

LÍVIA PEIXOTO RODRIGUES

**Responsabilidade civil médica e a teoria da perda de uma
chance: análise de decisão**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MINAS GERAIS

2015

LÍVIA PEIXOTO RODRIGUES

**Responsabilidade civil médica e a teoria da perda de uma
chance: análise de decisão**

Monografia apresentada ao curso de
Direito das Faculdades Integradas
de Caratinga (FIC), como requisito
parcial a obtenção do título de
Bacharela em direito.
Orientação; Professora Alessandra
Dias Baião

FIC – MINAS GERAIS

2015

Dedico este trabalho aos meus pais, Paulo Cezar e Vania, pelo incentivo, cooperação e apoio, pois compartilharam comigo os momentos de tristeza e também os de alegrias, nesta etapa, em que, com a graça de Deus esta sendo vencida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem ele eu não teria traçado o meu caminho e feito a minha escolha pelo direito.

Aos pais que doaram seu tempo para que efetivasse a minha pesquisa , sem eles nada disso seria possível, eles foram a peça fundamental para a concretização do meu trabalho. A vocês expresseo o meu maior agradecimento.

A todos os professores e em especial a minha orientadora Alessandra, por exigir de mim muito mais do que eu supunha ser capaz de fazer. Agradeço por transmitir seus conhecimentos e por fazer da minha monografia uma experiência positiva e por ter confiado em mim.

Agradeço aos amigos que participaram direta e aos que participaram indiretamente para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito tem o dever de reparar, analisar a possibilidade de indenização em virtude da perda de uma chance por Erro Médico, a qual surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. 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. O pedido de indenização poderá ser formulado pelo paciente, ora prejudicado, ou seus familiares, sendo que deverá apresentar os requisitos da responsabilidade civil, sendo eles, necessariamente, a culpa (por negligência, imprudência ou imperícia do médico), o dano (prejuízo efetivo e concreto causado ao paciente) e o nexo causal (relação entre o erro médico e o dano).

Palavras-chaves :Responsabilidade civil médica, teoria da perda de uma chance, probabilidade e razoabilidade jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	09
CAPITULO 1 – Da responsabilidade civil: noções gerais.....	12
1.1 Pressupostos da responsabilidade civil.....	12
1.2 Responsabilidade civil contratual, extracontratual, subjetiva e objetiva.....	16
1.3 Responsabilidade civil médica.....	19
CAPÍTULO 2 – Teoria da perda de uma chance.....	22
2.1 Pressupostos para aplicação da teoria da perda de uma chance..	23
2.2 A mensuração do dano e a teoria da perda de uma chance no direito brasileiro.....	24
CAPÍTULO 3 – Análise do Recurso Especial n 12.91247 do Tribunal do Rio de Janeiro.....	28
3.1 Dano hipotético não indenizável.....	28
3.2 Dano moral para menor incapaz.....	31
3.3 A responsabilidade civil e a perda de uma chance – a certeza, a imediatez e a injustiça do dano: breve análise do Recurso Especial n 12.91247/RJ.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discutir, por meio de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários aplicação da teoria da perda de uma chance junto às causas médicas, perquirindo sua aplicabilidade e a obtenção de resultados justos quando se fala em possibilidades. De forma que, a aplicação da teoria não venha a se tornar um estímulo às aventuras jurídicas que busquem confundir o dano meramente hipotético, com a possibilidade real de um dano.

A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance é dotada de características bastante peculiares, uma vez que a sua configuração, identificação e indenização são feitas de uma forma distinta da que é utilizada nas outras hipóteses que envolvem perdas e danos.

Diante da decisão exarada recurso especial nº 1.291.247 pelo tribunal do Rio de Janeiro, seria aplicável a teoria da perda de uma chance às ações médicas, diante dos pressupostos da responsabilidade civil previstos no direito brasileiro?

Levanta-se como marco teórico a ementa do Recurso Especial nº 1.291.247 – RJ (2011/0267279-8), do Superior Tribunal de Justiça, que, sem síntese, consta: “(...) 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.*”

Vale ressaltar que na Perda de uma Chance o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; a sua responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo.

Assim, vislumbramos que o fato em si não ocorreu, por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente. Então, o que se quer indenizar aqui não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. De acordo com esta teoria, a perda da chance de obter esta vantagem é feita utilizando um critério de probabilidade.

Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance possui notória discussão e aplicação na doutrina e jurisprudência estrangeira há um bom tempo, já no direito nacional o tema vem despertando recente interesse pelos seus doutrinadores e juristas, no entanto ainda é muito pouco utilizado na prática, apesar de ser mencionado e aplicado em alguns casos julgados.

O primeiro capítulo abordará o instituto da responsabilidade civil de uma forma genérica, delimitará as espécies de responsabilidade civil

concebidas em nosso ordenamento pátrio. Objetiva-se, com esse capítulo, esclarecer ao leitor as peculiaridades de tal instituto, para que mais adiante ele possa melhor compreender a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

No segundo capítulo, será conceituada a perda de uma chance, bem como será feita a análise do referencial histórico do referido instituto, cujas raízes surgiram a partir da década de 60 na França. Por fim, no terceiro capítulo faremos uma análise de um recurso especial do Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O vocábulo responsabilidade advém do latim *respondere*, que significa responder a alguma coisa (STOCO, 2007). Partindo desta assertiva, de acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz o vocábulo responsabilidade refere-se

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).¹

Corroborando com o conceito acima mencionado, o doutrinador Rui Stoco define responsabilidade como sendo o “a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*.”²

Este princípio mencionado nas lições de Rui Stoco, “*Neminem laedere*”, é o fundamento do instituto da reparação do dano. De acordo com o Dicionário Jurídico DE PLACIDO E SILVA

A ninguém ofender é o que se traduz da locução latina *neminem laedere*, um dos três *juris praecepta*, insertos na Institutas de Justiniano, na expressão *alterum non laedere* (a outrem não ofender) (...) fundando um dever social, elementar à própria ordem jurídica, impõe, em princípio, que não se deve lesar a ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos.³

Portanto, pode-ser dizer que enquanto a norma prescreve a conduta que o legislador espera que o cidadão pratique ou deixe de praticar; a responsabilidade caracteriza-se como um dever sucessivo, uma vez que irá surgir caso esses preceitos normativos originários sejam descumpridos, seja positivo ou negativo.

