

A proteção do recém-nascido: aplicação da teoria da perda de uma chance e o uso das células-tronco do cordão umbilical

Comentários ao REsp 1291247 / RJ

Paula Moura Francesconi de LEMOS PEREIRA*

RESUMO: Com o surgimento de novas situações jurídicas existenciais decorrentes de avanços biotecnológicos surgem diferentes relações contratuais que não podem ser interpretadas exclusivamente pelo viés patrimonialista. É o que ocorre nos casos que envolvem a contratação de serviços de coleta, transporte, processamento, criopreservação, armazenamento de células-tronco retiradas do cordão umbilical durante o parto, liberação da USCUPA, e que foram objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1291247 / RJ). A Corte Superior, ao julgar o descumprimento contratual pelo não comparecimento da contratada para a coleta das células-tronco, aplicou, de forma não unânime, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, cabendo maior estudo acerca desse *decisum*.

PALAVRAS-CHAVE: Células-tronco; perda de uma chance; situações existenciais; tutela da pessoa humana.

SUMÁRIO: 1. Apresentação do caso; 2. A aplicação da teoria da perda de uma chance e a medicina; 3. O dano na perda de uma chance e a proteção dos recém-nascidos; 4. Considerações finais; 5. Referências.

ENGLISH TITLE: *The newly born protection: the application of the loss of chance theory and the use of umbilical cord stem cells*

ABSTRACT: *The arising of new existential juridical situations from the biotechnological advances, result in different contractual relationships, that can be interpreted only from a patrimonial perspective view. That is what happens when it involves the hiring of collection services, transportation, processing, cryopreservation, storage of stem cells taken from the umbilical cord during birth, USCUPA clearance, a case that was judged by the Superior Tribunal Court. The Superior Court decided to apply, not unanimously, the theory of liability for loss of a chance in the contractual breach by the non-attendance of the contracted to collect the stem cells. This case demanded a larger study by the law operators.*

KEYWORDS: *Stem cells; loss of chance theory; existential situations; protection of the human person.*

* Advogada. Doutoranda e mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Advocacia pela CEPED-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora da Pós-Graduação *Latu Sensu* do Curso de Direito Civil-Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED-UERJ) e da Pós-Graduação da Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Tesoureira do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.

SUMMARY: 1. Case presentation; 2. The application of the theory of the loss of a chance and medical practice; 3. Damage in the loss of a chance and the protection of newly-born children; 4. Final thoughts; 5. References

1. Apresentação do caso

Em seu primeiro dia de consulta com o médico ginecologista-obstetra uma gestante se depara com panfletos no balcão da secretária contendo as seguintes afirmações: “Armazenar é cultivar o amor”; “Células-tronco do cordão umbilical – Um gesto que pode fazer toda a diferença!”; “Uma em cada 200 pessoas vai necessitar de células-tronco para o tratamento ao longo da vida. Uma em cada 400 pessoas precisará de um transplante com suas próprias células”.¹

Que pais não ficariam interessados em contratar esses serviços de coleta, transporte, processamento, criopreservação, armazenamento de células-tronco retiradas do cordão umbilical durante o parto, liberação da USCUPA,² já que representaria uma esperança de cura, podendo ser usadas no tratamento de doenças de seus filhos? Não seria esse material benéfico para a própria criança?

Diversas transformações têm ocorrido no campo biomédico, inúmeros avanços biotecnológicos que acabam por refletir diretamente nas escolhas das pessoas acerca de sua vida, saúde, mesmo que seja a de se submeterem a procedimentos experimentais ou que gerem de alguma forma expectativas de sobrevida. Essas mudanças trazem para o operador do direito o estudo de novas situações jurídicas no campo existencial.

Os contratos de prestação de serviços que têm por objeto interesses existenciais demandam maior interpretação e impõem no âmbito da responsabilidade civil a necessidade de garantir a reparação integral do dano, seja patrimonial, seja extrapatrimonial, ou outra espécie de dano. Isso porque o inadimplemento não se subsume em um mero descumprimento de cláusulas contratuais, da aplicação pura e simples de cláusula penal prevista ou de indenização por perdas e danos materiais devidamente comprovados.

Nesse contexto, ganha relevo a aplicação da teoria da perda de uma chance nas situações jurídicas que têm por objeto a saúde e a vida da pessoa humana. Essa teoria ultrapassa o aspecto do mero descumprimento contratual e salvaguarda os direitos da pessoa que sofre dano pela perda da oportunidade de cura, de se submeter a um tratamento de saúde.

Todavia, a aplicação dessa teoria, sua extensão, os critérios para sua configuração, a definição do tipo de dano, a forma de quantificação do dano, entre outros fatores, têm acarretado controvérsias por parte da doutrina e jurisprudência pátrias.

O tema ora exposto foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, que em recente decisão proferida pela Terceira Turma,³ por maioria, deu provimento a recurso especial

¹ Fonte: *Revista Biology of Blood and Marrow Transplantation*. www.cordcell.com.br

² USCUPA – unidade de sangue de cordão umbilical e placentário.

³ STJ, REsp 1291247/RJ, Relator(a) Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador, T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento 19/08/2014, Data da Publicação/Fonte DJe 01/10/2014.

que versava, justamente, sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance a fim de indenizar recém-nascido que teve frustrada a possibilidade de armazenar suas células-tronco, inviabilizando o uso caso precisasse para tratamento de saúde no futuro.

