil, sem culpa, baseada na teoria do risco, sendo a referida teoria adotada pelo Código Civil de 2002 (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32)

Evidente a importância histórica ao analisar a responsabilidade civil, pois, intrinsecamente sempre esteve ligada a sociedade, sofrendo diversos avanços conforme o tempo até tomar os moldes da responsabilidade civil que hoje conhecemos.

2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, indicando a ideia de obrigação que determinado indivíduo assume de restituir ou ressarcir, referente a uma ação ou omissão que gerou prejuízos a terceiros. (GONÇALVES, 2014, p. 29).

A responsabilidade no sentido etimológico da palavra retrata a ideia de obrigação, encargo. “A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14)

Pode-se conceituar a responsabilidade civil como sendo uma obrigação, na qual o sujeito ativo pode exigir do sujeito passivo pagamento de indenização correspondente ao prejuízo sofrido. (COELHO, 2014, p. 266)

Neste mesmo sentido, o estudo da responsabilidade civil está associado diretamente com a teoria dos atos ilícitos, tendo em vista o grande número dos danos causados atualmente, que muitas vezes não consegue ser resolvida de forma voluntária pelo autor do dano ilícito. Desta forma, o surgimento do instituto da Responsabilidade Civil se tornou indispensável para compensar o dano causado. (GOMES, 2011, p. 83)

Ainda, sobre esse instituto dispõe Gonçalves:

Pode-se afirmar, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. (2014, p. 15).

A definição do instituto da responsabilidade civil está ligada diretamente a aplicação de determinadas medidas que obriguem alguém a reparar os danos morais ou patrimoniais causados a terceiros, devendo-se analisar ainda a ideia de culpa (responsabilidade civil subjetiva) ou a do risco que não há necessário verificar a culpa (responsabilidade civil objetiva). (DINIZ, 2014, p. 50).

Conforme conceitua Tartuce (2017, p. 327) a responsabilidade civil surge sempre quando houver descumprimento de determinada obrigação, seja pela desobediência de uma regra previamente estabelecida entre as partes por força contratual ou pela desobediência de atenção de algum preceito normativo.

Segundo Gagliano e Plamplona Filho, (2013, p. 53) a responsabilidade civil pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando de forma ilícita, viola uma norma jurídica preexistente, subordinando-se, desta forma, às consequências, como consequência direta de seu ato, existindo então, a obrigação de reparar o dano.

Desta forma, conforme dispõe o artigo 186 do Código Civil, aquele que violar direito e causar dano a outro individuo comete ato ilícito. Já o artigo 927 do referido Código, dispõe que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assinala Cavalieri Filho quanto à conceituação do instituto da responsabilidade civil

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. (2014, p. 26)

A responsabilidade civil está diretamente atrelada à ideia de responsabilização, sendo assim, toda pessoa que em razão de sua conduta causar prejuízos a terceiros, está diante da incidência do instituto da responsabilidade civil.

Em síntese, pode-se conceituar a responsabilidade civil, como sendo uma obrigação de indenizar, imposta ao agente causador de um ilícito, independentemente de sua vontade em decorrência dos prejuízos que sua condução (ação ou omissão) gerou a um terceiro.

2.3 ESPÉCIES

Como a responsabilidade tem como elemento principal uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se necessário abordar as espécies existentes, dependendo de onde provem esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

A primeira classificação pode ser feita com base à sua origem da responsabilidade civil, que pode ser dividida em contratual ou extracontratual. Quem viola um dever jurídico *lato sensu*, causando dano a outrem fica obrigado a ressarcilo. Deste modo, a infração pode ser decorrente de uma relação jurídica preexistente entre as partes ou decorrente de uma lei, ou, ainda, do princípio geral de que ninguém deve prejudicar os outros, *alterum non laedere*. (GOMES, 2011, p. 92)

De acordo com Gonçalves (2014, p. 31), o Código Civil distinguiu em duas grandes espécies de responsabilidade, disciplinando a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes.

Quanto às espécies da responsabilidade civil, manifesta-se Tartuce:

[...] a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada de responsabilidade civil *aquiliana*, diante da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a.C, e que fixou parâmetros da responsabilidade civil extracontratual. (2017, p. 327)

Desta forma, torna-se imprescritível a divisão da responsabilidade civil, tendo em vista a facilitação do estudo da responsabilidade civil.

2.3.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A responsabilidade civil contratual, comumente chamada de “ilícito contratual”, refere-se a um negócio jurídico bilateral ou unilateral, isto é, há presença de um dever jurídico preexistente vinculando os agentes, assim, “se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente

chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos”. (CAVALIERI FILHO, 2014. p. 31).

A responsabilidade civil contratual origina-se do inadimplemento anteriormente contratado entre as partes, sendo assim, existindo um negócio jurídico vinculando as partes, há a presunção de que os deveres oriundos do contrato devem ser integralmente cumpridos, sob pena da incidência da responsabilidade civil contratual. (DINIZ, 2014, p. 149)

De acordo com Gagliano e Plamplona, (2013, p. 62) “para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações”.

De acordo com Gomes (2011, p. 92) a responsabilidade do causador do dano classifica-se conforme a natureza da violação, se esta for preexistente ao vínculo obrigacional, chama-se de responsabilidade contratual.

A responsabilidade civil contratual é aquela que há convenção, discriminando os direitos e deveres das partes envolvidas no cumprimento da obrigação, havendo violação de um dos deveres inerentes ao contrato, trazendo prejuízo para uma das partes da relação obrigacional, advém à necessidade de reparação. (RIZZARDO, 2013. p. 37).

Para Tartuce (2017, p. 328) nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do Código Civil¹. Sendo que o artigo 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O artigo 390 dispõe do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O artigo 391 consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor.

Sobre o tema, lecionam Farias e Rosenvald:

A violação positiva do contrato como rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento,

¹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor. (BRASIL, 2017b).

para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado. (2015, p. 72)

Em suma, a responsabilidade civil contratual caracteriza-se por ser o elo de ligação entre as partes, havendo assim, um negócio jurídico bilateral ou unilateral, com direitos e deveres para as partes, sendo que a violação de um dos deveres contratuais, incide a caracterização da responsabilidade civil.

2.3.2 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL

Em sentido diverso, a responsabilidade extracontratual pressupõe a violação de uma norma jurídica existente ou decorrente da violação à obrigação negativa regulada nos artigos 186, 188, 927, 928 a 954 do Código Civil.

Segundo Gonçalves (2014, p. 40) a responsabilidade civil extracontratual compreende a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os correspondentes aos direitos reais, aos direitos de personalidade ou aos direitos de autor.

Desta forma, dispõe Gonçalves acerca do conceito de responsabilidade civil extracontratual:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana. (2014, p. 31)

Para Gomes (2011, p. 92) na responsabilidade extracontratual a obrigação de indenizar emerge imediatamente de obrigação imposta por lei. É exatamente nesse momento que se forma a relação jurídica entre o autor e a vítima do dano.

Segundo Tartuce (2017, p. 328) nos termos do Código Civil, há dois alicerces categóricos: o ato ilícito e o abuso de direito, sendo uma importante inovação, sendo que o Código Civil de 1916 somente previa o ato ilícito.

Por fim, pode-se diferenciar responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo a primeira, vinculada a uma obrigação preexistente entre as

partes, gerando a violação contratual, enquanto na última, a obrigação é decorrente de violação da lei.

2.3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva está relacionada diretamente à ideia de culpa, também chamada como “teoria da culpa”, pressupõe a culpa como elemento necessário. Sendo assim, a responsabilidade civil está condicionada a verificação de dolo ou culpa da conduta do agente causador do dano. (GONÇALVES, 2014, p. 33).

A responsabilidade civil subjetiva está atrelada ao elemento conduta, sendo ela culpa ou dolo, ou seja, se verificada a intenção do agente no momento da prática do ilícito para caracterização do dever de reparação. (DINIZ, 2014. p. 150).

Isto posto, em regra, o elemento culpa é de suma importância para aferir a responsabilidade de alguém. Deste modo, torna-se imprescritível examinar a culpa para ligar o sujeito a sua efetiva responsabilização. O Código Civil de 2002 adota a responsabilidade civil subjetiva como regra no ordenamento, conforme fica evidenciado em seu artigo 186. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32)

A responsabilidade civil subjetiva está calcada na obrigação proveniente de determinado ato ilícito. Sendo que o sujeito que comete tal ato é devedor da indenização dos prejuízos causados em virtude de sua conduta. A indenização consiste na entrega de valor monetário equivalente aos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Desta forma, o ato ilícito é proveniente de uma conduta culposa ou dolosa violadora de direito, sendo tal ato banido pela sociedade e pela lei. (COELHO, 2014, p. 271).

Deste modo, pode-se afirmar que a responsabilidade civil subjetiva pressupõe dano causado em razão de ato doloso ou culposos, por meio de negligência, imperícia ou imprudência do agente causador. (GAGLIANO; PLAMPLONA FILHO, 2013.p. 57).

Assim sendo, dispõe Gonçalves:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (2014, p. 33).

Desta forma, a responsabilidade civil subjetiva, como regra no ordenamento jurídico brasileiro, tem como elemento principal, a culpa do agente causador do ato ilícito.

2.3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Diferentemente, a responsabilidade civil objetiva, caracteriza-se no risco, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do agente, bastando, portando, o nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente, com esses elementos, haverá o dever de indenizar do causador.

A responsabilidade objetiva é também chamada de teoria do risco. Sendo assim, o indivíduo que exerce alguma atividade assume o risco de criar um possível risco para um terceiro, devendo ser impelido a repará-lo sempre que houver efetivamente um dano, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2014, p. 33).

A lei impõe, a certas pessoas, em determinados casos, a reparação de dano independentemente de culpa, nesses casos, há a chamada responsabilidade “objetiva”, tendo em vista atividade de risco envolvida, desta forma, apenas é necessário o nexos causal entre a conduta do agente e o dano efetivo. (GONÇALVES, 2014. p. 33).

No mesmo sentido, dispõe Coelho acerca da responsabilidade civil objetiva:

São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos *lícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva. (2014. p. 275-276).

O Código Civil em seu artigo 927, passa a admitir a responsabilidade civil objetiva, a esse respeito dispõe Tartuce:

O dispositivo foi inspirado no art. 2.050 do *Codice Civile* Italiano, de 1942, que trata da *esposizione al pericolo* (exposição ao perigo) e que tem a seguinte redação: “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno” (Tradução livre: “Aquele que causa dano a outrem no

desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, é obrigado ao ressarcimento, se não provar haver adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano”). De qualquer forma, é interessante perceber que os dispositivos não são idênticos. Primeiro porque o Código Civil brasileiro trata de atividade de risco; enquanto o Código Civil italiano consagra uma atividade perigosa, conceitos que são distintos pela própria redação. Segundo, porque aqui a responsabilidade é objetiva (sem culpa); enquanto lá não há unanimidade se a responsabilidade é objetiva ou se está presente à culpa presumida. (2017, p. 374).

Sendo assim, pode-se diferenciar a responsabilidade civil subjetiva como elemento a culpa ou dolo, enquanto na responsabilidade civil objetiva a lei dispõe que em certos casos a intenção dolosa ou culposa é irrelevante, havendo, porém, como elemento central para a responsabilização o nexo causal.

2.4 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O artigo 186 do Código Civil consagra que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2017b). O referido artigo dispõe os quatro elementos essenciais para caracterização da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão culpa ou dolo, dano e nexo causal.

2.4.1 AÇÃO OU OMISSÃO

Ação é um movimento físico humano qualquer, que pode ou não ter relevância para o direito, como por exemplo, assinar um documento, comprar uma casa, acelerar o automóvel. Com esses movimentos físicos, são produzidos determinados resultados, porém, nem todos os atos humanos possuem implicação jurídica. (COELHO, 2014, p.318).

Refere-se à lei que qualquer pessoa, por meio de uma ação ou omissão, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Sendo que a responsabilização pode ser resultante de um ato próprio ou ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. (GONÇALVES, 2014, p. 36).

A respeito da ação ou omissão, dispõe Diniz:

Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. (2014. p. 53).

A conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou por uma omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imperícia ou imprudência². A regra é a ação (conduta positiva), já ao contrário, a omissão é necessário que haja a obrigação jurídica de agir (omissão genérica), bem como prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica). (TARTUCE, 2017, p. 339)

Para Gonçalves (2014, p. 41) para que se caracterize a responsabilidade por omissão é imprescindível que exista o dever jurídico de fazer determinado ato e que ainda, se fique evidente que com sua ação o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir pode ser regulamentado por lei, como por exemplo, o dever de prestar socorro às vítimas de acidentes, conforme artigo 176, I do Código de Trânsito Brasileiro.

Pode-se dizer então, acerca da ação ou omissão, que, a ação ou a omissão humana é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil, pois, não há o que se falar em responsabilidade civil se o agente que causar o ilícito não praticou nem se omitiu para com o fato.

2.4.2 CULPA OU DOLO

Acerca do segundo pressuposto necessário para a responsabilidade civil está à conduta culposa ou dolosa, que é conceituada como “o ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa”.