A reparabilidade do dano tem como objetivo precípua garantir a segurança jurídica do indivíduo que protagoniza atos e negócios lícitos, assegurando-lhe o retorno ao chamado *status quo ante*. Trata-se do caráter

¹Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume VII. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 12ª Edição, 1998, p. 34.

² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.**

³ SILVA, De plácido, *apud*, VIVIAN, Wilson de Alcântara Buzachi. **Princípio alterum non laedere (neminem laedere), dignidade humana e boa-fé.** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/35605/principio-alterum-non-laedere-neminem-laedere>. Acesso em 12 de outubro de 2015, as 20:00 horas.

compensatório ensejado pela configuração da responsabilidade civil. (TARTUCE, 2014)

Pode-se concluir, assim queo termo responsabilidade Civil, conforme a definição de De Plácido e Silva é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.⁴

Assim, a responsabilidade civil pode ser entendida como sendo o meio de se garantir a reparação de um dano causado a alguém em razão de conduta ilícita do outrem, de forma a lhe assegurar o retorno ao *status quo ante*.

Em síntese, segundo Silvio Rodrigues, “a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.⁵

Por outro lado, mister traçar algumas considerações sobre a teoria da perda da chance (*perte d’une chance*).

De acordo com Sergio Cavalieri Filho conceitua a Perda de uma Chance pode ser conceituada como:

A teoria da perda de uma chance (*perte d’ une chance*), [...] se utiliza 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, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.⁶

⁴SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 642.

⁵RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva,2006, p. 150.

⁶CAVALIERI FILHO. Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance é dotada de características bastante peculiares, uma vez que a sua configuração, identificação e indenização são feitas de uma forma distinta da que é utilizada nas outras hipóteses que envolvem perdas e danos.

No decorrer do trabalho serão traçados os requisitos desta teoria, para posteriormente analisarmos, como tema principal, a Teoria da Perda de uma chance abordado no Recurso Especial n 1.291.247, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

Neste capítulo abordaremos os pressupostos da responsabilidade civil e as espécies de responsabilidade civil, com objetivo de apresentar noções gerais sobre o tema que auxiliarão na compreensão da pesquisa.

Sobre os pressupostos abordaremos a conduta externalizada por atos de imprudência, negligência ou imperícia; o nexo causal, e as diversas teorias que sustentam e o dano, tratado nos dias de hoje como a possibilidade de se concretizar em várias espécies.

Estes pressupostos devem ser verificados na responsabilidade civil contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva. Na responsabilidade civil subjetiva aplica-se no disposto no art. 186, do Código Civil, *“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*⁷.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva é regida pelo art. 927, do Código Civil, a saber:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente São requisitos para a incidência da responsabilidade civil: conduta, nexo de causalidade, dano e, em alguns casos, culpa.⁸

A responsabilidade civil, conforme será visto a seguir, está atrelada à ocorrência de alguns requisitos, quais sejam: conduta, dano, nexo causal e culpa. Sendo que a culpa somente terá que ser demonstrada quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva, conforme será exposto.

1.1 Pressupostos da responsabilidade civil

A conduta prescrita no art. 186, do Código Civil, ação ou omissão voluntária, é o primeiro requisito a ser analisado quando se tratar de reparação e dano.

⁷BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15/10/2015, as 23:12 horas.

⁸BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15/10/2015, as 23:12 horas.

No entendimento de Maria Helena Diniz a conduta é:

o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁹

Assim, pode-se dizer que o ato ilícito pode decorrer tanto de uma conduta comissiva quanto de uma conduta omissiva. Isto é, a exteriorização da conduta se dá por meio de comissão, isto é, ação positiva, ou omissão, entendida como o deixar de fazer. A primeira é o descumprimento de algo que a norma define como proibido, a outra o descumprimento daquilo que a norma denomina obrigatório.

De acordo com o civilista Sérgio Cavalieri (2003, p. 56), a culpa deve ser entendida em seu sentido *latu sensu*, isto é, é considerada culposa tanto a conduta volitiva do agente, que desejava causar o dano, quanto à culpa caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência.

Em síntese, pode-se definir imperícia, imprudência e negligência como:

1) negligência: desleixo, descuido, desatenção, menosprezo, indolência, omissão ou inobservância do dever, em realizar determinado procedimento, com as precauções necessárias;

2) imperícia: falta de técnica necessária para realização de certa atividade; **3) imprudência:** falta de cautela, de cuidado, é mais que falta de atenção, é a imprevidência a cerca do mal, que se deveria prever, porém, não previu.¹⁰

Todavia, a culpa não é um requisito indispensável em toda a espécie de responsabilidade, conforme veremos nos próximos tópicos.

O dano, por sua vez, nas lições de Stoco se revela como:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.¹¹

⁹DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Diniz. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

¹⁰ NAÇÃO JURIDICA. **Diferença entre imprudência, imperícia ou negligência**. Disponível em <http://www.nacaojuridica.com.br/2013/07/diferenca-entre-negligencia-imprudencia.html>. Acesso em 14/10/2015, as 22:38horas.

¹¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 128.

Nosso ordenamento civil contempla três espécies de dano: “*dano material, dano moral e o dano estético; consagrado este último como espécie autônoma de dano, pela jurisprudência pátria*”.¹²

O dano material ou patrimonial é conceituado pelo civilista Flávio Taturce como:

constituem os prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Pelo que consta dos art. 186 e 43, do Código Civil, não cabe reparação por dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra. Nos termos do art. 402, do CC, os danos materiais podem ser assim subclassificados: danos emergentes ou danos positivos (...), lucros cessantes ou danos negativos (...)¹³

Entende-se por dano emergente, como o próprio nome diz, o dano que afeta o patrimônio da vítima de forma direta, é o dano que exsurge direta e imediatamente da conduta do agente. Ex: em um acidente de trânsito, a quebra do vidro do carro.

Já, lucro cessante, é o que a vítima deixa de auferir, é a perda da perspectiva de ganho patrimonial ocorrida em virtude da ação ou omissão do agente.

O dano moral, previsto no art. 5º, V, da Constituição de 1988, foi definido por Carlos Roberto Gonçalves como

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.¹⁴

Nos casos de ofensa à moral, a indenização prevista para a vítima de algum dano de desta ordem, possui caráter compensatório.