A decisão foi da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, seguido pelos Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e João Otávio de Noronha, restando vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (voto-vista) e Sidnei Beneti.

No caso em comento discutiu-se a aplicação da teoria da perda de uma chance em razão da quebra contratual pelo não comparecimento, no momento do parto, de preposto de clínica especializada e contratada para esse serviço de coleta de células-tronco embrionárias⁴ do cordão umbilical do recém-nascido.

No que tange ao direito dos pais não houve impugnação, pelo que restou consolidada a decisão proferida pela 6ª Vara Cível da Comarca da Capital, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, reformada por unanimidade pela 10ª Câmara Cível desse Tribunal apenas no que diz respeito ao valor do dano moral, majorando para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos genitores do menor, enquanto que na decisão monocrática essa quantia foi dividida entre os dois. No entanto, o venerando acórdão⁵ não aplicou a teoria da perda de uma chance por entender que não restou configurada uma probabilidade real de obter vantagem certa, ou evitar determinado prejuízo, até pelas vicissitudes da medicina, não tendo as chances de eventual cura sido alteradas em virtude do evento danoso.

A decisão da Corte Superior adentrou na questão da legitimidade da criança - recém-nascida e beneficiária do contrato celebrado por seus pais - para pleitear indenização por danos morais, bem como a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Isso porque a respeitável sentença proferida pela M.M. Dra. Juíza Luciana de Oliveira Leal

⁴ As células-tronco coletadas do cordão umbilical do recém-nascido são adultas e não embrionárias.

⁵ Em caso semelhante, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado aplicou a perda de uma chance, conforme ementa: Apelação cível. Indenizatória. Contrato de prestação de serviços de criogenia. Coleta de células-tronco no momento do parto e posterior armazenamento. Não comparecimento de funcionário da empresa no momento do parto que inviabilizou o objeto do contrato. Sentença de procedência. 1. O momento do parto é a única oportunidade possível para coleta do sangue do cordão umbilical para posterior armazenamento de células-tronco (*stem cells*), pelo regime de criopreservação. 2. Embora a Ré atribua aos contratantes a responsabilidade pelo descumprimento do contrato, pois confessadamente deixaram de informar o momento exato do parto, é certo, por outro lado, que o nascimento ocorreu no local e no período estimado na ficha cadastral de fls. 45. E, além disso, a contratação foi oferecida dentro da própria maternidade, o que levou os contratantes à conclusão de que haveria um funcionário preparado para a coleta no dia do nascimento. 3. O contrato é silente acerca da obrigação do contratante de entrar em contato com a empresa para comunicar o momento exato do parto, sendo que o material publicitário, por sua vez, enfatiza a presença da ré nas maternidades 24 horas por dia, 7 dias por semana. 4. A Lei nº 8.078/90 estabelece, em seu art. 47, que os contratos serão interpretados da forma mais benéfica para o consumidor e, em seu art. 60, III, que a informação será prestada de forma adequada e clara. 5. Da análise dos autos, tem-se que o contrato de adesão elaborado pela ré não é suficientemente claro, gerando dúvida e insegurança para o consumidor. 6. Afigura-se impositiva a adoção da teoria da perda de uma chance, pois, de fato, os Autores perderam uma chance real de obter uma vantagem no futuro, ou evitar um prejuízo. 7. Danos morais que comportam majoração para R\$40.000,00 (quarenta mil reais) para cada Autor, em atenção ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade e considerando a extensão do dano, sua duração, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta e desestímulo à reincidência. Tal montante não é irrisório a ponto de estimular a perpetuação da conduta ilícita, tampouco exorbitante, que gere enriquecimento sem causa. 8. Doutrina e jurisprudência sobre o tema. 9. Desprovemento do primeiro apelo e provimento parcial do recurso adesivo, apenas para majoração da indenização moral (TJRJ, Apelação 0121698-24.2007.8.19.0001, Relator: Des. Luciano Rinaldi - Julgamento: 18/07/2012 - Sétima Câmara Cível).

Halbritter da 6ª Vara Cível da Comarca da Capital do TJRJ, e nesse aspecto mantida pela 10ª Câmara Cível daquele Tribunal de Justiça, afastou o dever de indenizar da sociedade contratada para coleta, armazenamento de células-troncos e atividades afins em relação ao autor menor. O argumento foi o de que se tratava de situação diversa, e de que o menor havia nascido saudável, pelo que não seria necessário o uso da USCUPA para tratamento ou preservação da saúde e que apenas caso isso ocorra haverá dano, não havendo dever de indenizar dano hipotético (possível consequência do evento). Além disso, a criança permaneceu alheia ao contrato, não sofrendo danos morais caracterizados pela situação constrangedora, de sofrimento e de dor, física ou emocional.

Para a Colenda 10ª Câmara Cível do TJRJ o terceiro autor, por ser, à época, recém-nascido e ter apenas minutos de vida quando ocorreu o fato, não foi capaz de potencializar a ocorrência do dano moral, definido como dor, vexame, sofrimento ou humilhação.