² Segundo Nucci (2011, p. 243) negligência é a forma passiva de culpa, ou seja, é o descuido ou desatenção, quando o agente detinha o dever de cuidado. A imperícia consiste na incapacidade técnica em uma profissão, ofício, ou na falta de conhecimento necessário para o exercício daquele ofício. A imprudência é a forma ativa da culpa, ou seja, é o comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou com insensatez.

Para Gonçalves (2014, p. 37) dolo consiste na vontade livre e consciente de praticar uma violação de determinado dever jurídico, e a culpa é a falta de cuidado, podendo ser, *in elegendo* decorrente da má escolha do representante; *in comittendo* decorrente de uma ação e *in omittendo* decorrente de uma omissão, quando deveria não se abster.

O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o intuito de prejudicar terceiros. Trata-se de ação ou omissão voluntária, presente o dolo, vale a regra do princípio da reparação de danos, o que significa que os danos suportados pela vítima serão indenizados. Porém, se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a indenização será fixada tendo em vista a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (TARTUCE, 2017, p. 341).

Segundo Coelho (2014, p. 322) a culpa é o ato negligente, imprudente, imperito de alguém. O dolo é o agir intencional para praticar atos com o objetivo ou o risco de causar prejuízo a alguém, sendo essa modalidade o chamado dolo direto, já o dolo indireto é aquele o dano não é propriamente o objetivo, mas o agente assumiu de forma consciente o risco de provoca-lo, não se importando com o resultado que causaria.

À vista disso, para haver a caracterização de determinado indivíduo ao pagamento de determinada quantia em razão da responsabilização civil, é necessário existir o elemento “vontade humana” podendo ser culpa ou dolo.

2.4.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade é de suma importância para a verificação da responsabilidade civil, uma vez que ela constitui a ligação entre a relação de determinado fato, o dano de alguém por conta de sua atitude. (RIZZARDO, 2013, p. 67)

De acordo com Rizzardo (2013, p. 61) “além de pressuposto, o nexo causal tem também por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar”.

O nexo de causalidade é considerado como pressuposto de grande valia para a responsabilidade civil, pois, trata-se da conexão entre determinada conduta do agente e o dano causado à vítima. (MIRAGEM, 2015, p. 219).

Além de servir como pressuposto da responsabilidade civil, o nexo de causalidade tem como finalidade estabelecer medida para obrigação de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 61)

Segundo Gonçalves (2014, p. 236) “o dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexo causal entre ele e seu autor”.

O nexo de causalidade ou simplesmente nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, resultando no elo de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano suportado por alguém. (TARTUCE, 2017, p. 345)

Cavaliere Filho (2014, p. 61) esclarece que através do nexo de causalidade se averigua se o agente agiu ou não com culpa, para analisar se ele deu causa ao resultado lesivo. Acerca da função do nexo causal, Cavaliere Filho conceitua como:

Além de pressuposto, o nexo causal tem também por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar. Veremos que só se indeniza o dano que é consequência do ato ilícito. As perdas e danos não se estendem ao que está fora da relação de causalidade. (2014. p. 61).

O nexo de causalidade se difere da culpabilidade, o primeiro tem relação objetiva com o agente e o dano final causado a vítima, e o segundo, tem relação a conduta efetiva do agente, verificando a capacidade de entendimento (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62).

Deste modo, verifica-se a importância do pressuposto do nexo de causalidade na responsabilidade civil, para averiguar a ligação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

2.4.4 DANO

Dano para Bittar (2015, p. 18) é “qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegido pelo Direito, incluído, pois, o de caráter moral”. Segundo define Cavaliere Filho (2014, p. 93) “dano é prejuízo ou, no caso do dano moral, que é a dor, vexame, sofrimento e humilhação significa conceituar o dano pelas suas consequências.

O dano é considerado pressuposto de qualquer espécie de responsabilidade civil, como, por exemplo, na responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, desta feita, a ausência do dano não gera obrigação de indenizar. (COELHO, 2014, p. 300).

Para incidir a caracterização da responsabilidade civil imputada em desfavor de alguém, é essencial à existência de um efetivo e real dano a vítima do ato lesivo, uma vez que, não há o que se falar em responsabilidade civil sem o elemento fundamental para classificação da responsabilidade civil, o prejuízo ao patrimônio do ofendido. (GAGLIANO; PLAMPLONA FILHO, 2014. p. 81).

De acordo com Bittar (2015, p. 20) “havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge à necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade”. Sendo assim, o agente que em razão de sua liberdade de escolha, optar por cometer ato ilícito em desfavor a alguém, assume a consequência de sua conduta, ou seja, a responsabilização pelo dano causado.

Segundo Lisboa (2012, p. 225-226) será considerado dano ressarcível se cumprir os seguintes requisitos: certeza, atualidade e subsistência. O dano certo pode ser caracterizado como fato determinado, não pode haver responsabilidade civil frente a dano hipotético, por isso a certeza do dano. Ainda, o dano deve ser considerado atual, se tratando de dano passado, não há o que indenizar, uma vez que não causou a vítima real prejuízo. E por último, o dano deve ser subsistente, isto é, ainda não foi ressarcido.

Em referência ao dano, leciona Miragem:

A noção de dano toma o sentido de perda, uma lesão a um patrimônio compreendido em sentido amplo como conjunto de bens e direitos de que seja titular a pessoa. É lesão a interesses juridicamente protegidos. Ou a diminuição ou supressão de uma situação favorável reconhecida ou protegida pelo direito. Ainda que, com a evolução da ordem jurídica, admita-se a lesão bens coletivos, ou seja, que não pertençam a pessoas determinadas, mas à coletividade, como é o caso da lesão a interesses difusos, por exemplo. Não raro, igualmente, deve o estudioso do direito defrontar-se com copiosas terminologias que, afinal, visam designar, essencialmente, o dano. Por diversas vias, usa-se falar em perdas e danos, prejuízos reparáveis, perdas e interesses, ou ainda desdobra-se o conceito para dizer de suas espécies danos emergentes e lucros cessantes. (2015, p. 155).

Para Tartuce (2017, p. 350) “é notório, para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém”.

Leciona Nader, acerca do dano:

Nos termos da Lei Civil, somente haverá ato ilícito em caso de dano material ou moral. Daí poder-se afirmar que o elemento *dano* é essencial à caracterização do ato ilícito. O vocábulo *dano* provém do latim *damnum* e significa lesão de natureza patrimonial ou moral. Na linguagem jurídica, *dano* e *prejuízo* são termos equivalentes, mas em Roma entendia-se por *damnum* apenas o fato material de destruição total ou parcial da coisa, enquanto o termo *praeiudicium* possuía sentido jurídico. (2016, p. 109).

Segundo Cavalieri Filho (2014, p. 93) duas são as espécies tradicionais de dano para a doutrina, quais sejam dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial.

De acordo com Lisboa (2012, p. 224-225) há diferenciação entre as espécies de danos, “dano é o prejuízo sofrido por uma pessoa. Dano pode ser: patrimonial, se a vítima deixou de ganhar ou perdeu bens por causa do dano; ou extrapatrimoniais, se a vítima teve ofendidos valores não econômicos, como os direitos de personalidade”.

Assim, o dano divide-se em dano patrimonial e dano material, os quais são decorrentes de prejuízos ou perdas que de alguma forma atingem o patrimônio da vítima, sendo tais danos abordados na sequência.

2.4.4.1 DANO MATERIAL

São considerados danos patrimoniais aqueles passíveis de valoração econômica, isto é, conseguem exprimir o valor de seu prejuízo econômico ou perda de proveito econômico. (MIRAGEM, 2015, p. 167).

Os danos patrimoniais são responsáveis por diminuir o valor do bem do credor da indenização, acarreta sempre subtração do patrimônio da vítima, ao se tratar de compensação de danos patrimoniais, o *quantum* indenizatório consiste no efetivo prejuízo patrimonial. (COELHO, 2014, p. 302-303).

Ainda, a respeito dos danos patrimoniais, estes podem ser subdivididos em dano emergente e os lucros cessantes. Dano emergente é aquele equivalente ao efetivo prejuízo sofrido pela vítima, ou melhor, dizendo, aquilo que a vítima verdadeiramente perdeu em razão do ato ilícito, como por exemplo, um acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o valor integral do automóvel,

porém, se tratando de perda parcial, o dano emergente será considerado o valor do conserto. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94-95)

No que diz respeito ao lucro cessante, pode-se conceituar como sendo aquele que atinge os efeitos mediatos e futuros do patrimônio da vítima, limitando consequência futura de um fato ocorrido, como por exemplo, o advogado que em razão de um acidente, fica incapacitado para o trabalho por diversos meses, atingindo, assim, sua renda mensal. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94-95)

Corroborando, ensina Miragem, acerca dos danos emergentes:

Os prejuízos econômicos que sofre a vítima diretamente, importando na diminuição do seu patrimônio devido a uma conduta antijurídica, denomina-se danos emergentes. Há, pois, um empobrecimento da vítima, decorrente da violação de direito praticado pelo agente. E, nesse sentido, não se confundem no domínio do dano patrimônio com o denominado lucro por intervenção, hipótese em que alguém intervém no patrimônio alheio sem causar dano, mas obtendo dessa intervenção determinada vantagem econômica. (2015, p. 169)

No que se refere ao lucro cessante, trata-se na perda do ganho esperável pela vítima do ato lesivo, objetivando na frustração da expectativa do lucro, causando, assim, uma efetiva diminuição no patrimônio da vítima. Podendo, inclusive, suceder não só da interrupção da atividade lucrativa ou produtiva da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 95). Em suma, dano material é a efetiva diminuição do patrimônio da vítima do ato ilícito, podendo ser dividindo em dano emergente e lucro cessante.

2.4.4.2 DANO MORAL

Dano moral no sentido *lato* e em sentido estrito é também conhecido como dano extrapatrimonial, sendo caracterizado pelo prejuízo relacionado à violação de direitos personalíssimos da vítima. (LISBOA, 2012, p. 238).

No tocante ao dano moral, esse se caracteriza por ser aquele não patrimonial, sem valoração econômica, são considerados assim, irreparáveis, geralmente, são ligados aos direitos de personalidade. (MIRAGEM, 2015, p. 167).

Em se tratando de dano extrapatrimonial, pode-se conceituar como sendo aquele não suscetível à valoração econômica, destacando-se, por exemplo, os

direitos de personalidade, como direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à integridade moral (direito a honra, imagem, identidade) (GAGLIANO; PLAMPLONA FILHO, 2014. p. 94).

Conforme conceitua Rizzardo (2013, p. 16-17) o dano moral pode ser subsequente ao dano material, em outras palavras, não lesiona o patrimônio do ofendido e sim sua condição como ser humano, como a honra, a paz, a liberdade física, a reputação e demais. Frente a sua natureza psíquica ou moral, gerando assim, por exemplo, as dores, os sentimentos, a tristeza, frustração e etc.

Ainda a respeito do dano moral, dispõe Miragem:

Por danos morais em sentido estrito entenda-se toda a alteração de estado anímico do indivíduo, em decorrência da lesão a atributo da personalidade. Usa-se dano moral em sentido estrito para distinguir do dano moral em sentido lato, que se confunde com a noção abrangente de dano extrapatrimonial. Encontra-se aqui a dor ou sofrimento decorrente da lesão, e que, por isso, afeta o comportamento do indivíduo. Exige-se, para ser considerado dano indenizável, que esta dor ou sofrimento decorra de lesão à personalidade. (2015, p. 198).

Por fim, verifica-se que os pressupostos básicos da responsabilidade civil são de basilares para determinação da responsabilidade civil, motivo pelo qual se torna imprescindível o estudo do tema.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

O presente capítulo tem por escopo analisar a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance, bem como verificar sua efetiva aplicação no Brasil através de estudos jurisprudenciais.

3.1 CARACTERIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO

Com a evolução da sociedade e a crescente necessidade de atender aos interesses jurídicos, a responsabilidade civil precisou se adequar as novas mudanças cotidianas, onde inúmeros são os casos em que por ato lesivo de outrem, a vítima sofre privação de uma oportunidade. Desta forma, o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance surge com o escopo de melhor regular os interesses concretos.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance remonta ao direito internacional, mais precisamente ao Direito Francês, de onde surgiu a expressão *perte d'une chance*. Sendo o primeiro caso noticiado no século XIX, exatamente em 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação Francesa, concedeu indenização a um demandante pela perda de uma chance de obter êxito em decisão jurisdicional em razão da atuação culposa de um oficial ministerial, retirando assim, suas possibilidades de obter decisão favorável na demanda. (SILVA, 2013, p. 11).

Desde esse caso histórico, a jurisprudência francesa considerou a hipótese do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, em razão da frustração de determinado ganho ou vantagem esperada, com isso, a teoria foi sendo aos poucos, difundida por outros países europeus.