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: 204, p. 486/487.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: 204, p. 486/487.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, *apud*, STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.193.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, dano moral representa “a ofensa de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo.”¹⁵

Por fim, temos o dano estético. Em razão de sua complexidade e após conhecimento de várias lições sobre o dano estético, sem dúvidas a doutrinadora Maria Helena Diniz destaca com maior riqueza o conceito desta espécie de dano.

dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquiagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo.¹⁶

Por outro lado, no que tange ao nexa causal, de acordo com Maria Helena Diniz, o mesmo representa o liame, a ligação entre a conduta e o dano, “(...) vínculo que liga a causa imputável a um agente que não cumpre seu dever. (...)”¹⁷

O nexa de causalidade, segundo o Código Civil de 2002, deve ser considerado como o fator determinante da ocorrência do resultado danoso. Doutrinariamente podemos identificar duas teorias que tratam acerca do nexa causal: Teoria da Equivalência dos Antecedentes (Von Buri) e a Teoria da Causalidade Adequada (Von Kries) e a Teoria do Dano Imediato.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes, de acordo com as lições de Maria Helena Diniz traduz-se da seguinte forma:

havendo várias condições que concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada.¹⁸

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Diniz. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 106.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Diniz. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Diniz. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 401.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p. 47.

É como se admitíssemos, a partir desta teoria que *“teria que indenizar a vítima do atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, que o fabricou, quem forneceu a matéria-prima, etc.”*¹⁹

Por outro lado, tem-se a segunda Teoria da Causalidade Adequada (Von Kries). De acordo com esta Teoria, para identificação do dano, mister a conceituação de causa.

De acordo com Cavalieri, para esta segunda teoria

a causa é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada para à produção do evento²⁰.

Já, para a Teoria do Dano imediato, de acordo com as lições de Agostinho Alvim, o nexa causal estará presente quando se constatar que

é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas. A causa direta e imediata, portanto, nem sempre será a causa mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ensejou.

Nosso ordenamento jurídico adotou a terceira teoria acima. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves,

das várias teorias sobre o nexa causal, o nosso Código adotou indiscutivelmente a teoria do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403. Dispõe, com efeito, o mencionado diploma legal: ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.²¹

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p. 47.

²⁰CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p. 49.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. IV. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 332.

Abordados os pressupostos acima, passamos às espécies de responsabilidade.

1.2 Responsabilidade civil: contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva

A diferença entre responsabilidade objetiva e subjetiva encontra-se na necessidade ou não da comprovação do elemento culpa para seu reconhecimento.

Conformedisposto no art. 927, do Código Civil²², a responsabilidade será, em regra subjetiva, ou seja, dependerá da prova de culpa na conduta do agente quando da ocorrência do evento danoso.

A responsabilidade civil subjetiva, onde a culpa é seu elemento fundamental, encontra-se transcrita na redação do art. 186, do Código Civil de 2002, a saber: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*²³.

Por outro lado, temos a responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco. De acordo com Alvino Lima

o instituto da responsabilidade civil subjetiva não era capaz de resolver inúmeros casos que a civilização moderna criara e agravara, sendo necessário afastar-se o elemento moral para concentrar-se exclusivamente na necessidade de reparação do dano²⁴.

A partir daí, surge a responsabilidade civil objetiva, que dispensa o elemento culpa para fins de reparação do dano. Adotando a teoria do risco, o art. 927, do Código Civil de 2002, assim dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei,

²²“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente São requisitos para a incidência da responsabilidade civil: conduta, nexos de causalidade, dano e, em alguns casos, culpa.”

²³BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15/10/2015, as 23:12 horas.

²⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem²⁵.

Nesta espécie de responsabilidade, objetiva, faz-se necessário a comprovação da conduta, dano e nexos causal, não havendo necessidade de prova da existência de culpa para sua ocorrência, para fins de indenização.

Ademais, encontramos na doutrina também duas classificações clássicas de responsabilidade, a contratual e a extracontratual.

Para conceituarmos a responsabilidade civil contratual partimos do conceito de contrato, delineado por De Plácido e Silva, a saber:

contrato é derivado do latim *contractusdecontrahere*, possui o sentido de *ajuste, convenção, pacto, transação*. Expressa assim a idéia de ajuste da convenção do pacto ou da transação firmada ou acordada entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito. O contrato, pois, ocorre, quando as partes contratantes, reciprocamente, ou uma delas assume a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Evidencia-se, por isso, que o contrato tem por efeito principal a criação de obrigações, que são assumidas pelas partes contratantes ou por uma delas. Em razão disso, fundamentalmente, o *concurso de vontades* das partes contratantes (consentimento) mostra-se elemento de valia para a sua feitura.²⁶

Quando uma das partes contratantes descumpre obrigações contraídas por meio do contrato realizado, diz-se que a responsabilidade é contratual, haja vista que decorre de descumprimento de obrigações contraídas voluntariamente.

Para Maria Helena Diniz, responsabilidade civil contratual, portanto, é aquela que

resulta de ilícito contratual, ou seja, de falta de cumprimento ou mora no cumprimento da obrigação assumida. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes; por isso,

²⁵ BRASIL. **Código civil**. Lei 10.406. Disponível em www.presidencia.gov.br/cci06.htm. Acesso em 30 de outubro de 2008, às 15:00 horas.

²⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 217.

decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.²⁷

Lado outro, ou seja, quando o dano não decorre de um rompimento das obrigações contratuais, mas sim oriunda do descumprimento da Lei, a responsabilidade, será extracontratual.

Esta espécie de responsabilidade decorre da inobservância da própria Lei. Segundo Maria Helena Diniz *“a fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica.”*²⁸

Portanto, vê-se que a classificação doutrinária da responsabilidade civil está atrelada diretamente aos seus pressupostos caracterizadores, bem como na identificação da origem do ato ilícito, sendo que, em síntese, quando há necessidade da culpa, será subjetiva; quando dispensada a culpa, objetiva; quando decorrente de contrato, contratual; quando oriunda da Lei, extracontratual.

1.3 Responsabilidade civil médica

A responsabilidade civil médica, segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, *“decorre da presença de um risco que determinadas profissões, em função de sua qualidade especial, representam na sociedade”*²⁹

Prossegue o mesmo doutrinador afirmando que tal responsabilidade, em regra, é subjetiva, uma vez decorre de uma obrigação de meio e não de resultado. É que, nesse caso,

a obrigação que o médico assume, à toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se da fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar,

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico. V. VI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 383.**

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico. V. VI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 200.**

²⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil.** 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p. 49.

mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos³⁰.