Para a maioria dos Ministros da Terceira Turma do STJ restou configurada a responsabilidade civil por danos morais também em relação ao menor, pois deve tutelar seus direitos da personalidade, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo sem qualquer componente de consciência, citando julgados da própria Corte Superior que aplicou o dever de indenizar por danos extrapatrimoniais sofridos por nascituros.⁶

A responsabilidade civil da sociedade contratada para coleta de células-tronco do cordão umbilical da criança recém-nascida, no momento do parto, para a Egrégia Turma, decorreu da perda de uma chance de utilizar esse material para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis graças ao avanço da medicina, mesmo sendo a criança plenamente saudável e que talvez nunca vá precisar tratar qualquer doença com essas células. O dano é certo, qual seja, perda definitiva da chance de prevenir o tratamento de patologias graves, o que é passível de indenização.

Por fim, no que tange ao *quantum* indenizatório, diante da classificação do dano como extrapatrimonial e da falta de critério matemático para fixação, face não existir, *in casu*, percentual para a chance perdida, fixou em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) o valor, incidindo juros de mora desde a data do ato ilícito (Súmula 54/STJ) e correção monetária desde o dia do julgamento (Súmula 362/STJ). Tudo em observância ao princípio da reparação integral do dano.

Em sentido diverso foi o posicionamento da Ministra Nancy Andriighi. Após analisar a teoria da perda de uma chance e de seus pressupostos calcados na doutrina de Geneviève Viney, pela qual a

[...] chance deve ser real e séria; o lesado deve estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida [...]

⁶ STJ, REsp 399028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232, REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010.

A partir daí, a juíza concluiu que na hipótese em apreço não há certeza de dano, o inadimplemento contratual por si só não revela a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido.

Para a Ministra Nancy Andrigli apenas teria ocorrido a perda de uma possibilidade de tratamento se o menor contraísse uma patologia ou corresse esse risco e se essa doença pudesse ser prevenida ou curada por meio do uso das células-tronco que deixaram de ser coletadas, e no caso este era saudável. Portanto, tudo seriam meras suposições, conjecturas, já que a probabilidade não se fazia presente no momento do fato lesivo, pelo que não configura dano.

Outro argumento é o de que com o avanço da medicina pode haver outro meio para a prevenção ou o tratamento de eventual patologia que não as células-tronco. Nesse sentido, acompanhou o Ministro Sidnei Beneti, ressaltando que a evolução pode levar à desnecessidade desse recurso ao tratamento, sendo um futuro incerto a acontecer insuficiente para caracterizar a perda de uma chance.

A divergência apontada demonstra a importância de maior estudo da aplicação da teoria da perda de uma chance quando envolve situações existenciais relacionadas à saúde, bem como os direitos dos recém-nascidos que podem sofrer não só danos morais como dano pela perda de uma chance.

2. A aplicação da teoria da perda de uma chance e a medicina

A teoria da perda⁷ de uma chance surgiu com o intuito de assegurar a reparação integral da vítima do dano injusto e, apesar de ausência de previsão expressa no ordenamento pátrio, está garantida pela Constituição Federal por força do disposto no artigo 1º, inciso III, que institui como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, no artigo 5º, incisos V e X, além dos artigos. 186, 927 e 944 do Código Civil.

No entanto, o uso dessa teoria pelos Tribunais de Justiça brasileiros tem enfrentado certa resistência, apesar de um considerável avanço. Isso em razão da dificuldade no seu enquadramento, haja vista que lida com a imprevisibilidade e incerteza quanto ao evento futuro frustrado, além da dificuldade na definição do tipo de dano e na apuração do *quantum* indenizatório.

Parte da doutrina⁸ mais tradicional defende que, como não existe a possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se pode cogitar em dano pela perda da chance, já que esta recairia na seara do dano eventual, hipotético. Para os adeptos dessa corrente, a indenização desse prejuízo “eventual” configuraria um enriquecimento sem causa, conduta vedada pelo ordenamento jurídico (artigo 884 do Código Civil).

Imprescindível esclarecer que a perda de uma chance não se caracteriza pelo dano futuro. Trata-se de dano em si mesmo, embora seja de difícil avaliação, pois não é mais possível a

⁷ A aplicação da teoria da perda de uma chance teve início na França (*perte d'une chance*). Posteriormente, esse conceito expandiu-se por outros países da Europa como Itália, Inglaterra (*balance of probabilities*), sendo hoje também muito utilizado pelos EUA.

⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 489-490.

recolocação da vítima na mesma posição em que se encontrava.

Não há dúvidas acerca do dano; este é certo e há forte vínculo causal entre ele e o fato que o gerou, pois existe um prejuízo para a vítima decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um dano.

Durante muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o agente causador do dano decorrente da perda de alguém obter uma chance ou de evitar um prejuízo.

A teoria da perda de uma chance teve o intuito de conceder às pessoas a mais ampla e justa proteção possível aos seus direitos e garantias individuais. Sua origem partiu da análise de casos concretos que levavam a compreender que, independentemente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a este resultado deveria ser punida, ainda que esse evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta.

Nesses casos, o ofensor é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; mas sim em razão de tê-la privado da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou até mesmo de tê-la privado de evitar um prejuízo. Vale dizer que, provavelmente, o resultado não ocorreu por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente.

Não se pode esquecer que é preciso tomar por base a verossimilhança, tendo em vista que jamais será possível afirmar que realmente o prejudicado teria alcançado aquela vantagem na hipótese da não ocorrência do ato ou fato do agente que o privou da chance de poder chegar ao resultado esperado. Mas a chance de alcançar o resultado útil, necessariamente, deve ser séria e real, uma vez que o dano meramente hipotético não é passível de indenização.