Na Itália, a primeira manifestação da aplicação da perda de uma chance remonta a 19 de novembro de 1983 quando um determinado grupo de trabalhadores foram convocados por uma determinada empresa para participar de um processo seletivo com o intuito de contratar motoristas para seu quadro de funcionários, ao realizar os exames médicos, alguns desses candidatos foram impedidos de forma injustificada, a continuar nas demais etapas das provas. A Corte de Cassação Italiana entendeu ser adequada a indenização devido ao dano causado a esses candidatos pela perda da oportunidade de conseguir o emprego. (SAVI, 2006, p. 25).

Há outros relatos da aplicação da teoria, como no sistema *common law*, no ano de 1911, com o caso inglês *Chaplin v. Hicks*, sendo a autora da demanda uma das 50 (cinquenta) finalistas de um concurso de beleza produzido pelo réu, sendo que o mesmo impediu a autora de participar da fase final do concurso a qual consistia na apresentação perante um júri, sendo que as 50 (cinquenta) finalistas estavam concorrendo a 12 prêmios distintos. Ao julgar o caso, um dos juízes argumentou que de acordo com a “doutrina das probabilidades”, a autora teria 25% de chances de ganhar um dos prêmios. (SILVA, 2013, p. 11).

Outro caso emblemático, mas de suma importância para a evolução da teoria da perda de uma chance diz respeito ao caso *Falcon vs Memorial Hospital*, julgado em 1990, na Suprema Corte do Estado de Michigan, em que uma gestante deu entrada ao hospital para dar à luz ao seu filho, quando, logo após, faleceu de embolia pelo fluido amniótico. A família ajuizou ação indenizatória contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem esse tipo de embolia têm apenas 37% (trinta e sete por cento) de chance de sobreviver, a negligência do médico foi responsável por subtrair todas as chances da paciente de sobreviver da referida embolia, sendo a ação de indenização concedida. (SILVA, 2013, p. 12).

Sendo assim, pode-se conceituar a teoria da perda de uma chance como sendo uma extensão da responsabilidade civil a qual possibilita a indenização pela chance perdida diante daquilo que a vítima poderia obter para si caso o agente causador do dano não fizesse conduzir de forma diversa da pretendida. (LISBOA, 2012, p. 225).

A responsabilidade civil decorrente pela perda de uma chance trata-se da hipótese devida a alguém decorrente da frustração de uma oportunidade provável, tornando-se legítimo o pedido de indenização, diferentemente, do pedido de ressarcimento de remota possibilidade, sem qualquer espécie de comprovação que o prejuízo seria concreto. Para haver a condenação de ressarcimento pela perda de uma chance é necessário a ação ou omissão culposa do agente, havendo ainda, nexos causal entre a conduta e o dano efetivamente causado. (NADER, 2016, p. 110).

Conforme preconiza Rizzardo (2013, p. 58) a teoria da perda de uma chance se caracteriza por ser o instituto que concede indenização em favor de outrem, quando a vítima, por culpa do agente causador do ato ilícito, deixa de obter

a probabilidade de vantagem, como de ganho, por exemplo, de um prêmio, por frustração de uma oportunidade.

Desta forma, explica Cavalieri Filho em relação à perda de uma chance:

Nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, participar de um concurso, e outras situações que tiram da vítima a oportunidade de um ganho ou vantagem. Essas são as típicas hipóteses da chamada perda de uma chance clássica, nas quais a conduta do agente faz a vítima perder a chance. Há certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato. (2014, p. 98).

Destarte, pode-se concluir que para haver a incidência do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance é necessária a conduta culposa do agente, fazendo com que a vítima frustrasse suas expectativas em determinado ganho.

3.2 MODALIDADES DE OBTER VANTAGEM FUTURA E EVITAR PREJUÍZO

Há uma divisão crucial entre as modalidades da perda de uma chance, a chamada “perda de uma chance clássica” ou “típica” e a “perda de uma chance atípica”, consiste a primeira, na hipótese em que a conduta do agente faz a vítima perder por completo a chance antes esperada. Há uma certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance da vítima (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98)

A perda de uma chance clássica é caracterizada pelas hipóteses em que há interrupção de todas as chances da vítima obter vantagem esperada ou evitar um determinado prejuízo por total e completa conduta do agente, não havendo dúvidas de que o agente agiu para a frustração das chances da vítima. (SILVA, 2013, p. 256).

É possível exemplificar a perda de uma chance clássica como a progressão na carreira artística, arrumar um melhor emprego, participar de concurso público, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela negligência do advogado entre outras. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Acerca da perda de uma chance clássica, dispõe Higa:

Na perda de uma chance “típica”, a álea está no dano (resultado final). Nele reside a ignorância humana sobre os acontecimentos. Sabe-se que a vítima tinha um interesse aleatório; que este foi usurpado pela interrupção do processo aleatório (ato ilícito); que esta interrupção foi a causa da perda do interesse aleatório (nexo causal), mas, como a vítima só participa da cadeia causal até a intervenção interruptiva, não se sabe se ela conseguiria ou não o resultado almejado (dano equivalente ao resultado final) (2012, p. 176).

Em contrapartida, a chamada perda de uma chance atípica consiste na modalidade pela qual a conduta do agente causador por si só não interrompe a chance da vítima e sim causa uma diminuição da vítima em obter a vantagem esperada. Desta forma, trata-se de hipótese de causalidade parcial e não total, pois a conduta do agente não seria capaz de extinguir na totalidade as chances da vítima, mas sim diminuí-las. (SILVA, 2013, p. 256)

Pode-se exemplificar a perda de uma chance atípica no caso do médico, que deixa de atender o paciente ou faz o diagnóstico ou tratamento para uma doença de forma errônea, e por conta dessa conduta o paciente falece, o dano pode ser considerado diretamente ligado à doença, mas não se pode deixar de considerar que na omissão médica ou na falha do tratamento houve privação do paciente em obter chance de cura ou de sobrevivência. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Assim sendo, a distinção entre a perda de uma chance clássica e atípica se faz importante para verificar o quanto da conduta do agente causador implicou na redução das chances da vítima.

3.2.1 A PERDA DE UMA CHANCE COMO NOVA CATEGORIA DE DANO ESPECÍFICO

A categoria da perda de uma chance não é tratada de forma unânime pela doutrina e a jurisprudência, desta forma, se faz importante compreender as classificações utilizadas pelos estudiosos acerca do tema.

Há corrente doutrinária que defende a aplicação da perda de uma chance como terceiro gênero de indenização, considerada meio termo entre o dano

emergente e o lucro cessante, sendo, que inclusive, os tribunais são adeptos a essa nova modalidade³. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 101).

A perda de uma chance é considerada nova modalidade de dano, crescente no direito brasileiro, que se caracteriza pela frustração de determinada pessoa quando alguém, por conta de sua conduta, frustra uma oportunidade esperada pela vítima, sendo tal frustração presente quando a chance é séria e real. (TARTUCE, 2017, p. 369).

Segundo Nader (2016, p. 111) a responsabilidade civil pela perda de uma chance é considerada como numa nova categoria de dano na doutrina brasileira, visto que não se encaixa na modalidade de danos emergentes nem de lucros cessantes⁴, devendo, assim, ser caracterizado como dano autônomo.

Apesar de alguns doutrinadores, tais como Rafael Peteffi da Silva e Sérgio Savi defenderem que a perda de uma chance é considerada dano autônomo da responsabilidade civil, alguns tribunais aplicam a teoria da perda de uma chance ora como dano moral, ora como dano material,

³ ECT. SEDEX. ATRASO NA ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. PERDA DO PRAZO PARA PARTICIPAÇÃO EM CONCORRÊNCIA PÚBLICA. MELHOR PREÇO. CHANCES REAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. OCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL. LEI Nº 9.494/97 E LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO IMEDIATA. 1. No caso concreto, Celli Mercantil e Industrial Ltda. ajuizou a presente ação contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, tendo em vista o extravio de produtos da autora, que foram encaminhados via SEDEX à Marinha do Brasil. Afirmou que participou de licitação no dia 18/03/2011 junto ao Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro - COMRJ para fornecimento de 10.000 quilogramas de xarope de glicose, da qual foi vencedora, por ter ofertado seu produto com menor preço que os demais concorrentes. Disse que na sequência foi aberta a fase de aceitação das propostas, motivo pelo qual deveria entregar amostras de seus produtos entre os dias 21 e 22/03/2011. Afirmou que fora desclassificada por ter chegado fora do prazo previsto no edital de licitação. 2. **Como terceiro gênero de dano material, recente jurisprudência vem aplicando a Teoria da Perda de Uma Chance: ato ilícito que resulta a perda de oportunidade/chance real de alcançar situação melhor futura.** 3. Diante do conjunto probatório, há o dever da ECT de indenizar a título de danos materiais, pois os elementos presentes nos autos são suficientes para corroborar as alegações da autora, caracterizado o nexo causal entre o vício existente no serviço prestado pela ré (entrega tardia de sedex) e a desclassificação na licitação. 4. O artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/97, que rege os juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública, tem aplicação imediata, independentemente da data de ajuizamento da ação judicial. 5. Dessa forma, os juros de mora são aplicáveis no percentual de 0,5% ao mês, e a correção monetária, a partir da vigência da Lei n.º 11.960/09 (30/06/2009), deverá observar o índice de correção da caderneta de poupança. 6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, a fim de se considerar, quanto aos juros de mora, o percentual de 0,5% ao mês (6% ao ano) para incidir na condenação imposta à ECT. (grifos acrescidos). (BRASIL, 2017)

⁴ Danos emergentes consiste no dano real e efetivo do patrimônio da vítima e lucro cessante no lucro que a vítima deixou de ganhar em razão do ato ilícito. (DINIZ, 2014, p. 86).

3.2.2 CLASSIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA CHANCE PERDIDA

Importante antes de adentrar na quantificação da indenização decorrente da perda de uma chance classificar e conceituar a chance.

De acordo com Silva (2013, p. 13) a chance corresponde na expectativa no que se pode chamar de ganho final, sendo uma possibilidade, como por exemplo, um bilhete de loteria, porém, necessário destacar que por vezes a quantificação da perda de uma chance não se torna fácil de averiguar, sendo que em tais casos deve-se analisar o caso concreto.

Conforme destaca Cavalieri Filho:

Há possibilidades e probabilidades diversas, o que exige que a teoria seja examinada com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda de uma chance exige que o julgador bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas. (2014, p. 99)

Para haver o direito à indenização, a chance deve ser séria e real, não exigindo absoluta certeza do resultado, porém, deve existir ao menos probabilidade efetiva de que as chances da vítima foram usurpadas em razão do ato ilícito praticado pelo agente, causando assim, a perda de uma chance.

Sendo assim, a indenização se compara à própria chance e não a perda de seu objeto pretendido, como por exemplo, alguém que se encaminha para a realização de um determinado concurso e é impedido de chegar ao local da realização do concurso, em razão de acidente de veículo provocado por terceiro. Como também, aquele que deixa se eleger como candidato em virtude de notícias difamatórias que induz os eleitores sobre a reputação do candidato, fazendo com que perdesse muitos votos.

Podemos citar, ainda, o caso do médico que em razão de sua negligência, deixa de prestar socorro à pessoa doente, que vem a falecer. Nesse caso, não se pode afirmar com precisão que se conseguiria o resultado positivo se não tivesse existido tais infortúnios, porém, resta evidente que as chances foram diminuídas em razão da conduta do autor da lesão. (RIZZARDO, 2013, p. 58).

De acordo com Pereira (2016, p. 42) “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”.

É admitida a hipótese de ressarcimento nos casos em que a possibilidade de obter lucro ou de evitar prejuízo era mais do que possível, era considerada provável que ocorresse, desta forma, é possível que o agente causador da frustração da probabilidade indenize a vítima. (LOPES, 1996, p. 375-376)

Assinala Cavalieri Filho quanto à quantificação da chance perdida para caracterização da perda de uma chance:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, 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 (2014, p. 99).

Segundo Savi (2006, p. 63) “é a de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado”.

De outro modo, ao se quantificar a indenização pela perda de uma chance, deve-se analisar com ponderação, a diferença entre o resultado perdido propriamente dito e a mera possibilidade de consegui-lo. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

Segundo nos ensina Silva:

Pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma porcentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço. (2013, p. 143)

No que tange à definição de chances, dispõe Savi:

Entendemos que somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização (2012, p. 122-123).

Ademais, o valor da indenização a ser fixado pela perda de uma chance deve ser analisado de forma equitativa pelo magistrado, observando o princípio da razoabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

Segundo Lopes (1996, p. 376) “tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização”.

Destarte, pode-se dizer que para indenização pela perda de uma chance é necessário que a chance seja real e certa, no sentido de que o evento se realizará. Deve-se analisar a chance como concreta, e não mera esperança, sem real probabilidade que o evento irá se realizar.

3.2.3 APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não há previsão legal específica no Código Civil brasileiro para a teoria da perda de uma chance. Porém, pode-se falar em previsão legal de cláusulas gerais acerca do instituto da responsabilidade civil, como o artigo 186 e o artigo 927.