Sabe-se que a relação existente entre o médico e o paciente é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, onde o médico é o prestador do serviço, e o paciente o consumidor.

Assim dispõe o art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.³¹

Tratando-se, portanto, de responsabilidade civil subjetiva, que, conforme visto anteriormente necessita da comprovação do elemento culpa para sua configuração.

Venosa, em sua obra Direito Civil – Responsabilidade civil, ressalta que *“o estatuto do consumidor manteve a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, aquela dependente da apuração da culpa, entre os quais se incluem os médicos e odontólogos”*.³²

Prossegue Venosa afirmando que a responsabilidade civil do médico será *“desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de início decorrerão conseqüências para o paciente. A identificação errada da moléstia ou a medicação inadequada por causar danos irreversíveis.”*³³

Quanto à sua natureza, existem duas correntes doutrinárias que versam sobre o assunto: de um lado diz-se que a responsabilidade civil médica é contratual e de outro fala-se que é extracontratual.

³⁰ CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. Atlas: São Paulo, 2007, p. 360.

³¹ BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15/10/2015, as 23:12 horas.

³² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil IV – Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2011, 146.

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil IV – Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2011, 149.

De acordo com doutrinador Ruy Rosado, a verificação de qual modalidade de responsabilidade civil se amolda influenciará no ônus probatório, sendo que:

na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus.³⁴

Todavia, importante frisar que, independentemente de qual modalidade se amolda, conforme salienta Venosa

em toda a responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e extracontratual surgem quase sempre concomitante.³⁵

Assim sendo, ocorrendo o dano, decorrente de dolo ou culpa na prestação de serviços médicos, o mesmo responderá, independentemente da realização de contrato escrito pelos danos causados ao paciente, seja de ordem moral, material ou estética.

³⁴ AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de. **Título: Responsabilidade civil do médico Em: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**, Belo Horizonte : Del Rey, 2000, pp. 133-180.

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil IV – Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2011, 149.

CAPÍTULO II – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Neste capítulo apresentaremos a Teoria de origem francesa, intitulada perda de uma chance. Neste sentido, abordaremos os pressupostos para sua aplicação, além da mensuração do dano.

De acordo com o civilista Flavio Tartuce,

a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal (...)³⁶

A teoria da perda de uma chance foi abordada pela primeira vez em 1911, na Inglaterra, onde a autora pleiteava danos por ter sido impedida de participar de um concurso de beleza. Confira a síntese do caso:

conhecido como Chaplin V. Hicks, em que a autora da ação estava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza, e teve sua chance interrompida pelo réu, uma vez que o mesmo não a deixou participar da última etapa do concurso; e, em razão disso um dos juízes alegou que a autora teria 25% de chances de ser a vencedora, aplicando a doutrina da proporcionalidade.³⁷

Observa-se que a teoria da perda de uma chance está atrelada à probabilidade. Segundo Cavalieri, a chance, para fins de reparação civil deve ser vista *“como a perda da possibilidade de se obter o resultado esperado ou de se evitar um possível dano, valorizando as possibilidades que se tinha para conseguir o resultado, para, aí sim, serem ou não relevantes para o direito”*.³⁸

A seguir abordaremos acerca dos pressupostos necessários para configuração da perda de uma chance, não deixando de observar todos os requisitos abordados anteriormente para reparação do dano, tais como: a conduta, o nexo de causalidade, o dano (moral, estético ou material) e culpa, nos casos de responsabilidade civil subjetiva.

³⁶TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 4 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 512.

³⁷WANDERLEY, NaaraTarradtRocha. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>. Acesso em 18 de outubro de 2015, as 15:00 horas.

³⁸FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2012. P. 85.

2.1 Pressupostos para aplicação da teoria da perda de uma chance

De acordo com a doutrina de Sergio Savi, e, Yves Chartier, bem como os julgados do Superior Tribunal de Justiça³⁹, pode-se traçar três requisitos necessários para a caracterização da perda de uma chance como causa de reparação civil. São eles: **chance séria, real e atual**.

É o que se extrai das lições de GenevièveViney, citada no Recurso Especial nº 1.383.437 - SP (2012/0079391-7), de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti:

Na lição de GenevièveViney, autora que admite a indenização pela perda de uma chance, a figura tem 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 indenização** deve ser menor do que o valor da chance perdida (...) esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder situar-se na certeza do dano. (grifo nosso)⁴⁰

De acordo com a doutrina, os pressupostos da perda de uma chance (**séria, real e atual**) revela o repúdio do nosso ordenamento a indenização de danos meramente hipotéticos. Segundo o Professor Luiz Carlos de Assis Junior, chance real e séria pode ser entendida como *“aquela que efetivamente é fundamentada na probabilidade e na certeza, isto é, na probabilidade de que haveria um ganho e na certeza de que a vantagem perdida resultou num prejuízo na busca desse ganho”*⁴¹.

Prossegue seus ensinamentos, dizendo que

Isso não significa, porém, que as chances inferiores a 50% careçam de seriedade, mas que deve ser analisada com rigor redobrado, sob pena de se estabelecer condições absolutas incompatíveis com a

³⁹BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Resp nº 1.383.437 - SP (2012/0079391-7). Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130906-04.pdf. Acesso em 18/10/2015 as 14:46 horas.

⁴⁰ VINEY, Geneviève, *apud*, BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Resp nº 1.383.437 - SP (2012/0079391-7). Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130906-04.pdf. Acesso em 18/10/2015 as 14:46 horas.

⁴¹JUNIOR, Luiz Carlos de Assis. **A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance**. Disponível em <http://santoscâmara.com.br/br/artigos/354-a-responsabilidade-civil-do-advogado-na-teoria-da-perda-de-uma-chance.html>. Acesso em 17/11/2015 as 14:00 horas.

incerteza inerente ao Direito. Ademais, não se vê grande diferença em uma chance equivalente a 49% e outra igual a 50%.⁴²

Além de séria e real, a chance também deve ser atual. É necessário que a chance, diante de um juízo de probabilidade esteja presente. Isso nos implica dizer que, quando da sua análise, não pode restar dúvida,

de que o ofendido teria uma situação melhor se o autor da lesão não tivesse praticado o acto gerador de responsabilidade civil, sendo irrelevante que o dano se tenha já produzido ou venha a produzir-se no futuro, desde que não seja meramente hipotético. Assim, os danos futuros precisam ser previsíveis, ao menos em termos estatísticos.⁴³

Portanto, observa-se que a chance perdida é atual, mesmo que o dano seja futuro. A caracterização da perda de uma chance resulta assim

em probabilidade de dano, afastando-se do dano meramente hipotético ou aventureiro, assim como de suposição, desejo ou probabilidade aleatória alegada pelo ofendido, torna-se necessária a caracterização do prejuízo material ou imaterial decorrente de fato consumado, sob pena de se dar guarida a oportunistas.⁴⁴

Feitas tais considerações, analisaremos no próximo tópico acerca da mensuração da Perda de uma Chance no direito brasileiro, principalmente na jurisprudência pátria.