Caso típico de aplicação da teoria da perda de uma chance ocorre na responsabilidade civil médica, sob a rubrica de *perte d'une chance de survie ou de guérison*.⁹ O ato médico pode lesar o doente de formas variadas, ensejando uma multiplicidade de danos de distinta natureza, entre os quais se inclui a lesão pela perda da oportunidade de cura ou de sobrevivência, que afeta diretamente sua vida e saúde.¹⁰ Tem-se como exemplo o erro

⁹ Tradução livre: perda de uma chance de sobrevivência ou de cura.

¹⁰ 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 considerada 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

médico,¹¹ erro de diagnóstico^{12 13} (exemplo: médico não diagnostica a existência de um câncer ou o faz tardiamente);¹⁴ a ausência de exames pré-operatórios; a falta de cuidados médicos, de informação e de obtenção de aceitação do tratamento indicado; a ausência de anestesista qualificado, entre outros.¹⁵

Da mesma forma, pode ocorrer em casos cuja prestação de serviço, o fornecimento de produtos¹⁶ lidam com a saúde, a vida das pessoas, e que acabam por refletir na análise de

provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (STJ, REsp 1254141 / PR, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento 04/12/2012, Data da Publicação/Fonte DJe 20/02/2013 RDDP vol. 122 p. 161 RSTJ vol. 229 p. 320)

¹¹ Recurso Especial - Ação de indenização - Danos morais - Erro médico - Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgica – Obrigação de meio - Responsabilidade subjetiva do médico - Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e de nexos de causalidade – Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde - Teoria da perda da chance - Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inócurre no caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade - Recurso especial provido. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexos de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido. (STJ, AgRg no Ag 1222132 / RS Relator(a) Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador T2 - Segunda Turma, Data do Julgamento, 03/12/2009, Data da Publicação/Fonte, DJe 15/12/2009).

¹² Recurso especial: 1) Responsabilidade civil - Erro de diagnóstico em plantão, por médico integrante do corpo clínico do hospital - Responsabilidade objetiva do hospital; 2) Culpa reconhecida pelo tribunal de origem - 3) Teoria da perda da chance - 4) Impossibilidade de reapreciação da prova pelo STJ - súmula 7/STJ 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial do hospital improvido. (STJ, REsp 1184128 / MS, Relator(a) Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento 08/06/2010, Data da Publicação/Fonte, DJe 01/07/2010)

¹³ TJRJ, 0014196-33.2011.8.19.0212. Des. Myriam Medeiros - Julgamento: 12/08/2014 - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor; 0253427-42.2008.8.19.0001. Des. Paulo Mauricio Pereira - Julgamento: 06/11/2013 - QUARTA CÂMARA CÍVEL; 0045465-14.2009.8.19.0066. Des. Rogerio de Oliveira Souza - Julgamento: 05/11/2013 - Vigésima Segunda Câmara Cível; 0086835-47.2004.8.19.0001. Des. Gabriel Zefiro - Julgamento: 12/02/2014 - Décima Terceira Câmara Cível; 0456621-27.2012.8.19.0001. Des. Marcelo Lima Buhatem - Julgamento: 11/11/2014 - Vigésima Segunda Câmara Cível

¹⁴ TJRJ, Ap. Cív. 0010941-64.2006.8.19.0205, 8ª CC, Rel. Des. Norma Suely, julg. 02.02.2010.

¹⁵ TJSP, Ap. Cív. 994.09.272165-3, 4ª T, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. 13.01.2010.

¹⁶ Relação jurídica subsumida às normas cogentes do Estatuto Consumerista. Rito sumário. Demanda indenizatória cumulada com obrigação de fazer. Plano de saúde. Paciente com câncer renal. Medicamento administrado via oral. Negativa de autorização por ausência de cobertura contratual e legal. Tutela de urgência deferida. Providência tardia. Paciente que veio a óbito dois meses após a liberação forçada do medicamento. Habilitação dos herdeiros. Possibilidade de sobrevivência minada pela resistência do réu. Aplicação da Teoria da Perda da Chance. Dano moral configurado. Indenização arbitrada em R\$ 12.000,00 e ampliada para R\$ 16.000,00, em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Oposição da seguradora de saúde ilegítima e inescusável. Abusividade das cláusulas restritivas de cobertura. Afronta à prevalência do direito à vida e à saúde sobre o vil metal. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Negado seguimento ao apelo do réu. Provido o recurso dos autores. (TJRJ, Apelação 0005632-08.2013.8.19.0079 – Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto - Julgamento: 21/10/2014 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor)

determinados aspectos médicos. São exemplos a recusa de atendimento médico-hospitalar¹⁷ e o defeito de medicamento.

Nesses casos a álea da atividade médica, a dinamicidade da medicina, seus avanços e incertezas, a dificuldade de estabelecer o nexo de causalidade entre a ação e o ato danoso vai de encontro a um dos pilares do Direito, a segurança jurídica, pois este busca minimizar as incertezas, o que não se garante no âmbito da Medicina.

O caso em comento envolve perda de uma chance de uso das células-tronco que seriam colhidas do cordão umbilical em benefício do menor, de sua saúde.

Ora, assim como nos casos de erro de diagnóstico, falta de informação por parte do médico, que frustra a possibilidade de tratamento do paciente, apesar de não haver certeza de que mesmo diagnosticado e informado obteria a cura ou sobreviveria mais tempo, já que cada organismo responde de uma maneira, o uso de células-tronco apesar de não ter garantia de êxito, é potencial de cura, de sobrevida e fonte de estudo.