O Código Civil prevê a responsabilização civil do agente que por conta de sua conduta prejudicar outrem ao ponto de causar dano, ainda que moral, comete ato ilícito, e por conta disso, tem obrigação legal em repará-lo.

O Código Civil ainda, no seu art. 402 dispõe que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar”. (BRASIL, 2017b)

Trata-se de norma geral, pela qual o legislador de forma aberta positivou o chamado “princípio da reparação integral dos danos”, sendo que tal princípio tem o condão de garantir o equilíbrio entre o dano e a reparação, como forma de assegurar a vítima o direito de ser ressarcida de todo dano sofrido em razão do ilícito. (SAVI, 2006, p. 86-87).

Assim sendo, o artigo 944⁵ do referido Código, remonta ainda que a indenização mede-se pela extensão do dano, devendo o agente causador do ato ilícito suportar os danos causados.

Importante ressaltar ainda, que o Código Civil apesar da entrada em vigor em janeiro de 2003, seu projeto se iniciou nos anos 70, passando por várias alterações, desta forma, como o instituto da perda de uma chance começou a ganhar força no final dos anos 90, início dos anos 2000, não há o que se falar em previsão legal do referido instituto.

Destarte, o Código Civil, ampara a possibilidade da indenização por extensão do dano, dando possibilidade à aplicação da teoria da perda de uma chance.

3.4 APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

No Brasil, as primeiras manifestações da aplicação do instituto da perda de uma chance, se deram no Rio Grande do Sul, em 1990 e 1991, através do desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

A primeira, de 12 de junho de 1990 tratava-se da situação da autora que se submeteu de forma voluntária a uma cirurgia com a finalidade de fazer a correção visual que possuía, ocorre que, após o procedimento cirúrgico, ao invés de obter a cura do seu problema ocular, acabou por adquirir hipermetropia no olho operado. (HIGA, 2012, p. 150)

A segunda, de 12 de junho de 1990 tratava de um caso de extravio de processo judicial, desta forma, o advogado agiu com descuido em postular a restauração dos autos bem como informar sua cliente da situação. Deste modo, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, concluiu que o ora advogado agiu em desacordo com os “deveres inerentes à profissão da advocacia”. (HIGA, 2012, p. 150)

No âmbito dos Tribunais Superiores, o primeiro caso com destaque nacional, foi o julgamento RESP 788.459/BA, realizado pela 4ª Turma do STJ, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, datado de 08/11/2005. O referido caso tratava-se do programa “Show do Milhão” dirigido pelo apresentador Silvio Santos,

⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2017b).

sendo que a participante de forma brilhante chegou à última resposta do programa, sendo que se respondesse corretamente ganharia um milhão de reais. Ocorre que, para a participante as quatro alternativas não correspondiam a resposta da pergunta, optando-a por não responder, com base nisso, entrou com a demanda com o objetivo de obter a indenização decorrente de sua chance frustrada de ganhar um milhão de reais.

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. (BRASIL, 2017c)

Assim dispôs o voto do Ministro relator Fernando Gonçalves:

[...] Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

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) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). (BRASIL, 2017c)

Ao realizar o julgamento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito da autora com base na teoria da perda de uma chance, sendo que a Turma fixou a indenização em 25% (vinte e cinco por cento) do valor do prêmio, pois, considerou as quatro opções de resposta. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

Em outro julgado, acerca da responsabilidade do advogado pela perda de prazo processual (REsp n. 1190180) a também 4ª Turma do STJ, caracterizou a perda de uma chance como terceira modalidade de dano.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. (grifos acrescidos). (BRASIL, 2017d)

Em caso semelhante, sobre responsabilidade do advogado (RESP 1.079.185/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi) a 3ª Turma, relatou que “a perda de uma chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais”.

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 2017e)

Em outro julgado, no RESP 821.044/MG, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu indenização por danos materiais pela perda da chance. O caso trata-se de um candidato a vereador que não conseguiu se eleger por falta de oito votos, em decorrência de uma notícia falsa, repassada por uma rádio local. Ao analisar o caso, o tribunal decidiu, com base nas provas materializadas nos autos, pela culpa do veículo de comunicação, haja vista ter repassado notícia falsa do candidato, fazendo-o perder a oportunidade de se candidatar as eleições daquele ano.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NAO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NAO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida

III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. (grifos acrescentados). (BRASIL, 2017f)

Há também o julgado REsp 1380766 de relatoria do Ministro Og Fernandes, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu indenização pela perda de uma chance a autora que em virtude de um ato administrativo ilegal deixou de assumir ao cargo público gerando assim, uma frustração ao cargo almejado.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO CIVIL. ERRO NO ATO DE NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO.

1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte segundo o qual o termo inicial do prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32, em se tratando de ato administrativo anulado em juízo, conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão de procedência do pedido. 2. O direito à indenização foi decidido pela Corte de origem com base na teoria da perda de uma chance, argumento que não foi alvo de debate nas razões do recurso especial interposto, incidindo o óbice da Súmula 283/STF. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL, 2017g)

Há, ainda, o julgado RESP 1.104.665, de relatoria da Ministro Massami Uyeda, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que não admitiu a aplicação da

teoria da perda de uma chance porque, no caso concreto, se tratava de mera possibilidade e o dano incerto no instituto da responsabilidade civil, em regra não é passível de indenização, haja vista que a indenização pela perda de uma chance é admitida nos casos concretos em que há frustração de vantagem devida, o que não foi o caso.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido. (grifos acrescidos). (BRASIL, 2017h).

Importante, ainda, destacar a evolução jurisprudencial na seara médica, também conhecida como perda de uma chance de cura ou sobrevivência, em que o elemento indispensável para a concessão de indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Há ainda, a comprovação do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso (perda da chance de sobrevivência ou cura do paciente. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 104).

Desta forma, o RESP 1662538/MS de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21 de março de 2017, o caso em que a paciente foi submetida a uma cirurgia em agosto

de 2005, para retirada de um tumor benigno, conforme constava no laudo médico, porém, após a cirurgia a dor da paciente persistia, sendo assim, realizou mais exames, o qual constava tumor maligno. Em novembro de 2005, a paciente se submeteu a mais uma cirurgia para remoção total do joelho esquerdo, vindo com isso a falecer.

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. AUSÊNCIA. ACOMPANHAMENTO NO PÓS-OPERATÓRIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 24.01.2008. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73.

2. A centralidade do recurso especial perpassa pela análise da ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. 4. A ausência de decisão acerca de argumentos do recorrente e de dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial.

5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

6. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo legal a que teria sido dada interpretação divergente.

7. Por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu **que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.** [...] (BRASIL, 2017i)

Destarte, no presente caso julgou a Ministra relatora Nancy Andrighi, acerca da aplicação da perda de uma chance de cura:

[...] Assim, a perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, “consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar” (Resp 1.254.141/PR, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 20/02/2013). 20. A conduta do recorrente não provocou a doença que causou o óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta, ante “a ausência de tratamento em momento oportuno” (e-STJ fl. 519). 21. Definida a aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance para a solução do cenário dos autos, resta

analisar, por um lado, o preenchimento de seus pressupostos, e por outro lado, a adequação das consequências extraídas a partir desses pressupostos pelo TJ/MS [...] (BRASIL, 2017i)

Desta forma, pode-se dizer que o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance é uma modalidade recorrente nos Tribunais, porém, há que se observar os pressupostos essenciais para sua concessão.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PERDA DE UMA CHANCE NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIA: UM ESTUDO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.2391.247-RJ

Por fim, neste capítulo abordar-se-á os direitos da personalidade, para na sequência, discorrer sobre o Recurso Especial nº 1.291.247, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verificando se os pressupostos da responsabilidade civil, bem como da perda de uma chance foram rigorosamente satisfeitos.

4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Direitos da personalidade é o instituto que concede aos indivíduos proteção extrapatrimonial, assegurado o reconhecimento de seus direitos individuais inerentes a cada pessoa, tais como imagem, integridade física, intimidade, honra, entre outros. (GAGLIANO; PLAMPLONA FILHO, 2016, p. 196).

O direito da personalidade é o conjunto de características inerentes à pessoa, podendo, assim, o lesado, defender-se das eventuais ofensas à integralidade físico-psíquica, seu próprio corpo, sua honra, imagem. (TARTUCE, 2015, p. 170)

Segundo Szaniawski (2005, p. 70) a personalidade consiste no conjunto de características próprias de cada indivíduo, equiparando-se a um bem no sentido jurídico, sendo tal bem pertencente à pessoa.

Os direitos que são destinados a dar conteúdo a personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. Porém, essa classificação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função no tocante à personalidade é especial. (DE CUPIS, 2004, p. 24).

De acordo com Venosa (2016, p. 181) os direitos inerentes a personalidade não possuem valoração econômica direta, “não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam dos direitos”.

Segundo Bittar (2015, p. 236) “são admitidos, nesse nível, direitos físicos, psíquicos e morais, que, respectivamente, protegem os aspectos externos e internos da personalidade humana e sua projeção na sociedade”.

Pode-se inserir como proteção do direito da personalidade o direito à vida, ao corpo, ao cadáver e suas partes, à imagem, à liberdade, à intimidade e a identidade. Destarte, importante destacar que os direitos da personalidade não considerados rol taxativos, tendo em vista a crescente necessidade do direito em adaptar-se a realidade social. (BITTAR, 2015, p. 236)

Leciona Venosa acerca da caracterização dos direitos da personalidade:

[...] Os direitos da personalidade ou personalíssimos relacionam-se com o Direito Natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredido: tratar-se-á, então, de pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória pela violação do direito, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado. Os danos que decorrem da violação desses direitos possuem caráter moral. (2016, p. 182)

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil de 2002 introduziu um capítulo voltado exclusivamente ao direito da personalidade, em seus artigos 11 a 21, reflexo direto da importância que a sociedade atribui a proteção à imagem, à privacidade, ao direito ao próprio corpo, doação e transplante de órgãos e tecidos, dentre outros. Importante destacar que os direitos da personalidade são diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, sendo assim, detêm como escopo tutelar os direitos que interessam os indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 assegura proteção aos direitos da personalidade, sendo considerado fundamento constitucional conforme artigo 1º, III⁶, bem como define no artigo 5º, X⁷ como invioláveis a intimidade, vida privada, honra

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2017a)

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] X - são invioláveis a intimidade, a

e imagem das pessoas, sendo devida a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Desta feita, cumpre ressaltar que os direitos de personalidade são destinados a assegurar a dignidade da pessoa humana, por meio de medidas adequadas.

Nessa linha, o Código Civil em seu artigo 12 destaca que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (BRASIL, 2017b). Assim sendo, a indenização por danos materiais e morais não só podem como devem ser resultado da proteção dos direitos de personalidade. (GONÇALVES, 2016, p. 195-196).

Conforme leciona Gonçalves

A concepção dos direitos de personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos de personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. (2016, p. 188)

Esses direitos inerentes à personalidade são considerados pessoais ou personalíssimos, em regra, cabendo à própria pessoa lesada a tomar medidas acautelatórias, preventivas ou repressivas. (VENOSA, 2016, p. 186).

Desta forma, importante destacar que os seres humanos são os titulares dos direitos da personalidade, de igual forma, o instituto alcança os nascituros, que embora não gozem de personalidade jurídica, gozam de direitos desde a concepção. (GAGLIANO; PLAMPLONA FILHO, 2016, p. 201).

Assim sendo, os direitos da personalidade são garantias conferidas pelo legislador para visar tutelar e proteger os direitos particulares de cada indivíduo, evitando, assim, as lesões aos direitos extrapatrimoniais.

4.2 BREVE RELATO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 DO STJ

Trata-se de demanda indenizatória movida em face de empresa especializada em coleta e armazenamento de células tronco embrionárias, em razão da falha da prestação de serviços, tendo em vista o não comparecimento ao hospital no momento previamente combinado.

A ação foi ajuizada pelos genitores em nome próprio em razão do inadimplemento contratual e em nome do recém-nascido em razão da responsabilidade civil pela perda de uma chance pela frustração da probabilidade certa de evitar prejuízo, gerando assim, graves consequências em razão do inadimplemento.

Os genitores do recém-nascido firmaram contrato de prestação de serviços com a empresa para a coleta e armazenamento de células tronco embrionárias do seu futuro filho. Dias antes do parto, o genitor entrou em contato com a empresa e informou a data e horário da cesariana da esposa. Porém, no dia em questão, apesar das infrutíferas tentativas do genitor em entrar em contato com a empresa, nenhum funcionário compareceu ao local. Em razão do inadimplemento contratual, os genitores requereram indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

Em sua defesa, a empresa justificou que não conseguiu chegar a tempo de realizar a coleta do material genético. Alegou, ainda, que procedeu a restituição dos valores pagos e desta forma, não havia que se falar em indenização por danos extrapatrimoniais.

Na sentença de primeiro grau a magistrada sentenciante julgou procedente o pedido de indenização, condenando a empresa a pagar o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização. Porém, julgou improcedente o pedido realizado pelo recém-nascido por entender que se trata de dano meramente hipotético, não havendo reparação cabível.