2.2 A mensuração do dano e a Teoria da Perda de uma chance no Direito Brasileiro

Restando atendidos os requisitos para configuração da perda de uma chance, encontramos mais um desafio a ser esclarecido neste caso.

Conforme analisado no primeiro capítulo, o dano se revela como um dos requisitos para configuração da responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual, seja ela objetiva ou subjetiva.

⁴²JUNIOR, Luiz Carlos de Assis. **A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance**. Disponível em <http://santoscâmara.com.br/br/artigos/354-a-responsabilidade-civil-do-advogado-na-teoria-da-perda-de-uma-chance.html>. Acesso em 17/11/2015 as 14:00 horas.

⁴³ALMEIDA, L.P. Moitinho. **Responsabilidade civil dos Advogados**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/37171/o-valor-do-amanha-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em 17/11/2015 as 15:00 horas.

⁴⁴FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. Ed: Revista dos Tribunais, p. 77/81.

Partindo daí, tem-se o seguinte desafio: Como será realizada a mensuração do dano na perda de uma chance? Como o legislador analisará a quantia a ser arbitrada a título de compensação/reparação?

Em se tratando de mensuração do dano na perda de uma chance, segundo RafalPeteffi

realmente não há como se provar a extensão do dano, pois indenizar por aquilo que não existiu seria desarrazoado. Porém, existem mecanismos probabilísticos capazes de aferir as chances do lesado em conseguir o benefício. O avanço no campo da probabilidade nos permite calcular com precisão as chances de um determinado evento ocorrer (...) para, a partir disso, poder mensurar (...)⁴⁵

Ainda, no que se refere à quantificação do dano, segundo Venosa, nos casos em que a reparação do dano decorre da perda de uma chance,

o montante devido à vítima, isto é, o quantum indenizatório, (...) deve ser fixado em percentual que incida sobre o total da vantagem que poderia ser obtida, representando de forma razoável a probabilidade de ser configurada a expectativa do lesado. Outrossim, (...) este percentual não pode, em qualquer hipótese, resultar na própria vantagem que poderia ser obtida.⁴⁶

Para a fixação do valor, o juiz deve partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade ou chance de obtenção da vantagem esperada. Nesse ponto, a avaliação da intensidade da chance perdida é essencial para esta quantificação.

A dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para negar a indenização pela chance perdida. Afinal, a possibilidade de existência de um dano certo em determinados casos de perda de chance é evidente.

Para melhores esclarecimentos acerca da quantificação do dano na perda de uma chance traz-se algumas referências dos nossos Tribunais, onde fora abordada a Teoria. Vejamos:

Conhecido como “Show do Milhão”, um concurso em que o concorrente, ao responder corretamente às perguntas que lhe eram feitas poderia chegar a ganhar o prêmio de um milhão de reais. O caso se deu pelo fato de que uma candidata que participava do programa

⁴⁵PETECCI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Uma Análise do Direito Comparado e Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007. P. 10.

⁴⁶VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito civilIV**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 143.

conseguiu chegar à pergunta milionária e, ao lhe ser feita, a mesma não admitia nenhuma resposta correta. Em razão disso, a concorrente ingressou contra a empresa que promovia o concurso e conseguiu uma indenização no valor de R\$ 125.000,00; observando o critério da probabilidade de acerto da questão, qual seja 25%; “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro alternativas.⁴⁷

À guisa de exemplo, confere-se os seguintes precedentes:

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.

Prossegue o MM. Julgador

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.⁴⁸

⁴⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 79.

⁴⁸Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 19/10/20105 as 22:45 horas.

No mesmo sentido, temos:

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.

Continua o julgado

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.⁴⁹

Como afirma Gustavo Tepedino,

⁴⁹BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br> em 19/10/2015, as 22:46 horas.

negar a indenização pela chance da perda seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista.⁵⁰

Assim sendo, vê-se que a indenização na perda de uma chance deve pautar-se em juízo de probabilidade e razoabilidade, a ser analisado minuciosamente no caso concreto.

Diante das considerações sobre a perda de uma chance, bem como reportando ao primeiro capítulo sobre o instituto da responsabilidade civil e seus elementos caracterizadores, no terceiro capítulo será realizada uma análise acerca do Recurso Especial n 1.291.247/RJ, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que versa sobre a possibilidade da reparação pela perda de uma chance.

⁵⁰TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.194.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N 1.291.247 DO TRIBUNAL DO RIO DE JANEIRO

Feitas as considerações nos capítulos antecedentes, tanto sobre o instituto da Responsabilidade civil quanto especificamente da Teoria da Perda de uma chance, noções gerais sem as quais não abordaríamos com clareza o tema principal, passamos à análise do Recurso Especial 1.291.247/RJ, tema principal deste trabalho.

É sabido que no direito brasileiro, a reparação civil possui em qualquer de suas vertentes, objetiva ou subjetiva, contratual ou extracontratual, o dano como pressuposto para seu acolhimento.

O dano, conforme visto no capítulo I, pode ser moral, material ou estético. O direito brasileiro repudia qualquer forma de dano hipotético, o que implica dizer que não se indeniza mera suposição, mas sim, o que de concreto se comprova.

A seguir, analisaremos brevemente acerca do dano denominado hipotético, e o comportamento do direito brasileiro nestas hipóteses.

3.1 Dano hipotético não indenizável

O doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, com muita propriedade já afirmou que o dano é o “vilão” da reparação civil. Segundo Cavalieri

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.⁵¹

⁵¹CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. Atlas: São Paulo, 2007, p. 360.

Extrai-se das considerações acima que o dano deve ser concreto, não bastando o risco. Quando a doutrina afirma que o direito brasileiro não indeniza o dano hipotético, está-se afirmando que o “suposto” dano, o “alegado” dano, sem concretude não gera obrigação de indenizar.