As células-tronco são aquelas que têm capacidade de autorrenovação ilimitada, prolongada, capaz de produzir um tipo de célula diferenciada, podendo se dividir em células idênticas a elas ou diferentes. Existem dois tipos, considerando a origem e o potencial de diferenciação: células-tronco embrionárias,¹⁸ que podem formar qualquer tipo de tecido, pluripotentes, e células-tronco adultas, que podem ser isoladas de tecidos do próprio paciente, eliminando o problema da rejeição em caso de transplante.

O uso de células-tronco adultas no Brasil, segundo Lygia da Veiga Pereira,¹⁹ se destaca pelo grande número de testes clínicos em andamento, que avaliam o uso terapêutico mais amplo destas células em diferentes doenças, incluindo doenças cardíacas, autoimunes, como lúpus e diabetes e trauma de medula espinhal.

De acordo com a citada pesquisadora, o sangue do cordão umbilical e placentário de

¹⁷ 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. [...] 3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança. 4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral. 5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado. 6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. 7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 8. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1335622 / DF, Relator(a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgão Julgador T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento 18/12/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 27/02/2013 RSTJ vol. 229 p. 382)

¹⁸ Lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Art. 3º Para os efeitos dessa Lei considera-se: XI – células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

¹⁹ PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células-tronco para a saúde pública. Ciênc. saúde coletiva v.13 n.1 Rio de Janeiro jan./fev. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232008000100002>> Acesso em: 18/11/14.

recém-nascidos tornou-se, no final da década de 1980, uma fonte alternativa de células-tronco hematopoéticas,²⁰ que têm vantagens em relação às da medula óssea. Isso porque não necessita de uma compatibilidade completa entre doador e receptor; apresenta menor risco de desenvolvimento da doença do enxerto *versus* hospedeiro; e está disponível, imediatamente, quando necessário, ao contrário dos bancos de medula óssea, que armazenam somente dados sobre o doador. Além disso, o transplante de células-tronco hematopoéticas vem sendo utilizado também para o tratamento de doenças não hematológicas, especificamente as doenças genéticas do metabolismo síndrome de Hurler e da doença de Krabbe, entre outras doenças oncológicas, autoimunes, imunodeficientes, hereditárias^{21 22}.

As células-tronco podem ser armazenadas por tempo indeterminado, o que garante acesso imediato a esse material, ou seja, não existe a busca por doadores, que geralmente é longa.

Ademais, as células-tronco extraídas do tecido do cordão umbilical (células mesenquimais) também têm uso terapêutico e são usadas para o tratamento de um grande número de doenças, tais como: diabetes tipo I, diabetes tipo II, cirrose hepática, infarto agudo do miocárdio, miocardiopatia dilatada idiopática, queimadura aguda, doença de Alzheimer, autismo e lesões esportivas, entre outras.

Portanto, é indubitável a importância da coleta desse material para o menor e até mesmo para terceiros, sendo aquele vítima do inadimplemento do contrato celebrado por seus genitores, aplicando-se à hipótese o Código de Defesa do Consumidor, como será mais bem explicitado no item 3.

Contudo, em razão das peculiaridades da teoria da perda de uma chance, quando diante de situações existenciais que envolvem a vida, a saúde da pessoa humana, alguns passos devem ser observados.²³

Em situações como a objeto de estudo, mister se faz que o aplicador do direito: i) analise se houve infringência de algum dever de conduta, seja decorrente ou não de uma relação contratual que frustrou expectativa legítima; ii) examine qual bem jurídico é merecedor de tutela; iii) averigue a existência de probabilidade de uso das células-tronco, seja para cura de eventual doença, ou para prolongar a sobrevivência da pessoa, caso fizesse determinado tratamento ou até mesmo se tomasse medicação ou evitasse certa conduta em prol de sua

²⁰ Resolução de Diretoria Colegiada – RDC/Anvisa nº 153, de 14 de junho de 2004.

²¹ “As células do sangue de cordão umbilical (SCU) são fonte alternativa e eficaz de células progenitoras hematopoéticas (CPH) e têm sido usadas com frequência crescente tanto para crianças como para adultos com doenças hematológicas malignas ou benignas e que não possuem doadores aparentados ou não aparentados HLA idênticos.” Celso A. Rodrigues; Noemi F. Pereira; Danielli C. M. Oliveira; Margareth Torres; Iracema S. B. Alencar; Izabella Salomão; Marcos A. Mauad; Vergílio A. R. Colturato; Luis Fernando S. Bouzas; Maria Elisa de Moraes. Transplante de sangue de cordão umbilical – SCU. *Revista Brasileira de Hematologia Hemoter.* vol. 32 supl.1 São Paulo maio 2010 Epub 02-Abr-2010. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1516-84842010005000019>>

²² ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com Células-Tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 43.

²³ Rute Teixeira Pedro arrola três critérios para facilitar a sistematização da aplicação da teoria da perda de uma chance no caso concreto: 1. Existir determinado resultado positivo futuro, que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa, mas provável; 2. É necessário que, apesar daquela incerteza, a pessoa se encontre numa situação de poder vir a alcançar o resultado, porque reúne um conjunto de condições de que depende a sua verificação (chance real de consecução da realidade esperada); 3. Indispensável que se verifique comportamento de terceiro, suscetível de gerar responsabilidade e que elimina de forma definitiva as existentes possibilidades de o resultado vir a produzir. PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*. Coimbra Editora: Coimbra, 2008, p. 198.

saúde; iv) verifique a lesão sofrida pela pessoa, o que efetivamente ela deixou de obter em virtude da conduta ilícita.