Inconformados, os autores apelaram e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento do recurso, majorando a indenização devida aos genitores para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um, porém, manteve a improcedência do pedido indenizatório em favor do recém-nascido, por entender que o mesmo não teria consciência necessária para a ocorrência de um dano moral, bem como afastou a teoria da perda de uma chance por não restar comprovada a

probabilidade real de o recém-nascido precisar de material genético, tendo em vista que nasceu em perfeitas condições de saúde. Desta forma, dispõe a ementa do referido acórdão:

Responsabilidade civil. Controvérsia entre consumidores e empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias. Falha na prestação de serviço, caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto, que restou incontroversa. Exegese dos artigos 302 e 334, III, do CPC. Inadimplemento contratual, que por sua própria natureza, mostrou-se capaz de repercutir na esfera de dignidade dos genitores do menor. Terceiro autor, bebê de tenra idade, que, contudo, não dispunha de consciência capaz de potencializar a ocorrência do alegado dano moral. Inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance à hipótese dos autos, considerando-se que não restou evidenciada uma probabilidade certa ou evitar determinado prejuízo. Graves consequências do ato ilícito, fruto grosseira falta de cautela com que atuou a empresa ré, a ensejar a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, em conjunto com o paradigma meramente reparatório. Montante indenizatório que merece ser majorado para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em favor de cada um dos genitores do menor. Primeiro apelo parcialmente provido, declarando-se prejudicados os demais esclarecendo-se, de ofício, que os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos conforme o êxito de cada um dos litisconsortes ativos. (RIO DE JANEIRO, 2017)

Insatisfeitos os autores ingressaram com Recurso Especial em razão da violação dos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 15 e 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente, além do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Ao ser julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi proferido o seguinte acórdão:

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. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator. (BRASIL, 2017j)

Dessa forma, para melhor entendimento do referido recurso, torna-se indispensável analisá-lo detalhadamente.

4.3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE FRENTE À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO RECÉM-NASCIDO

De início, a discussão voltou-se para a legitimidade do recém-nascido e a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance em seu favor em razão do inadimplemento contratual. Com isso, discutiu-se, ainda, a existência ou não de um efetivo dano extrapatrimonial sofrido pela própria criança, que era a principal favorecida no contrato firmado entre seus genitores e a empresa especializada em coleta e armazenamento de células-tronco embrionárias.

Inicialmente, a Ministra Nancy Andrighi, reconheceu a legitimidade do recém-nascido em pleitear indenização por danos morais e destacou que a criança desde a mais tenra idade faz jus aos direitos da personalidade, assegurada indenização por danos morais em decorrência de sua violação. No caso em tela, em relação à perda de uma chance, destacou que “[...] a certeza do dano reside na perda da chance efetiva e não na perda da vantagem pretendida”. (BRASIL, 2017j). Destacou que o dano moral sofrido pelos pais do recém-nascido foi reconhecido, não pelo instituto da perda de uma chance, mas sim pelos transtornos ocorridos na falha da prestação de serviços previamente contratado. Segundo o voto da referida Ministra, o inadimplemento contratual “não revela a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido”. Caracteriza-se apenas a perda da probabilidade de tratamento caso viesse a contrair uma patologia e se essa patologia pudesse ser tratada ou curada com o uso das células-tronco que deveriam sido coletadas e não o foram por conta do inadimplemento da prestadora de serviços. Deste modo, votou por negar provimento ao recurso especial por assim entender:

[...] a chance de obter uma certa situação futura não é uma realidade concreta nos autos; o recém-nascido não está, efetivamente, em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; não há proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro. E tudo isso porque a perspectiva mais favorável, querida pelos

recorrentes, mas interrompida pela recorrida, é ainda incerta, na medida em 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. 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. A bem dizer, certeza da probabilidade haveria caso a criança tivesse recebido o diagnóstico de uma doença com chances concretas de prevenção ou cura por meio das células embrionárias não utilizadas, o que, afortunadamente, não sucedeu com o recorrente. (BRASIL, 2017j)

Da mesma forma, o Ministro Sidnei Beneti votou por negar o provimento ao Recurso Especial, por entender que com a evolução da medicina, a coleta de células-tronco embrionária pode ser desnecessária para tratamento médico, não vislumbrando necessidade da indenização por perda de uma chance.

É de se mencionar que no tocante a legitimidade do recém-nascido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o recém-nascido detém legitimidade para pleitear direito a danos morais, mesmo que ainda não possua grau de consciência, mas levando em consideração a proteção assegurada em tutelar os seus direitos de personalidade.

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. - Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico

preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. (BRASIL, 2017k)

Em seu voto o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino asseverou que está pacificado na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça que o recém-nascido detém legitimidade para pleitear seus direitos de personalidade, pois a criança desde a mesma tenra idade faz jus a proteção integral de seus direitos assegurados. Quanto ao mérito, aduziu que o dano é elemento indispensável para caracterização da responsabilidade civil, ademais, para sua configuração é imprescritível os seguintes elementos: certeza, imediatidade e injustiça do dano. A certeza do dano diz respeito ao prejuízo real e efetivo ao lesado, não se exigindo a certeza efetiva do dano, bastando a certeza da probabilidade, entrando em cena a perda de uma chance onde define-se a chance como a probabilidade de um benefício futuro provável.

Além do mais, como não se exige prova da certeza do dano, mas sim a prova da certeza da chance perdida a mesma resta cabalmente comprovada, em razão do inadimplemento da prestadora de serviços que detinha a função de coletar as células-tronco embrionárias no recém-nascido e armazenar, tendo em vista a função das células-tronco na medicina contemporânea para tratamento de inúmeras patologias consideradas pelos médicos como incuráveis. Destarte, segundo o Ministro Relator é plenamente aceitável a possibilidade de que o recém-nascido seja completamente saudável durante toda sua vida e que nunca venha a necessitar de suas células-tronco caso fossem retiradas no momento de seu nascimento. Porém, não se pode negar que houve a perda definitiva da chance de prevenir o tratamento dessas patologias com a negligência da empresa especializada, sendo tal chance perdida para todo sempre, motivo pelo qual se torna devida a indenização em favor do recém-nascido.

Desta forma, segundo o Ministro Relator não há o que se falar em dano hipotético, mas sim dano certo, pois houve a efetiva perda de prevenir o tratamento de patologias graves, sendo tal chance perdida. Para ilustrar o tema o Ministro Relator destacou o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de relatoria do Desembargador Ronald Schulman, julgado em 17/05/2007, em caso semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS -

COLETA E ARMAZENAGEM DE CÉLULAS-TRONCO - EMPRESA QUE, NÃO OBSTANTE TENHA RECEBIDO O PAGAMENTO CORRESPONDENTE, DEIXA DE ENVIAR PREPOSTO QUALIFICADO PARA COLETA DO MATERIAL A SER RETIRADO DO CORDÃO UMBILICAL - OPORTUNIDADE ÚNICA - MOMENTO DO NASCIMENTO - NEGLIGÊNCIA DA RÉ VERIFICADA - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA REFORMADA - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA INVERTIDOS - APELAÇÃO PROVIDA E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. Se os pontos que se pretendia demonstrar com a produção de novas provas podiam ser averiguados através dos documentos que instruíram a inicial, mostra-se desnecessária sua realização, inocorrendo, portanto, cerceamento de defesa. 2. Considerando que as células-tronco são o grande trunfo da medicina moderna no tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis, não se pode dizer que a ausência da ré no momento do parto, com a perda da única chance existente para a coleta desse material, trata-se de um simples inadimplemento contratual. 3. Havendo desperdício da única chance existente para a coleta das células-tronco por culpa exclusiva da ré, que foi negligente ao deixar de encaminhar preposto qualificado para a coleta no momento oportuno, evidente se mostra o dano moral suportado pelos autores diante da frustração em ampliar os recursos para assegurar a saúde de seu primeiro filho. (PARANÁ, 2017)

Por fim, o Recurso Especial restou provido para reconhecer a legitimidade do recém-nascido em pleitear indenização pela perda de uma chance de obter a coleta e armazenamento de células-tronco embrionária em seu favor, caso eventualmente pudesse apresentar alguma patologia tratável com as referidas células-tronco.

Cumprido ressaltar que a perda de uma chance que foi reconhecida diz respeito à perda da possibilidade de tratar eventual patologia em razão do descumprimento contratual, motivo pelo qual foi arbitrado o montante de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) em favor da criança por entender que ela foi a principal prejudicada pelo ato ilícito da empresa.

Com a análise do referido Recurso Especial, é possível afirmar que os pressupostos da responsabilidade civil foram devidamente satisfeitos, tais quais: (i) Ação ou omissão: de fato houve uma omissão despendida pela empresa prestadora de serviços que não compareceu ao dia e hora marcada previamente pelo genitor; (ii) Culpa ou dolo: a empresa prestadora de serviços agiu como culpa na modalidade negligência para com o local previamente marcado; (iii) Nexos de causalidade: entre a conduta da empresa e o resultado (ausência da coleta e armazenamento das células tronco embrionária do recém-nascido) a ligação direta em razão do inadimplemento da empresa prestadora; (iv) Dano: um dos requisitos mais importantes da responsabilidade civil foi preenchido, houve efetivo dano causado ao recém-nascido que restou prejudicado ante a falha da prestação de serviços da empresa, tem em

vista que de fato perdeu a possibilidade de obter a coleta e armazenamento de células tronca embrionária.

No que diz respeito à teoria da perda de uma chance, cumpre ressaltar que os requisitos restaram integralmente cumpridos, no tocante a certeza, realmente a chance era única, o momento para coleta do material genético era no momento do nascimento, não haverá outra oportunidade para retirada do material genético, dessa forma, não há de se falar em dano hipotético, e sim dano real.

Em se tratando de legitimidade, pode-se concluir que o recém-nascido detém legitimidade para pleitear indenização em decorrência do dano a ele causando, tendo em vista que mesmo apesar da pouca idade, é possível garantir proteção integral aos seus direitos de personalidade.

A lei não condiciona proteção dos direitos às pessoas adultas, ou com certa idade, sendo assim, pode-se concluir que o recém-nascido é parte legítima para garantir ressarcimento aos danos a ele causados em razão do inadimplemento contratual da empresa prestadora de serviços.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil está diretamente atrelada à ideia de responsabilização, sendo assim, toda pessoa que em razão de sua conduta causar prejuízos a terceiros, está diante da incidência do instituto da responsabilidade civil, devendo, independentemente de sua vontade, reparar o dano causado.

De outro modo, a teoria da perda de uma chance tem incidência nos casos em que por razão do ato ilícito do agente é ceifada a possibilidade da vítima obter vantagem ou evitar um prejuízo. Assim, a perda de uma chance é uma extensão da responsabilidade civil com o escopo de indenizar a vítima em razão da chance real perdida.

Com a evolução da medicina, passou-se a utilizar dos materiais genéticos para prevenir doenças e trata-las em determinados casos, como o caso da coleta de células-tronco embrionárias, pelo qual com o nascimento é coletado a sangue oriundo do cordão umbilical do recém-nascido.

Assim, quando a empresa prestadora desses serviços é contratada, surge a expectativa de armazenar e coletar essas células-tronco embrionárias do recém-nascido com o escopo de tratar determinadas doenças curáveis com esse tipo de tratamento.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do Recurso Especial nº 1.2391.247-RJ, admite a possibilidade de indenização pela perda de uma chance no caso de descumprimento de contrato de coleta e armazenamento de células-tronco embrionárias em favor do recém-nascido. Tendo em vista que o recém-nascido apesar da tenra idade detém legitimidade para defender seus direitos da personalidade e indenização por danos ocorridos, haja vista a incidência da teoria da perda de uma chance.

Assim, conclui-se que o recém-nascido apesar da tenra idade faz jus à proteção de seus direitos inerentes a personalidade, sendo considerada parte legítima para pleitear indenização pela perda de uma chance tendo em vista que foi o principal prejudicado com o inadimplemento contratual, sendo devido direito à indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido por ter sido frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para que, se fosse preciso, fizesse uso delas em tratamento de saúde

Ademais, haverá a incidência da indenização pela perda de uma chance

quando o dano for considerado concreto, sério e real, não apenas hipotético, sendo indenizável a chance perdida e não o dano final.

Por fim, verifica-se que o Recurso Especial n. 1.291.247 -RJ abriu precedente para os Tribunais Superior aplicarem a perda de uma chance no caso de descumprimento de contrato de células-tronco embrionária, admitindo, ainda, a legitimidade do recém-nascido em pleitear indenização em razão do inadimplemento contratual da prestadora de serviços.

Desta forma, apesar do contrato de armazenamento de células-tronco embrionárias ser considerado uma espécie de contrato recente e não ser uma espécie de contrato típico no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se observar a incidência do dever de guarda e fiel cumprimento do contrato, tendo em vista o cumprimento dos deveres extracontratuais. E, ainda, no tocante ao conteúdo do contrato este merece ser respeitado tendo em vista que tutela o bem jurídico mais importante no ordenamento jurídico, a vida.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 out. 2017a

_____. **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: 24 out. 2017b

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. [...] REsp: 788459 ba 2005/0172410-9. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, data de julgamento: 08/11/2005, t4 - Quarta Turma. Data de Publicação: 13.03.2006 p. 334. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out. 2017c.

