

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.

Superior Tribunal de Justiça

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 **imediatidade** 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, consequentemente, 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: EJE, 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 dúvida, 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

Superior Tribunal de Justiça

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. CONDOTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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 exime 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 microssistema 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

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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.