Carlos Roberto Gonçalves, Rui Stoco, Maria Helena Diniz, dentro outros civilistas, ao tratar em suas obras sobre a responsabilidade civil, notadamente no que se refere ao dano objeto de reparação, ressalva como requisito do mesmo a “certeza”.

Carlos Roberto assevera que em se tratando do dano

o requisito da ‘certeza’ do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto é assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, como se infere do advérbio ‘razoavelmente’, colocado no art. 402 do Código Civil (‘o que razoavelmente deixou de lucrar’). Tal advérbio não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo).⁵² (grifo nosso)

Partindo desta conceituação, vale destacar as lições de Antônio Jeová Santos, ao afirmar que para a configuração do dano atual exige-se que o *“prejuízo seja certo, impedindo-se indenização por algo fantástico e que só exista na imaginação do lesionado”*,⁵³ denominado na doutrina como dano hipotético.

Diversamente do dano futuro, o dano hipotético nunca será objeto de reparação. Abro breve parêntese para uma diferenciação entre dano hipotético e dano futuro, utilizando as palavras dos doutrinadores Rafael Peteffi da Silva e Tepedino.

Quanto ao dano futuro, assevera Tepedino que *“desde que, ao tempo da responsabilização, já se possam verificar os fatos que, com certeza ou com razoável probabilidade darão ensejo a prejuízos projetados no*

⁵²GONÇALVES, Carlos Roberto, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007, p. 196.

⁵³ SANTOS, Antonio Jeová, *apud*, BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em <http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/>. Acesso em 09 de novembro de 2015.

*tempo.*⁵⁴Essa interpretação sustenta a reparação civil decorrente da perda de uma chance, já tratada no capítulo anterior.

No mais, de acordo com Rafael Peteffi da Silva

essa observação da seriedade e da realidade das chance perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada⁵⁵.

No que tange ao repúdio pela jurisprudência dos danos hipotéticos, pode-se verificar os seguintes julgados:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C PERDAS EDANOS. APELAÇÃO: ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DE PREENCHIMENTO DE DOCUMENTO ABUSIVO. NÃO OCORRÊNCIA. DOCUMENTO ASSINADO EM BRANCO E PREENCHIDO POSTERIORMENTE. VISUALMENTE PERCEPTÍVEL. DOCUMENTO PARTICULAR QUE TEM CESSADA SUA FÉ. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 388 , INCISO II DO CPC . RECURSO NÃO PROVIDO. AP. ADESIVA: RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO MORAL E MATERIAL. RECURSONÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. Tratando-se de documento particular utilizado como prova, é inafastável a incidência do artigo 388 , inciso II do CPC , segundo o qual a fé do documento particular cessa quando lhe for contestado o preenchimento abusivo e o ônus da prova, nesse caso, incumbe à parte que produziu o documento. "O dano, seja direto ou indireto, deve ser sempre certo, como regra essencial da reparação. O dano hipotético, imaginário ou presumido não admite indenização..⁵⁶

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA - SAQUE POR TERCEIRO DO SALDO TOTAL DA CADERNETA DE POUPANÇA, MEDIANTE ASSINATURA FALSIFICADA RESPONSABILIDADE DO BANCO DEPOSITÁRIO - CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS - DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - PROCESSO

⁵⁴TEPEDINO, *apud*, CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

⁵⁵ SILVA, Rafael Pefetti, *apud*, CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

⁵⁶ BRASIL, **Tribunal de Justiça do Paraná**. ApCiv 0090772-8 - Ac. nº 18706 - 2ª C.Cív. - Rel. Des. Munir Karam - DJPR 05.02.20. Disponível em www.tjpr.jus.br. Acesso em 15 de outubro de 2015.

QUE NÃO SE SUSPENDE PELA DECRETAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO EXTRA-JUDICIAL DO BANCO - APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO - APELO DO RÉU DESPROVIDO. I - Se o Banco falha no seu dever de prestar um serviço seguro a seus depositantes e permite que terceiro, mediante falsa assinatura, saque o total da conta, causando padecimentos ao humilde poupador, deve responder por danos morais. II - O dano, seja direto ou indireto, deve ser sempre certo, como regra essencial da reparação. O dano hipotético, imaginário ou presumido não admite indenização. III - A ação ordinária não se suspende, no caso de liquidação extrajudicial do Banco, para o acertamento do crédito, possibilitando seja ele declarado ao liquidante, para que este organize o quadro geral de credores e o poupador possa receber o valor pleiteado, no concurso a ser instaurado.⁵⁷

Feitas tais considerações, resta evidente que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em rechaçar qualquer forma de reparação de dano meramente hipotético.

3.2 Dano moral para menor incapaz

Considerando que o Recurso Especial objeto de análise neste trabalho versa sobre reparação civil a menor incapaz, mister traçar alguns apontamentos acerca da possibilidade de reparação civil a favor de menores incapazes, para, posteriormente, tratarmos do tema principal.

Lembra Clóvis Bevilacqua que

a personalidade jurídica é mais do que um processo de atividade psíquica, mas também uma criação social exigida para por em movimento o aparelho jurídico. É a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações, ou seja, é a qualidade para ser sujeito de direito.⁵⁸

Portanto, para dizer se o indivíduo possui capacidade para titularizar direito faz-se necessário analisar se o mesmo possui personalidade jurídica.

O Código Civil de 2002, em seu art. 2º, assim dispõe acerca da personalidade: “*Art. 2º, do CC. A personalidade civil da pessoa começa do*

⁵⁷BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná.J-PR - **Apelação Cível AC 907728 PR Apelação Cível 0090772-8 (TJ-PR)**. Disponível em www.tjpr.jus.br. Acesso em 15 de outubro de 2015.

⁵⁸BEVILAQUA, Clovis, *apud*, STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Parte Geral. Novo Curso de Direito Civil**. 14ª ed. Saraiva. 2012, p. 30.

*nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.*⁵⁹

Para discutir acerca do nascituro como sujeito de direito, encontramos da doutrina as seguintes correntes: “**a) teoria natalista; b) teoria da personalidade condicional; e c) teoria concepcionista**”⁶⁰ (grifo nosso).