A comprovação da existência da probabilidade de cura, de sobrevida, de utilidade do material deverá ser feita com o auxílio da Ciência Médica, por meio de perícia, e outros meios de prova como, por exemplo, o testemunhal, o documental, e as pesquisas científicas.

A *legis artis* auxiliará nas respostas dos questionamentos acerca do valor das chances que o doente dispunha para aliviar suas dores e obter a cura, ou prolongar sua sobrevivência e a que equivale essa perda em termos de percentual aplicável ao todo. Todavia, questiona-se a possibilidade do uso de dados estatísticos para auxiliar o juiz.²⁴

3. O dano da perda de uma chance e a proteção dos recém-nascidos

Dois entendimentos surgiram para explicar a perda de uma chance.²⁵ O primeiro se refere à modalidade do dano autônomo, representada pelas chances perdidas, e que vem sendo mais aplicado, e um segundo que a enquadra como mecanismo modificador das regras de aferição do nexo de causalidade entre o fato e o dano.²⁶ Para Sérgio Savi²⁷ normalmente os casos de responsabilidade civil médica enquadram-se na segunda modalidade, em razão de suas peculiaridades.

No que tange ao tipo de dano que ocorre na teoria da perda de uma chance doutrina e jurisprudência tentam enquadrar entre os dois tipos de danos existentes no sistema jurídico, os danos patrimoniais²⁸ e os não patrimoniais.^{29 30 31}

A lesão ao bem jurídico patrimonial, que consiste na diminuição ou subtração de um bem jurídico economicamente apreciável, engloba os danos emergentes e lucros cessantes (artigos 402, 948 a 950, todos do Código Civil). Já o dano extrapatrimonial não guarda correspondência pecuniária, pois está ligado à violação de direitos da personalidade como a honra, intimidade, vida privada, “projeto de vida”, imagem, liberdade, saúde física e psíquica, integridade corporal, estética, entre outros, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, 5º, incisos V e X, da Constituição Federal).

²⁴ PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*. Coimbra Editora: Coimbra, 2008, pp. 389-394.

²⁵ PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 288.

²⁶ O nexo causal da perda de uma chance, segundo Grácia Cristina Moreira do Rosário, é estritamente jurídico e não natural, em virtude do atuar profissional não ter causado o dano, pois não evitou o curso natural dos acontecimentos. ROSÁRIO, Grácia Moreira do. *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 142.

²⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 05.

²⁸ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

²⁹ TJRJ, 0140673-55.2011.8.19.0001. Des. Carlos Azeredo De Araujo - Julgamento: 24/11/2014 - Nona Câmara Cível; 0002425-25.2012.8.19.0050. Des. Benedicto Abicair - Julgamento: 26/09/2014 - Sexta Câmara Cível.

³⁰ TJSP, Ap. Cív. 0117271-26.2006.8.26.0000, 10ª CC, Rel. Des. Guilherme Antini Teodoro, julg. 18.11.2010.

³¹ ROSÁRIO, Grácia Moreira do. *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 143.

Sérgio Cavalieri Filho³² sustenta que a perda de uma chance guarda relação com lucro cessante, mas, apesar de ter algumas semelhanças, são distintos. Nos lucros cessantes há a certeza de um dano, do que se deixou de ganhar, podendo ser esse valor apurado e determinado, já na perda não se sabe, efetivamente, se a vítima iria adquirir o benefício.

Há também quem defenda³³ tratar-se de dano patrimonial quantificável e, portanto, emergente.

Em muitos casos, coloca-se a perda de uma chance como um fator exclusivo do dano moral, ignorando, indevidamente, o dano material porventura decorrente da perda dessa oportunidade e devidamente comprovado.³⁴ Percebe-se, portanto, que ainda não há unanimidade quanto ao correto enquadramento do instituto.

O enquadramento da perda de uma chance como dano moral retoma os questionamentos acerca de duas grandes dificuldades sobre esse tipo de dano: i) identificação das hipóteses de configuração do dano moral, já que não existe um conceito único acerca dessa espécie de dano; e ii) falta de critério de aferição do *quantum debeatur*, ou seja, a quantificação dos danos extrapatrimoniais.

O conceito de dano moral há muito vem sendo discutido e, ultrapassada a fase de sua negação, vislumbra-se algumas correntes. A corrente subjetiva, que o define como efeito da lesão a um interesse juridicamente protegido, normalmente traduzido na consagrada expressão: dor, tristeza, vexame, humilhação; a corrente objetiva, que prefere definir como a lesão aos direitos da personalidade, e uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana.³⁵

No tocante aos critérios de quantificação do dano moral, Anderson Schreiber³⁶ os resume de maneira objetiva em quatro, devendo o julgador utilizá-los para definir o *quantum indenizatório*: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e (iv) a capacidade econômica do ofensor.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.

³³ “Se a premissa é a de que só se pode indenizar o dano estético, o dano moral ou a perda patrimonial percebe-se que a indenização pela perda de uma chance está contida nessa premissa, uma vez que, por ser algo real, ela já faz parte do patrimônio do indivíduo e, ao se perder, reduz seu patrimônio. Ou seja, há uma certeza do dano e, assim, ele se molda de maneira a ser considerado um dano emergente, encaixando-se perfeitamente no critério de perda patrimonial.” DUQUE, Bruna Lyra Duque; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782> Acesso em: 12/11/2014.