_____. _____. Responsabilidade Civil. Advocacia. Perda do prazo para contestar. Indenização por Danos Materiais formulada pelo cliente em face do patrono. Prejuízo material plenamente individualizado na inicial. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Condenação em danos morais. Julgamento *extra petita* reconhecido. [...] REsp n. 1190180. Relator: Quarta Turma. Data de Publicação: DJ...) a também 4ª Turma do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017d.

_____. _____. Processual civil e Direito civil. Responsabilidade de advogado pela perda do prazo de apelação. Teoria da perda da chance. Aplicação. Recurso Especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7, STJ. Aplicação. (STJ - REsp: 1079185 MG 2008/0168439-5, Relator: Ministra Nancy Andrigli, Data de Julgamento: 11/11/2008, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: 04/08/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017e.

_____. _____. Direito civil e Processual civil. Recurso Especial. 1) negativa de prestação jurisdicional afastada. 2) perda de chance que gera dever de indenizar. 3) candidato a vereador, sobre quem publicada notícia falsa, não eleito por reduzida margem de votos. 4) fato da perda da chance que constitui matéria fática não reexaminável pelo STJ [...]. (STJ - REsp: 821004 MG 2006/0035112-2, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 24/09/2010). Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017f.

_____. _____. Administrativo. Agravo Interno no Recurso Especial. Reparação Civil. Erro no ato de nomeação em concurso público. Prescrição. Termo a quo. Sentença transitada em julgado. Indenização. Ausência de impugnação aos fundamentos do acórdão. [...] (STJ - AgInt no REsp: 1380766 DF 2013/0123504-4, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 21/03/2017, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 27/03/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017g.

_____. _____. Recurso Especial - Ação de Indenização - Danos Morais - Erro Médico - Morte de Paciente Decorrente de Complicação Cirúrgica - Obrigação de Meio - Responsabilidade Subjetiva do Médico - Acórdão Recorrido Conclusivo no Sentido da Ausência de Culpa e de Nexo de Causalidade - Fundamento Suficiente Para Afastar a Condenação do Profissional da Saúde - Teoria da Perda da Chance - Aplicação nos casos de probabilidade de Dano Real, Atual e Certo, Inocorrente no Caso dos Autos, Pautado em Mero Juízo De Possibilidade - Recurso Especial Provido. (STJ - REsp: 1104665 RS 2008/0251457-1, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 09/06/2009, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: - -> DJe 04/08/2009). Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017h

_____. _____. Civil. Ação de Indenização por Dano Material e Compensação por Dano Moral. Erro Médico. Responsabilidade Civil. Negativa De Prestação Jurisdicional Não Configurada. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/Stf. Dissídio Jurisprudencial. Cotejo Analítico E Similitude Fática. Indicação Do Dispositivo Legal. Ausência. Acompanhamento No Pós-Operatório. Aplicação Da Teoria Da Perda De Uma Chance. Possibilidade. Erro Grosseiro. Negligência. Ausência (STJ - REsp: 1622538 MS 2016/0065270-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 21/03/2017, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 24/03/2017). Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017i

_____. _____. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Descumprimento de Contrato de Coleta de Células-Tronco Embrionárias do Cordão Umbilical do Recém Nascido [...] REsp: 1291247 RJ 2011/0267279-8, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 18/08/2014, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 01/10/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017j

_____. _____. Direito Civil e Consumidor. Recusa de Clínica conveniada a Plano de Saúde em Realizar Exames Radiológicos. Dano Moral. Existência. Vítima Menor. Irrelevância. Ofensa a Direito da Personalidade [...] REsp: 1037759/RJ, Relatora: Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 23/02/2010, T3 – Terceira Turma, Data da Publicação: DJe 05/03/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>; acesso em 24 out 2017k

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Ect. Sedex. Atraso na Entrega de Correspondência. Perda do Prazo para Participação em Concorrência Pública. Melhor Preço. Chances Reais. Teoria da Perda de Uma Chance. Indenização Por Danos Materiais. Ocorrência. Juros de Mora. Percentual. Lei nº 9.494/97 e Lei nº 11.960/09. Aplicação Imediata. [...] Relator: Fernando Quadros da Silva, Data de Julgamento: 04/09/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: D.E. 06/09/2013). Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>; acesso em 24 out 2017

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 2: obrigações, responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. 1ª ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: responsabilidade civil**. v.3. São Paulo: Atlas, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil**, v. 3. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. v.4, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. 1. ed Rio de Janeiro: Forense, 2011

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, 6. ed. Saraiva, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Liv. Freitas Bastos, 1996

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça de. Responsabilidade civil. Controvérsia entre consumidores e empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias [...] Apelação Cível n. 0164767-38.2009.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000175348>>. Acesso em 24 out 2017

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013

PARANÁ, Tribunal de Justiça de. Apelação Cível - Indenização por Danos Morais - Julgamento Antecipado da Lide - Cerceamento de Defesa - Inocorrência - Contrato de Prestação de Serviços - Coleta e Armazenagem de Células-Tronco - Empresa que, não Obstante Tenha Recebido o Pagamento Correspondente, Deixa De Enviar Preposto Qualificado Para Coleta Do Material A Ser Retirado Do Cordão Umbilical - Oportunidade Única - Momento Do Nascimento - Negligência Da Ré Verificada - Dano Moral Configurado - Indenização Devida - Sentença Reformada - Ônus De Sucumbência Invertidos - Apelação Provida E Recurso Adesivo Prejudicado. [...]. Apelação Cível n. 4014660 PR 0401466-0. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia> Acesso em 24 out 2017

TARTUCE, Fábio. **Manual de Direito Civil**. 7. Ed. São Paulo, Método, 2017

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. v.1. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

RECORRENTE: CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS

ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S) RECORRIDO :
CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA

ADVOGADO : MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)

EMENTA

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 Andrichi, 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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Votaram vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (voto-vista) e Sidnei Beneti. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de agosto de 2014. (Data de Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE : CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS

ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S)

RECORRIDO : CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA

ADVOGADO : MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Trata-se de *recurso especial* interposto por CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA e OUTROS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ementado nos seguintes termos:

Responsabilidade civil. Controvérsia entre consumidores e empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias. Falha na prestação de serviço, caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto, que restou incontroversa. Exegese dos artigos 302 e 334, III, do CPC. Inadimplemento contratual, que por sua própria natureza, mostrou-se capaz de repercutir na esfera de dignidade dos genitores do menor. Terceiro autor, bebê de tenra idade, que, contudo, não dispunha de consciência capaz de potencializar a ocorrência do alegado dano moral. Inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance à hipótese dos autos, considerando-se que não restou evidenciada uma probabilidade certa ou evitar determinado prejuízo. Graves consequências do ato ilícito, fruto

grosseira falta de cautela com que autou a empresa ré, a ensejar a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, em conjunto com o paradigma meramente reparatório.

Montante indenizatório que merece ser majorado para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em favor de cada um dos genitores do menor. Primeiro apelo parcialmente provido, declarando-se prejudicados os demais esclarecendo-se, de ofício, que os ônus sucumbenciais devem ser distribuídos conforme o êxito de cada um dos litisconsortes ativos.

Narram os autores, desde a petição inicial, que os dois primeiros recorrentes, marido e esposa grávida, em 26 de novembro de 2008, firmaram contrato de prestação de serviços com a empresa ré para a coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias do seu futuro filho, terceiro recorrente, a época nascituro, hoje com pouco mais de cinco anos de idade.

Noticiam que, em 31 de novembro de 2008, dias antes do parto, o primeiro recorrente, pai, informou a empresa ré que a cesariana de sua esposa estaria marcada para o dia 06 de janeiro de 2009, como se procedeu.

Todavia, na ocasião do parto, a empresa ré não compareceu para a coleta do material contratado, embora avisada do dia do nascimento, tendo sido procurada pelo pai por diversas ocasiões naquele dia, o que gerou à família sérios transtornos e preocupações.

Diante do inadimplemento contratual, os autores requereram indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

Citada, a demandada não refutou os fatos narrados pelos autores, justificando que o descumprimento contratual se deu por sua preposta não ter conseguido chegar em tempo ao local combinado, realmente, perdendo a oportunidade de realizar a coleta do material. Alegou ter restituído o valor adiantado, sustentando ser incabível a reparação extrapatrimonial por descumprimento contratual.

Em sentença, a magistrada de piso julgou procedente o pleito indenizatório dos dois primeiros autores (pais), entendendo ter sido extrapolado o limite dos meros dissabores do descumprimento contratual, caracterizando-se danos extrapatrimoniais que merecem ser reparados, condenando a empresa ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Contudo, julgou improcedente o pedido indenizatório realizado pelo terceiro requerente, por entender se tratar de dano hipotético, logo, não havendo o que ser reparado. Assentou a magistrada que somente se poderia falar em dano concreto, e não hipotético, se o menor viesse a ter necessidade das células-tronco embrionárias não colhidas.

Por sua vez, o Tribunal de origem, dando parcial provimento ao recurso dos autores e negando provimento ao recurso da ré, majorou o quantum indenizatório fixado em favor dos pais, estabelecendo-o em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada um deles. Manteve, porém, a improcedência do pleito indenizatório em favor da criança, mas por fundamento diverso do da sentença. O acórdão recorrido assentou não caber indenização extrapatrimonial para menor incapaz por não ter a consciência necessária a potencializar a ocorrência de um dano moral, bem como afastou a teoria da perda de uma chance por não restar evidenciada a probabilidade real de a criança necessitar de tal material genético, pois nasceu com saúde normal.

Irresignados, em suas razões, os autores sustentaram que o acórdão recorrido violou os artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 15 e 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente, além do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Apontaram ainda dissídio jurisprudencial. No mérito, reiteraram tratar-se de hipótese de aplicação da teoria da perda de uma chance. Postularam o conhecimento e o provimento do recurso para que sejam julgados totalmente procedentes os pedidos, fixando-se indenização por dano extrapatrimonial em favor do menor.

Foram apresentadas contrarrazões e o recurso especial foi admitido na origem.
É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**VOTO**

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):
Eminentes Colegas. A polêmica devolvida ao conhecimento desta Corte Superior situa-se em torno da responsabilidade civil da empresa ré, especializada na coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias, pelos danos extrapatrimoniais sofridos por criança, decorrentes da falha na prestação do serviço contratado, que não se realizou, deixando de coletar o material genético que poderia ser usado, no futuro, em eventual tratamento de sua saúde.

A discussão situa-se em torno da legitimidade da criança e a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, destacando-se que o recurso especial é unicamente da criança.

A condenação da empresa recorrida ao pagamento de indenização por danos morais aos pais da criança pelos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual transitou em julgado, não tendo sido interposto recurso pela ré.

Assim, o presente recurso especial centra-se exclusivamente na questão da existência, ou não, de dano extrapatrimonial sofrido pela própria criança, que era a beneficiária do contrato celebrado por seus pais.

Adianto meu voto, no sentido de prover o presente recurso especial, entendendo que a criança foi a principal prejudicada pelo ato ilícito praticado pela empresa recorrida, tendo, naturalmente, direito à indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido por ter sido frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para que, se eventualmente for preciso, fazer-se uso delas em tratamento de saúde.

Trata-se de caso claro de aplicação da teoria da perda de uma chance, desenvolvida na França (*la perte d'une chance*), denominada na Inglaterra de *loss-of-a-chance*.

Tive oportunidade de analisar a teoria da perda de uma chance em sede doutrinária (*Princípio da Reparação Integral - Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166-174).

Em verdade, não há falar em responsabilidade civil sem dano, fazendo-se necessária a presença de seus três principais elementos - a **certeza**, a **imediatez** e a **injustiça do dano**.

A **certeza** do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão ao interesse do prejudicado deve ser **real** e **efetiva**, sem deixar dúvida acerca da sua existência, ficando, assim, excluídos os **danos hipotéticos**.

Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência a partir da teoria da perda de uma chance.

Relembre-se que a **teoria da perda de uma chance** tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para **alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda**.

O precedente mais antigo, no direito francês, foi o caso apreciado pela Corte de Cassação, em 17 de julho de 1889, que aceitou indenizar uma parte demandada pela perda provocada pela conduta negligente de um oficial ministerial, que impediu o prosseguimento do procedimento e, conseqüentemente, a possibilidade de ganhar o processo.

Os irmãos Mazeaud, partindo desse caso clássico, explicam que a perda de uma chance para a parte demandante não é apenas **um prejuízo hipotético**, embora não se tenha certeza acerca da decisão que seria tomada pelo Tribunal no julgamento do caso. Em função disso, a jurisprudência francesa passou a reconhecer a existência de um dano **certo e específico** pela **perda de uma chance**, determinando o arbitramento da indenização em conformidade com a maior ou menor probabilidade de sucesso do recurso no tribunal (MAZEAUD Henri; MAZEAUD, Léon. *Leciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1962. v. II; TUNC, Andre. *Tratado teórico e práctico da la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJEJA, 1961, p. 62 e 74).