O doutrinador Pablo Stolze, relata brevemente acerca das três teorias:

1) Teoria natalista (defendida por Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, Eduardo Spínola): segundo esta doutrina, o nascituro **não** deve ser considerado pessoa (eis que a personalidade só é adquirida com nascimento com vida), gozando de mera expectativa de direito; **2) Teoria da personalidade condicional** (menos difundida - Serpa Lopes): Para esta segunda teoria, o nascituro somente passaria a ter **plenapersonalidade** sob a condição de nascer com vida. Teria **personalidade formal**, quanto a direitos **personalíssimos**, mas somente consolidaria personalidade **material**, quanto a direitos **patrimoniais**, sob a condição de **nascer com vida**. *Alguns autores fazem a leitura dela, dizendo personalidade material e formal.* **Personalidade formal**, quanto aos direitos personalíssimos, ligados ao direito da pessoa. Porém, para ter direito a direitos materiais, teria que nascer com vida. **3) Teoria concepcionista** (Bevilagua, Teixeira de Freitas, Silmara Chinelato: Para esta terceira teoria, o nascituro é dotado de personalidade jurídica desde a concepção, inclusive para efeitos patrimoniais.⁶¹

O Código Civil adotou, de acordo com Clovis Bevilacqua, em comentários contidos na obra “*Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*”, editora Rio, 1995, p. 178, a teoria natalista, por ser mais prática. Contudo, observa-se que em diversos pontos da própria Lei, sucumbe a doutrina concepcionista ao proteger o nascituro, inclusive para efeitos patrimoniais, como se fosse pessoa.

Por fim, vale acrescentar que, ainda que se adote a teoria natalista, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, “*não há exigência para o recém-nascido de tempo mínimo de sobrevivência ou forma humana, como dispõe o Código Civil Espanhol, para ser considerado sujeito de direito*”.⁶²

⁵⁹ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 09/11/2015.

⁶⁰ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Parte Geral. Novo Curso de Direito Civil**. 14^a ed. Saraiva. 2012, p. 33.

⁶¹ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Parte Geral. Novo Curso de Direito Civil**. 14^a ed. Saraiva. 2012, p. 33.

⁶² STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Parte Geral. Novo Curso de Direito Civil**. 14^a ed. Saraiva. 2012, p. 36.

O Superior Tribunal de Justiça, já admitiu em inúmeras oportunidades, a reparação civil do dano moral ao nascituro, conforme Recurso Especial 399028/SP⁶³ e Recurso Especial 147319-0/SP⁶⁴.

Portanto, pode-se afirmar, sem erro, que o ordenamento jurídico brasileiro admite a reparação civil por dano moral ao menor incapaz. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

Ementa:RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. ATROPELAMENTO DE MENOR CAUSADO POR VIATURA DA GUARDA MUNICIPAL. CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL. QUANTUM DEBEATUR. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes. 2. A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37 , § 6º , da Constituição , e 927 , parágrafo único , do CC . 3. Ainda que o agente estatal tenha sido absolvido na esfera criminal, mesmo sob fundamento de ausência de culpa, entende-se haver total independência com respeito ao juízo cível, salvo as hipóteses previstas em lei. Precedentes do STJ. 4. Em caso de atropelamento de cidadão, por viatura do Estado, que ocasione lesões corporais, deve-se arbitrar o quantum indenizatório com maior parcimônia do que geralmente cogitado para situações mais graves (morte da vítima ou sua redução a estado vegetativo). Precedentes do STJ. 5. Recurso Especial parcialmente provido tão-somente para reduzir o quantum indenizatório por danos morais de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais dispositivos do aresto objurgado. ⁶⁵

1 - STJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Menor impúbere. Prova do dano na existência do fato. Alegação de que os menores impúberes não sentiram dor alguma pela perda do progenitor. Rejeição. Existência de personalidade jurídica dos menores. CF/88, art. 5º, «caput», V e X. CCB, art. 2º. CCB/2002, art. 1º. «... A prova da ocorrência do dano moral está na existência do fato («in re ipsa»). Confira-se a respeito o REsp 153.155-SP, também

⁶³BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 399028/SP. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

⁶⁴BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp147319-0/SP Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

⁶⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AG 973065 - RS , RESP 645496 -RS,. DANO MORAL – VALOR. . Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Nem se alegue, como o faz a recorrida, que os co-autores C. C. F., por serem menores impúberes, não sentiram dor alguma pela perda do progenitor. Tal assertiva equivale a dizer que os referidos autores seriam desprovidos de personalidade jurídica, o que contraria não só a Lei Maior (art. 5º, «caput»)⁶⁶.

Assim sendo, diante das considerações acima, pode-se afirmar que o menor, independentemente do tempo de vida, é sujeito de direitos, possui personalidade jurídica, podendo, portanto, ser indenizado por danos que lhe forem causados.

Diante deste quadro, passamos a análise do julgamento do Recurso Especial/SP nº, 1.291.247/RJ, no Superior Tribunal de Justiça.

3.3 A responsabilidade civil e a perda de uma chance - a certeza, a imediatidade e a injustiça do dano: breve análise do Resp n. 1.291/247/RJ

É de notório conhecimento que os estudos da célula-tronco para tratamentos em cura e prevenção de doença crescem a cada dia e representa um avanço significativo para a medicina em proveito à humanidade.

Versa o Recurso Especial sob análise acerca de pedido de reparação civil por dano moral, tendo como causa de pedir a ausência do comparecimento da empresa ré na ocasião do parto, empresa esta previamente contratada pelos autores para proceder com o recolhimento e armazenagem de célula-tronco embrionária, do filho do casal que estava por nascer.

Narra os autos, em síntese, que muito embora ciente da data, local e horário do parto, fatos estes incontroversos, a Ré não compareceu, o que impossibilitou o recolhimento e armazenamento da célula-tronco do filho do casal.

Diante deste quadro, os pais e o menor, ingressaram com ação judicial, pugnando pela reparação material, consistente nos valores adiantados

⁶⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 27806 –RJ.. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

para recolhimento do material, bem como ressarcimento com base na perda de uma chance.

Todavia, em primeira instância, o pedido de dano formulado pelo menor foi julgado improcedente, sob o fundamento de tratar-se de dano meramente hipotético.

A sentença, no que tange à improcedência, foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o seguinte fundamento

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.⁶⁷

Todavia, conforme as lições anteriormente abordadas, a referida decisão carecia de reforma no que tange ao reconhecimento do dano pela perda de uma chance, sofrido pelo menor.