³⁴ Enunciado do CJF 444 – Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

³⁵ “Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

³⁶ “A falta de critérios definidos no Código de 1916 e no novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, na esteira de antigas leis especiais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), vêm empregando, no arbitramento do dano moral, quatro critérios principais, quais sejam: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e (iv) a capacidade econômica do ofensor”. SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 3, v.12, p. 03-24, out./dez. 2002, p. 10.

Além desses critérios, a jurisprudência tem utilizado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, chamados por Humberto Ávila de postulados,³⁷ para arbitrar o valor do dano moral de forma a garantir a compensação da vítima sem que a indenização seja fonte de enriquecimento sem causa.

A vítima, no entanto, permanece com o ônus de provar a existência e a extensão do dano, prova esta dispensável em se tratando de dano moral o qual é *in re ipsa*.³⁸

A perda de uma chance é um dano autônomo,^{39 40} não se amoldando nos tipos de danos já conhecidos pelo sistema, pois difere da perda de um resultado final e se enquadra como perda da chance de alcançar um resultado. É um prejuízo que decorre da lesão de um bem jurídico diverso, podendo cumular com os já existentes.

Para a configuração do dano decorrente da perda de uma chance é necessário que a vítima prove a existência de um dano e o seu nexos causal.

Da mesma forma que a doutrina, os tribunais costumavam exigir da vítima que alegava a perda de uma chance, a prova inequívoca de que teria conseguido o resultado que fora interrompido, se não houvesse ocorrido determinado fato prejudicial. Esse parece ter sido o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi e Sidinei Beneti, pois como se tratava de criança que nasceu saudável, sem previsão de necessidade de uso do material não coletado, além da álea da medicina, não restou configurado um evento certo. Por essas razões os votos vencidos foram no sentido de inexistir o dever de indenizar por dano hipotético.

Todavia, essa não é a melhor interpretação da teoria da perda de uma chance quando envolve tratamento médico, o uso da medicina.

³⁷“O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito”. “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

³⁸ A desnecessidade de comprovação do dano moral tem sido observada pela jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, conforme a seguinte ementa: Recurso especial. Ação de indenização. Inscrição indevida. Indenização. Dano moral. Dano *in re ipsa*. art. 20, § 3º, do CPC. Honorários advocatícios. Valor da condenação. A jurisprudência desse Pretório está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação. Nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, em havendo condenação, a verba honorária deve ser arbitrada em percentual sobre o valor da condenação, e não sobre o valor atribuído à causa. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp 851522 / SP, Recurso Especial 2006/0068987-4 Relator(a) Ministro Cesar Asfor Rocha, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Data do Julgamento 22/05/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 29.06.2007 p. 644)

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 270.

⁴⁰ ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 440.

Em que pesem os fundamentos da douda Ministra a análise simplista da questão não permitiu averiguar com maior profundidade o potencial do material que é coletado do cordão umbilical do menor, seja para uso próprio, seja para doação⁴¹ em favor de parentes ou terceiros,⁴² o que é, inclusive, estimulado no ordenamento jurídico pelo princípio da solidariedade (artigo 199, § 4º, da Constituição Federal).

A configuração da responsabilidade pela perda de uma chance, no entanto, não resolve o problema da dificuldade de apuração do valor da indenização assim como ocorre no caso do dano moral. Por isso, para arbitrar o valor de forma a garantir a compensação da vítima sem que a indenização seja fonte de enriquecimento sem causa, aplicam-se os critérios da gravidade do dano e do grau de culpa do ofensor (artigo 944 do Código Civil) e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dependendo da hipótese é possível avaliar o percentual da chance perdida por meio de probabilidade matemática como foi o caso do show do milhão, em que o Superior Tribunal de Justiça⁴³ considerou o percentual da chance de acerto da questão.

No caso vertente a maioria da Terceira Turma enquadrrou o dano sofrido pelo menor pelo descumprimento do dever contratual de realizar a coleta das células-tronco no momento do nascimento como extrapatrimonial, asseverando a impossibilidade do uso de critério matemático para quantificar.

O menor, apesar de não se enquadrar no conceito *stricto sensu* de consumidor do artigo 2º da lei consumerista, mesmo não fazendo parte da relação contratual, enquadra-se no conceito de consumidor por ter sido prejudicado pelas atividades de fornecedora no mercado.

O menor é consumidor *bystander*⁴⁴, vítima do acidente de consumo, já que fora afetado pela falha da prestação de serviço por parte da sociedade responsável pela coleta das células-tronco quando de seu nascimento, aplicando o disposto nos artigos 17 e 14, ambos

⁴¹ Resolução CFM nº 1544, de 09 de abril de 1999. Portaria nº 2.712, de 12 de novembro de 2013 do MS Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC/Anvisa nº. 153, de 14 de junho de 2004

⁴² A doação do cordão umbilical do recém-nascido para um banco público é voluntária e autorizada pela mãe do bebê. As unidades armazenadas ficam disponíveis para qualquer pessoa que precise de transplante de medula óssea, indicação para pacientes com leucemia e outras doenças do sangue. Quanto mais cordões armazenados, maior a quantidade de pessoas que podem ser beneficiadas. Os bancos da Rede BrasilCord mantêm convênio com determinadas maternidades para coleta dos cordões. As doações só podem ser realizadas nesses hospitais conveniados, onde existem equipes treinadas para realizar a abordagem da gestante, acompanhamento da gestação e coleta do material no momento do nascimento da criança. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=2627 Acesso em: 18/11/2014

⁴³ 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. (STJ, REsp 788459 / BA, Relator(a) Ministro Fernando Gonçalves, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Data do Julgamento 08/11/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 13/03/2006 p. 334)

⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo* prefácio de Gustavo Tepedino; apresentação de Cláudia Lima Marques. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

do CDC.