A doutrina tradicional negava a possibilidade de reparação por perda de uma chance, destacando-se René Domogue, que frisava a *incerteza* definitiva de que a obtenção do benefício patrimonial se concretizaria, argumentando, como exemplo o caso do cavalo de corrida impedido de participar de uma carreira, pois ninguém poderia assegurar a vitória do animal (DOMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rossaeu e Cie, 1925, v. 4, p. 28-29; ZANNOINI, 1987, P. 77).

Henri Lalou contrapunha com o argumento de que, nesses casos, não se exige a certeza do dano, pois basta **a certeza da probabilidade**, pois não há qualquer dúvida acerca da completa frustração de possibilidade de o cavalo chegar em primeiro lugar, determinada pelo evento danoso, perdendo, com isso a chance de uma vitória (LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1949, p.99; ZANNONI, 1987, P. 87.).

Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: **a certeza da probabilidade**.

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano **pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível**. Fica claro, assim, que **"o perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado como tal"** (Henri Lalou, *Ibid*, p. 78).

Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso.

Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

A teoria da perda de uma chance, em suas variadas nuances, tem tido uma ampla aceitação na jurisprudência recente desta Corte, como pode ser observado dos seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROGRAMA TELEVISIVO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS - BOA-FÉ OBJETIVA DO PARTICIPANTE - CONTRATO QUE ESTABELECEIA OBRA-BASE COMPOSTA DE DUAS PARTES, UMA REAL E OUTRA FICTÍCIA - CONTRATO QUE NÃO OBRIGAVA A RESPONDER ERRADO DE ACORDO COM PARTE FICTÍCIA DA OBRA-BASE - PERDA DE UMA CHANCE - PECULIARIDADES DO CASO - PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5, 7, 282 e 356 DO STF. 1.- Programa "Vinte e Um", de que participante candidato cujo contrato de participação com a emissora televisiva, como firmado pelo Acórdão, "continha cláusula expressa no sentido de que a bibliografia básica para a formulação da perguntas seria uma determinada obra - 'Corinthians é Preto no Branco', a qual continha uma parte verdadeira, de cor preta, e uma parte fictícia, de cor branca, tendo o candidato sido desclassificado por responder o resultado correto de uma partida, que não se encontrava na parte correta, de cor preta, mas que constava, com resultado errado diverso, na parte fictícia de cor branca.

2.- Acórdão que reconhece direito a indenização por perda de uma chance de passagem a etapa seguinte, sob o fundamento de que "o que está implícito na cláusula contratual, a ser interpretada segundo o princípio da boa-fé objetiva e a causa do negócio jurídico, é que os dados reais, contidos na parte preta do livro, é que seriam levados em conta para a aferição da correção das respostas", de modo que, não constando, a resposta correta,

da parte verdadeira, "eventual dubiedade, imprecisão ou contradição da cláusula deve ser interpretada contra quem a redigiu, no caso o réu STB", sendo que o julgamento "somente admitiria a improcedência da ação caso constasse da cláusula contratual o seguinte: I) a bibliografia que serviria como base das perguntas e respostas abrangerá a parte branca e a parte preta do livro; II) o programa de televisão versasse sobre o livro, e não sobre a história real do Corinthians".

3.- Acórdão que, por fim, funda-se também em "direito difuso à informação exata, desinteressada e transparente", ao passo que, "no caso concreto, o que foi vendido ao público telespectador é que um candidato responderia questões variadas sobre o Corinthians, e não sobre uma obra de ficção sobre o Corinthians", de modo que, não constando regência contratual do caso pela parte ficcional do livro-base, "é evidente que se na parte ficcional do livro (parte branca) constasse que o Corinthians venceu por dez vezes a Taça Libertadores da América, e por dez vezes foi campeão do mundo" e se se "formulasse questão a respeito, a resposta do autor não poderia ser irreal, sob pena de comprometer o formato do programa e frustrar o próprio interesse do público".

4.- Inocorrência de violação do disposto no art. 859 e parágrafos do CC/2002 pela procedência da ação.

5.- Interpretação do contrato dada pelo Tribunal de origem, após julgamento em Embargos Infringentes, a qual não pode ser alterada por esta Corte, sob pena de infringência da Súmula 5/STJ; fatos ocorridos, que igualmente não podem ser reexaminados, por vedado pela Súmula 7/STJ; ausência, ademais, de prequestionamento, sem interposição de Embargos de Declaração, o que leva à incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

6.- Recurso Especial improvido. **(REsp 1383437/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013)**

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ.

2. Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que "há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas stricto sensu, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício.

4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte

ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos.

5. Ocorre 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. Não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada. A questão assim deve continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo portanto ser redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação.

6. Assim, afastado o fundamento adotado pelo Tribunal a quo para servir de base à conclusão alcançada, e, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda eminentemente a análise do conjunto fático e probatório constante, devem os autos retornarem ao Tribunal de Justiça a quo a fim de que possa ser arbitrado o valor da indenização nos termos do art. 944 do Código Civil.

7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido. **(REsp 1308719/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)**

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance".

2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. **(EDcl no REsp 1321606/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)**

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 8. Recurso especial parcialmente provido. **(REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013)**

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance".

2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. **(EDcl no REsp 1321606/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)**

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa

de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 8. Recurso especial parcialmente provido. **(REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013)**

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - CIVIL - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO LICITATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - ENVIO DA PROPOSTA PELO CORREIO A ESTADO DIVERSO DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE CONCRETA DE ÊXITO - PREJUÍZO REAL - ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - SÚMULA Nº 7/STJ. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. 1. A teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. 2. O êxito em licitação, possibilidade frustrada em virtude da conduta ilícita da empresa responsável pela entrega, em tempo hábil, da documentação devidamente enviada, enseja dano concreto, aferível à luz do art. 159 do Código Civil de 1916. 3. O exame relativo à mensuração do valor econômico da efetiva possibilidade da recorrida em obter o resultado útil esperado, caso a correspondência houvesse sido adequadamente enviada ao destino correto, resta insindicável, nesta instância processual, pelo óbice formal da Súmula nº 7/STJ. 4. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é isenta do recolhimento das custas processuais em decorrência do art. 12 do Decreto-Lei nº 509/1969. 5 - Recurso especial parcialmente provido. **(REsp 614.266/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 02/08/2013)**

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser

considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. **(REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013)**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE.

1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes.

2. Violação do dever contratual, previsto no regulamento, de comunicação à autora de que fora uma das contempladas no primeiro sorteio e de que receberia um segundo bilhete, com novo número, para concorrer às casas em novo sorteio. Fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, de que a falta de comunicação a cargo dos recorridos a impediu de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas.

3. A circunstância de a participação no sorteio não ter sido diretamente remunerada pelos consumidores, sendo contrapartida à aquisição de produtos no hipermercado, não exige os promotores do evento do dever de cumprir o regulamento da promoção, ao qual se vincularam.

4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado.

5. Ausência de publicidade enganosa ou fraude a justificar indenização por dano moral. O hipermercado sorteou as trinta casas prometidas entre os participantes, faltando apenas com o dever contratual de informar, a tempo, a autora do segundo sorteio. Não é consequência inerente a qualquer dano material a existência de dano moral indenizável. Não foram descritas nos autos consequências extrapatrimoniais passíveis de indenização em decorrência do aborrecimento de se ver a autora privada de participar do segundo sorteio.

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. **(EDcl no AgRg no Ag 1196957/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 18/04/2012)**

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida

III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar.

IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

V.- Recurso Especial improvido. **(REsp 821.004/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 24/09/2010)**

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. **(REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009)**

No caso dos autos, essencialmente sobre o ponto devolvido a esta Corte Superior no presente recurso especial, acerca do pedido indenizatório formulado pela criança, o Tribunal de origem manteve a improcedência de seu pleito sob o fundamento de que *ela não tem consciência capaz para potencializar a ocorrência de dano moral, ou seja, de que criança não sofre dano moral.*

A jurisprudência desta Corte Superior, porém, já firmou seu entendimento em sentido contrário, afirmando, inclusive, que o nascituro tem direito a danos morais,

mesmo sem qualquer componente de consciência, pois deve-se tutelar os seus direitos da personalidade, sempre norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, indo por terra o fundamento adotado pelo Tribunal *a quo*.

Nesse sentido, antigo paradigma desta Corte Superior:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - **O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai**, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.

(REsp 399028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232).

Mais recentemente, esta Terceira Turma, em recurso da relatoria da e. Ministra Nancy Andrighi, firmou paradigma importante no cenário jurisprudencial, enfrentando expressamente a questão debatida no aresto fustigado no sentido de que *as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02*

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - **As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.**

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança.

Recurso especial provido. (REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010)

Portanto, não subsiste o fundamento lançado no acórdão recorrido.

Faz-se necessário também enfrentamento do fundamento lançado na sentença também recorrida, no sentido de que, no caso dos autos, *o dano seria hipotético, sendo somente concretizado quando o autor viesse, futuramente, fazer necessidade do material genético não colhido.*

É exatamente neste ponto que tem plena aplicação a *teoria da perda da chance*.

Como acima já dito, não se exige do consumidor a prova da certeza do dano, mas a prova da certeza da chance perdida, ou seja, **a certeza da probabilidade**.

No caso, a responsabilidade é por perda de uma chance por serem "as células-tronco o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis", cuja retirada do cordão umbilical deve ocorrer no momento do parto.

É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical.

O certo, porém, é **que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização**.

Não localizei, no acervo jurisprudencial desta Corte Superior, precedente que definisse a incidência da teoria da perda de uma chance nas hipóteses de defeito na prestação de serviço da coleta do material.

O único precedente que localizei foi na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação número 401.466-0, da relatoria do Des. Ronald

Schulman, julgado em 17-5-2007, em que se reconheceu a obrigação de indenizar da empresa contratada para a coleta do material genético que chegou atrasada à sala de parto, perdendo a oportunidade de fazê-lo, se assemelhando em muito com o presente caso:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COLETA E ARMAZENAGEM DE CÉLULAS-TRONCO - EMPRESA QUE, NÃO OBSTANTE TENHA RECEBIDO O PAGAMENTO CORRESPONDENTE, DEIXA DE ENVIAR PREPOSTO QUALIFICADO PARA COLETA DO MATERIAL A SER RETIRADO DO CORDÃO UMBILICAL - OPORTUNIDADE ÚNICA - MOMENTO DO NASCIMENTO - NEGLIGÊNCIA DA RÉ VERIFICADA - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA REFORMADA - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA INVERTIDOS - APELAÇÃO PROVIDA E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

1. Se os pontos que se pretendia demonstrar com a produção de novas provas podiam ser averiguados através dos documentos que instruíram a inicial, mostra-se desnecessária sua realização, incorrendo, portanto, cerceamento de defesa.

2. Considerando que as células-tronco são o grande trunfo da medicina moderna no tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis, não se pode dizer que a ausência da ré no momento do parto, com a perda da única chance existente para a coleta desse material, trata-se de um simples inadimplemento contratual

3. Havendo desperdício da única chance existente para a coleta das células-tronco por culpa exclusiva da ré, que foi negligente ao deixar de encaminhar preposto qualificado para a coleta no momento oportuno, evidente se mostra o dano moral suportado pelos autores diante da frustração em ampliar os recursos para assegurar a saúde de seu primeiro filho.

Portanto, não há falar em dano hipotético, conforme constou na sentença, mas de dano certo consistente na perda definitiva da chance de prevenir o tratamento de patologias grave, sendo essa chance perdida o objeto da indenização.

Destarte, aplicando-se a teoria da perda de uma chance, entendo presente a obrigação de indenizar por parte da empresa ré que não realizou a coleta das células-tronco do cordão umbilical do terceiro autor, lhe retirando assim, definitivamente, a chance de se prevenir com tratamento de patologias graves com o uso delas, sendo essa chance perdida o objeto da indenização.

Estabelecida a obrigação de indenizar por parte da empresa ré, passa-se nesse momento à fixação do *quantum* indenizatório, com incidência do princípio da reparação integral do dano.

O princípio da reparação integral tem plena incidência para um ressarcimento amplo da chance perdida pelo lesado, devendo-se apenas ter atenção para o fato de que não se indenizar o dano final, mas a chance perdida.

O dano final seria a vantagem esperada pelo lesado, que foi definitivamente perdida, enquanto a chance perdida é um prejuízo autônomo, como dito, o objeto da indenização.

Esta Corte Superior já teve a oportunidade de fazer aplicação de critério matemático, na fixação do *quantum* indenizatório para hipótese de perda de uma chance, no paradigma do caso do "Show do Milhão", em que se estabeleceu, através de uma probabilidade matemática o percentual de chances de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens (25% do prêmio total). Foi no REsp. 788.549/BA, relator e. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8-11-2005:

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. (REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

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.

No caso, a chance perdida, qual seja - a coleta das células tronco do cordão umbilical da criança, haverão outras oportunidades, em uma medicina avançada, de se colher tais células - via medula-óssea, dentes de leite, não tem qualquer conteúdo patrimonial, mas extrapatrimonial.