Ao julgar improcedente o pedido de dano moral formulado pelo menor, a sentença proferida, que logrou confirmação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, teve como argumento o dano hipotético, afirmou tratar-se de dano sem qualquer concretude, sob o argumento de que o menor nasceu com saúde perfeita.

Observa-se que o caso suscitado, nos reporta à Teoria da Perda de uma chance, a dano hipotético e a todos os requisitos de responsabilidade civil, assunto abordado nos capítulos antecedentes.

Posto isto e relembando o assunto abordado, pode-se dizer que os argumentos que sustentam a improcedência do pedido do menor devem ser rechaçados, haja vista que ser frustrada a chance do menor em ter sua célula-tronco embrionária congeladas para futuro tratamento de saúde, ou até mesmo cura de doenças que poderiam ocorrer, não se amolda ao conceito de dano hipotético, dano eventual, ou dano fantasioso, conforme exposto anteriormente.

De acordo com o Ministro Relator do voto sob análise, *“a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para*

⁶⁷BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

*alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda*⁶⁸, o que encontra-se presente no caso.

Da mesma forma, segundo o doutrinador Henri Lalou

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. (...) Repara-se a chance perdida, e não o dano final.⁶⁹

Assim, como afirmar que a atitude ilícita da ré não gerou a perda de uma chance concreta para o menor? É real e incontestável que a ausência do preposto da ré gerou ao autor (menor) perda de chance real do uso da célula-tronco para tratamento de doença.

Frise-se, ainda, que conforme podemos extrair do Recurso Especial 1335922/DF, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas,

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.⁷⁰

Corroborando com este posicionamento, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino afirma que:

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.⁷¹

⁶⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

⁶⁹ Lalou, Henri. **INDENIZAÇÃO baseada na teoria da perda de uma chance**. Disponível em <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaPreEstreia.do;jsessionid=9F7AF141EC395815397CD5AFFBFD1D6D?idPreEstreia=1534>. Acesso em 08/11/2015.

⁷⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 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. Documento: 1336307 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 01/10/2014. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 08/11/2015.

⁷¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

Concluindo seu voto, e dando provimento ao Recurso Especial o Sr. Ministro, com base nos fundamentos da teoria da perda de uma chance, e fazendo menção à não indenização por danos hipotéticos, proferiu o seguinte voto:

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.⁷²

Portanto, diante das considerações traçadas nos capítulos antecedentes, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, pode-ser afirmar que o menor, no caso sob exame, em razão da perda de uma chance, teoria esta abordada no segundo capítulo deste trabalho, faz jus à reparação, em razão da frustração sofrida.

Restando assim comprovada a real frustração do menor no caso sob análise, ou seja, a certeza da chance perdida, representada pela ausência do recolhimento de suas células-tronco embrionárias, que poderiam ser utilizadas no tratamento ou cura de doença que poderia acometê-lo, patente a indenização pela perda de uma chance.

Ademais, vê-se que não se trata de mera expectativa de direito, trata-se de efetivo prejuízo, real, sério e atual; restando claro, por óbvio, que será devida indenização pela perda de uma chance somente quando houver a comprovação dos requisitos, conforme abordado nos capítulos antecedentes.

⁷² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluir-se-á, do que até aqui foi exposto, que a teoria da perda de uma chance é sem dúvida uma das grandes inovações do direito civil.

A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance se desenvolveu na França e atualmente vem sendo aplicada nos Tribunais Pátrios, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, conforme caso analisado no decorrente do trabalho.

Entretanto, a análise das considerações traçadas no presente trabalho, evidencia que não é unânime a corrente doutrinária e jurisprudencial que tem a perda de uma chance como condição específica de geral indenização.

Os doutrinadores Rafael Pettefi e Tependino, estudiosos do tema sob exame, sustentam, com muita propriedade, que a perda de uma chance, atrelada aos requisitos de real, séria e atual, é por óbvio, fundamento para reparação civil.

Portanto, demonstrado no caso concreto a chance perdida, haverá obrigação de reparar o dano, caso reste presente os demais requisitos do instituto da responsabilidade civil, qual seja, conduta, nexos de causalidade e dano.

Por essas razões e por tudo o que mais foi explanado no decorrer deste estudo, defende-se que, em se tratando de indenização a perda de uma chance, comprovada ser a chance séria, real e efetiva, surge o dever de indenizar.

Cabe destacar aqui que o Superior Tribunal de Justiça consagrou a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao julgar o Recurso Especial n 1.291.247/RJ, conforme abordado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, L.P. Moitinho. **Responsabilidade civil dos Advogados**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/37171/o-valor-do-amanha-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em 17/11/2015 as 15:00 horas.

AGUIAR Júnior, Ruy Rosado de. **Título: Responsabilidade civil do médico Em: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15/10/2015, as 23:12 horas.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15/10/2015, as 23:12 horas.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 399028/SP. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

_____. REsp147319-0/SP Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

_____. AG 973065 - RS , RESP 645496 -RS,. DANO MORAL – VALOR. . Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

_____. REsp 27806 –RJ.. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/11/2015.

_____. REsp nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

_____. Resp nº 1.383.437 - SP (2012/0079391-7). Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130906-04.pdf. Acesso em 18/10/2015 as 14:46 horas.

_____. Resp nº 1.383.437 - SP (2012/0079391-7). Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130906-04.pdf. Acesso em 18/10/2015 as 14:46 horas.

_____. REsp nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

_____. 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. Documento: 1336307 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 01/10/2014. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 08/11/2015.

_____. REsp nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

_____. REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 19/10/2015 as 22:45 horas.

_____. REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br> em 19/10/2015, as 22:46 horas.

_____. Recurso Especial nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 07/11/2015, as 13:00 horas.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7 ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Diniz. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUNIOR, Luiz Carlos de Assis. **A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma Chance**. Disponível em <http://santoscamara.com.br/br/artigos/354-a-responsabilidade-civil-do-advogado-na-teoria-da-perda-de-uma-chance.html>. Acesso em 17/11/2015 as 14:00 horas.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Uma Análise do Direito Comparado e Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Rafael Pefetti, *apud*, CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová, *apud*, BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em <http://www.tst.gov.br/web/guest/noticias/>. Acesso em 09 de novembro de 2015.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Parte Geral. Novo Curso de Direito Civil**. 14ª ed. Saraiva. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.194.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil IV – Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WANDERLEY, NaaraTarradtRocha. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>. Acesso em 18 de outubro de 2015, as 15:00 horas.