O legislador, ao ampliar o conceito de consumidor, não ficou adstrito ao elemento subjetivo da relação jurídica, mas sim com o alto caráter ofensivo e danoso da atividade (risco), motivo pelo qual conferiu tutela especial a todas as pessoas expostas a produtos e serviços perigosos que estão ou serão colocados no mercado de consumo.

Cabe ressaltar que o fato de o menor ter acabado de nascer quando do evento danoso não afasta a configuração da responsabilidade civil, eis que evidente que foi privado de ter seu material biológico armazenado, perdendo a chance de utilizar em seu favor ou de terceiro, como amplamente acima abordado.

Dessa forma, a despeito dos votos vencidos, a decisão da Corte Superior salvaguarda a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da reparação integral do dano injusto.

4. Considerações Finais

O surgimento de novas situações jurídicas existenciais com os avanços biotecnológicos que envolvem a saúde e a vida da pessoa humana demanda uma proteção e interpretação diferenciada pelos operadores do direito.

É o que ocorre nos casos que envolvem a contratação de serviços de coleta, transporte, processamento, criopreservação, armazenamento de células-tronco retiradas do cordão umbilical durante o parto, liberação da USCUPA. Contrato com conteúdo não só patrimonial decorrente da contraprestação pelos serviços contratados como existencial.

Esses serviços têm como objeto vários bens jurídicos merecedores de tutela. E os titulares não são apenas aqueles que os contratam, como, por exemplo, os pais que visam possibilitar melhor suporte para a saúde de seus filhos, mas também o próprio recém-nascido e, eventualmente, terceiros – consumidores *bystanders*.

O caso em estudo ultrapassa a análise simplista de mero descumprimento contratual pelo não comparecimento da contratada para coleta das células-tronco. Além das perdas e danos materiais e extrapatrimoniais há outra espécie de dano: o dano pela perda de uma chance, abarcado pela responsabilidade civil.

A perda da oportunidade de cura ou sobrevida para o menor ocorre em razão da impossibilidade de uso de suas células-tronco, que seriam armazenadas para tratamento de doenças, pesquisas, mesmo que não haja certeza de sucesso no uso, não só pela álea da medicina, em face das vicissitudes do organismo humano, como por ser algo ainda em fase experimental.

A questão posta demanda análise interdisciplinar, podendo utilizar a Ciência Médica não só para averiguar a potencialidade das células-tronco, a fim de melhor estabelecer a perda da chance, como propiciar a quantificação do dano pela probabilidade de uso do material. Isso tanto para a própria pessoa, como para terceiros, demonstrando a importância das células-tronco.

5. Referências

ALVIM, J. E. Carreira. *Reflexões sobre a responsabilidade civil médica. A tutela antecipatória na ação de reparação. Seleções jurídicas ADV*, abr./04. Disponível em: <http://www.coad.com.br/index.php?class=interface_frontend_busca&method=show_de_talhe&id_registro=88&id_tipo=42> Acesso em: 10 de maio de 2010.

ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. In: *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Editora Método, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XIII. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

DUQUE, Bruna Lyra Duque; FONSECA, Cesar Augusto Martinelli. *A teoria pela perda de uma chance e a sua caracterização como dano emergente*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10782> Acesso em: 12/11/2014.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980.

GONÇALVES, Carla. *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*. Portugal: Coimbra Editora, 2009.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. In: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/61/3861/>. Acesso em 25/05/08.

MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 106-131, jan. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 827, p. 11-48, set. 2004.

MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360-361.

_____. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, p. 96-110, 2002.

PELUSO, Cesar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: lei nº 10.406, de 10.01.2002 : contém o código civil de 1916*. 2 ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis de Direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Lygia da Veiga. *A importância do uso das células tronco para a saúde pública*. Ciênc. saúde coletiva v.13 n.1 Rio de Janeiro jan./fev. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232008000100002>> Acesso em: 18/11/14.

ROSÁRIO, Grácia Moreira do. *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SÉGUIN, Elida. Princípios do biodireito. In: LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. Empresas de coleta e armazenamento de células-tronco e perda de uma chance In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson, LÔBO, Paulo. *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Conceito Editorial, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 3, v.12, p. 03-24, out./dez. 2002.

SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHARAMM, Fermin Roland. Bioética para quê? *Revista Camiliana da Saúde*, Ano 1, v. 1, n. 2, p. 14 - 21, jul./dez. 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Erro médico e perda de uma chance*. In: http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?Id=3596&icase=artigos. Acesso em 10.05.2008.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 01, v. 02, abr./jun. 2000.

_____. *Temas de Direito Civil. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento, In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Como citar: PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A proteção do recém-nascido: aplicação da teoria da perda de uma chance e o uso das células-tronco do cordão umbilical Comentários ao REsp 1.291.247/RJ. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-do-recem-nascido/>>. Data de acesso.