Assim, atento a tais peculiaridades, tenho por razoável o arbitramento da indenização em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), eis que a criança foi a principal prejudicada pelo ato ilícito.

Destarte, acolho a insurgência recursal, julgando procedentes os pedidos formulados na petição inicial, fixando indenização ao terceiro autor no montante de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), incidindo juros de mora desde a data do ato ilícito

(Súmula 54/STJ) e correção monetária desde o dia do presente julgamento (Súmula 362/STJ).

Fica naturalmente mantido o *quantum* indenizatório arbitrado em favor dos primeiros autores (pais), com os seus respectivos consectários legais, que não foi objeto do recurso especial.

Quanto a sucumbência, caracterizado o decaimento total por parte da empresa ré, será por ela integralmente suportada, fixando os honorários de sucumbência em 15% sobre o valor total da condenação.

Ante todo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0267279-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.291.247/RJ**

Números Origem: 1647673820098190001 20090011654220 201113505981

PAUTA: 07/08/2014 JULGADO: 07/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretária Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS

ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S) RECORRIDO :
CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA

ADVOGADO : MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, dando provimento ao recurso especial, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)

RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE: CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS

ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S) RECORRIDO:
CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA

ADVOGADO: MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI:

Conforme relatado, cuida-se de recurso especial interposto por CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA e OUTROS, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/RJ.

Ação: de compensação por danos morais, ajuizada pelos recorrentes (pais e filho) em face de Cryopraxis Criobiologia Ltda, sustentando que a empresa, por negligência, deixou de coletar as células embrionárias do cordão umbilical do recém-nascido, no momento do parto, frustrando a expectativa dos pais de prover medida preventiva, em favor do filho, que lhe assegura o tratamento futuro de várias doenças, e subtraindo deste tal oportunidade (perda de uma chance).

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido de Bernardo Longo Cortazio Correa, por entender que não restou configurado o dano moral, seja por sua tenra idade, seja pela incoerência da perda de uma chance, mas existência de simples dano hipotético. Ademais, julgou parcialmente procedentes os pedidos de Carlos Mario da Costa Cortazio Correa e Francis Longo Cortazio Correa, para condenar a recorrida a pagá-los, solidariamente, a quantia de R\$ 15.000,00, a título de compensação por danos morais, em virtude da “tensão e angústia presumivelmente sofridas no momento do parto” (fl. 174, e-STJ).

Acórdão: o TJ/RJ deu parcial provimento à apelação interposta pelos recorrentes, apenas para majorar o valor da condenação devida aos genitores do menor, estabelecendo-o em R\$ 15.000,00 em favor de cada um deles.

Recurso especial: alega-se violação dos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 15 e 70 do ECA, bem como do art. 14 do CDC.

Juízo de admissibilidade: o recurso foi admitido pelo Tribunal de origem.

Voto do Relator: o Min. Paulo de Tarso Sanseverino deu provimento ao recurso especial, para condenar a recorrida ao pagamento de R\$ 60.000,00 à criança, a título de compensação dos danos morais pela perda de uma chance, consubstanciada em “ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se preciso for, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde”.

Revisados os fatos, decido.

Inicialmente, consigno que acompanho o Min. Relator, nos termos do voto proferido na sessão de 07/08/2014, no que tange ao reconhecimento da legitimidade do menor para pleitear a compensação por danos morais, tendo em vista o que decidi no julgamento do REsp 1.037.759/RJ (minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 05/03/2010): As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

Peço vênia, no entanto, para divergir quanto ao reconhecimento dos danos morais pela perda de uma chance, com base nos motivos que passo a expor.

1. Da teoria da perda de uma chance

01.A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), inspirada na doutrina francesa, impõe o dever de indenizar àquele que subtrai de outrem a oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, ou seja, de alcançar uma situação futura melhor.

02.Trata-se, em verdade, de um novo olhar sobre a responsabilidade civil, na medida em que se reconhece o dever de indenizar a oportunidade efetivamente perdida, apesar da incerteza quanto à concretização da vantagem que dela poderia advir.

03. A perda de uma chance, então, passou a configurar, em si mesma, um dano indenizável, autônomo, desvinculado, portanto, do resultado final inicialmente esperado pelo ofendido, mas interrompido pela conduta do ofensor. Não é, porém, toda e qualquer circunstância de frustração de uma perspectiva que gera o dever de indenizar; exige-se, para tanto, que a chance perdida se mostre séria e real.

04. A propósito, o Min. Ruy Rosado de Aguiar há muito discorreu sobre o tema, citando, na ocasião do voto proferido no julgamento do REsp 57.529/DF (Rel. para o acórdão Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, DJ de 23/06/1997), a esclarecedora lição de Geneviève Viney, nesta passagem:

A oportunidade, **a chance de obter uma certa situação futura é uma realidade concreta, ainda que não o seja a real concretização dessa perspectiva**; é um fato do mundo, um dado da realidade, tanto que o bilhete de loteria tem valor, o próprio seguro repousa na idéia da chance. A dificuldade de sua avaliação não é maior do que avaliar o dano moral pela morte de um filho, ou o dote devido à mulher agravada em sua honra (art. 1548 do CC). É preciso, porém, estabelecer linhas limitadoras: **a chance deve ser real e séria; o lesado deve estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro**; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida (Viney, Geneviève, La responsabilité, in Traité de Droit Civil, Jacques Ghestin, LGDJ, 1982, 341 e seguintes).

05. Na linha desse entendimento, consolidou-se a atual jurisprudência do STJ: AgRg no Ag 1.401.354/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, **1ª Turma**, DJe de 02/08/2012; REsp 1.354.100/TO, Rel. Min. Eliana Calmon, **2ª Turma**, DJe de 24/10/2013; REsp 614.266/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, **3ª Turma**, DJe de 02/08/2013; e REsp 1.190.180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, **4ª Turma**, DJe de 22/11/2010.

06. Sob tal ótica, infere-se que a característica essencial da perda de uma chance é, com bem descreveu o e. Relator, **a certeza da probabilidade: certeza** da ocorrência de um fato antijurídico que interrompeu o curso normal de um processo aleatório, o qual poderia culminar em uma situação mais favorável para o lesado; e **probabilidade** concreta da ocorrência desse resultado, já que não há como afirmar, com absoluta segurança, que se o processo não tivesse sido interrompido a situação mais favorável teria ocorrido.

07. Jamais se virá saber se a possível vantagem realmente se confirmaria, uma vez que a oportunidade para alcançá-la ficou para trás e é irreversível, mas o fato certo e provado é que se perdeu a **chance concreta** de auferi-la, quando havia uma **probabilidade real e séria** de isso acontecer.

08. Logo, **a certeza do dano reside na perda da chance efetiva e não na perda da vantagem pretendida**, mesmo porque esta consequência não é efeito direto e imediato da conduta do agente. Ou, segundo o professor italiano Maurizio Bocchiola, citado por Sérgio Savi: “a indenização da perda de uma chance não se

afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo” (in Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006. p. 19).

09. É dizer, embora não seja certa a obtenção do proveito, é certa a probabilidade de consegui-lo, cuja frustração configura, sem dúvidas, um dano autônomo para quem deixou de usufruí-la. Justamente por isso, porque **a certeza é da probabilidade anulada e não do proveito em si**, a indenização devida será sempre inferior ao ganho que seria alcançado acaso ocorrido o resultado final almejado, e deve ser calculada segundo um juízo de proporcionalidade.

10. Convém aqui lembrar o exemplo simbólico de aplicação da teoria da perda de uma chance, julgado pelo STJ, relativamente ao programa “Show do Milhão” (REsp 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ de 13/03/2006). Na ocasião, este Tribunal reconheceu a culpa da emissora de televisão e o conseqüente dever de indenizar, por ter subtraído da participante a oportunidade de acertar a última pergunta formulada para ganhar o prêmio máximo, já que não havia assertiva correta, e, com isso, anular a indiscutível probabilidade de 25% de receber R\$ 1.000.000,00. O valor da condenação foi, na ocasião, reduzido, considerando-se o fato de que, mesmo que ela tivesse respondido, não havia como afirmar, com absoluta segurança, que teria acertado a resposta.

11. Noutra toada, insta ressaltar, por oportuno, que à perda de uma chance contrapõe-se o mero **dano hipotético**, baseado em simples expectativa de ganho, dependente da concorrência de circunstâncias eventuais e futuras, sem suporte na realidade atual, fruto de um juízo conjectural. Nesse caso, não há, a priori, certeza do dano, que é suposto, condicional, e, por isso, impassível de reparação.

2. Da hipótese dos autos: dano moral pela perda de uma chance

12. De início, é importante ressaltar que o dano moral dos pais foi reconhecido, não em decorrência da perda de uma chance, mas sim porque se considerou que “os transtornos ocasionados superaram os aborrecimentos cotidianos próprios de um mero inadimplemento contratual” (fl. 174, e-STJ).

13. Quanto à pretensão do menor, sustentam os recorrentes ter ele sofrido dano moral decorrente da perda da chance de coleta de células-tronco do seu

cordão umbilical no dia do parto, causada pela negligência do preposto da empresa contratada para a realização de tal serviço.

14. Para o e. Relator, esse fato constitui um ilícito indenizável, na medida em que se trata de “dano certo consistente na perda definitiva da chance de prevenir o tratamento de patologia grave, sendo essa chance perdida o objeto da indenização”.

15. A meu sentir, a análise do contexto fático, tal e qual descrito no acórdão impugnado, embora evidencie o inadimplemento contratual da recorrida – pelo qual, repita-se, foi condenada a indenizar os pais – não revela a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido, senão apenas a perda de uma possibilidade de tratamento **se e somente se** ele vier a contrair uma patologia ou correr tal risco **e se** essa patologia puder ser prevenida ou curada pelo uso das células-tronco, que deveriam ter sido coletadas e não o foram.

16. A conclusão, portanto, de que a recorrida, por negligência, interrompeu, definitivamente, a chance de o recorrente prevenir o tratamento de patologia grave, baseia-se, no meu entender, em premissas supostas, as quais, vale frisar, não refletem a realidade atual do menor, já que a probabilidade não se fazia presente no momento do fato lesivo.

17. E mais, no campo das suposições, conviria até considerar a hipótese – não muito remota, aliás – de a medicina vir a descobrir outros meios para a coleta das células embrionárias, antes do recorrido vir a delas necessitar, o que reavivaria a expectativa de prevenção ou tratamento de eventual patologia e, por conseguinte, a chance inicialmente perdida, restando apenas o descumprimento do contrato.

18. Volto, então, às palavras de Geneviève Viney, citadas alhures, agora adaptadas ao particular: **a chance de obter uma certa situação futura não é uma realidade concreta nos autos; o recém-nascido não está, efetivamente, em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; não há proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro.** E tudo isso porque a perspectiva mais favorável, querida pelos recorrentes, mas interrompida pela recorrida, é ainda incerta, na medida em 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.

20. A bem dizer, certeza da probabilidade haveria caso a criança tivesse recebido o diagnóstico de uma doença com chances concretas de prevenção ou cura por meio das células embrionárias não utilizadas, o que, afortunadamente, não sucedeu com o recorrente.

Forte nessas razões, peço vênia ao e. Relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial, mantendo, na íntegra, o acórdão impugnado

RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE: CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS
ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S) RECORRIDO :
CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA
ADVOGADO: MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Sr. Presidente, é inegável que o estudo de células tronco avança dia após dia.

No caso, a empresa se responsabilizou, assumiu o contrato, incorreu em inadimplemento absoluto e frustrou a expectativa da coleta do material que se guardaria para eventual tratamento futuro.

Causou-se, portanto, dano à expectativa da família e, por isso, peço vênia à Ministra Nancy Andrichi para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE: CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS
ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S) RECORRIDO :
CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA
ADVOGADO: MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

Sr. Presidente, eu me impressiono muito com essa questão da perda da chance e recuso a caracterização da perda da chance toda vez que se torna um exercício de futurível, aquele futuro que poderá, eventualmente, vir a ocorrer.

Aqui, parece-me que é isso, porque, realmente, a evolução pode levar à desnecessidade desse recurso ao tratamento. Para se caracterizar isso como não futurível, precisaria ser um futuro que, provavelmente, virá a ser ou que tenha uma grande chance de vir a ser.

Peço licença ao Ministro Relator para acompanhar a divergência.

Ministro SIDNEI BENETI

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0267279-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.291.247 / RJ**

Números Origem: 1647673820098190001 20090011654220 201113505981 PAUTA:
07/08/2014
JULGADO: 19/08/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República Exmo.

Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: CARLOS MÁRCIO DA COSTA CORTÁZIO CORRÊA E OUTROS
ADVOGADO: LUIZ EDUARDO DE SOUZA MORAES E OUTRO(S) RECORRIDO:
CRYOPRAXIS CRIOBIOLOGIA LTDA
ADVOGADO: MARCELO GONÇALVES E OUTRO(S)
ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Votaram vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (voto-vista) e Sidnei Beneti. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.