

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

KÁTIA ZAMBON

**A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE AOS CASOS DE INÉRCIA DE ADVOGADOS NA ATUAÇÃO JUDICIAL**

FLORIANÓPOLIS

2014

KÁTIA ZAMBON

A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE AOS CASOS DE INÉRCIA DE ADVOGADOS NA ATUAÇÃO JUDICIAL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso
de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a MSc. Grazielly
Alessandra Baggenstoss

FLORIANÓPOLIS

2014

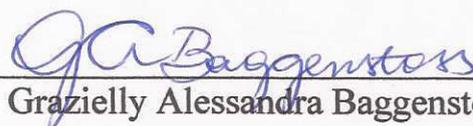


Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

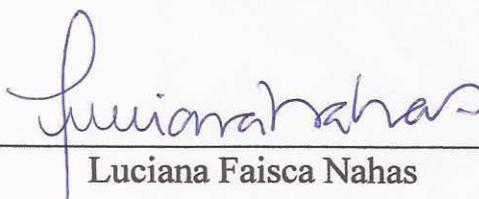
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A aplicabilidade da responsabilidade civil pela perda de uma chance aos casos de inércia de advogados na atuação judicial”, elaborada pela acadêmica **Kátia Zambon**, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 16 de julho de 2014.



Grazielly Alessandra Baggenstoss



Luciana Faisca Nahas



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Elói e Maria Claudete, pilares da minha existência, pelos ensinamentos e valores transmitidos, além do apoio e confiança que depositam em mim em todas as fases da minha vida, especialmente para conclusão de mais esta etapa. Meu amor por vocês é inestimável.

À minha irmã Kelly, por quem nutro amor incondicional, que todos os dias ilumina minha vida com seu afeto e me ensina que a vida, na verdade, é muito mais simples do que a gente pensa.

Aos meus familiares, pela atenção e apoio durante toda essa caminhada, em especial Suzamar, Isamar, Allende e Inghara, que estiveram presentes em todos os momentos nos últimos anos.

Às minhas amigas da sala, Jô, Lara, Vanessinha, Cami, Fe, Gabi, Mari e Tati, pelos momentos especiais vividos e pelas experiências compartilhadas que fizeram essa trajetória se tornar muito mais divertida. Desejo que nossa amizade “infungível” seja eterna.

Também aos meus amigos da sala, Alisson, Jordan, Matheus, Rafael, Igor, Lucas e Douglas, por todo o companheirismo e momentos únicos compartilhados.

Aos demais amigos da faculdade, em especial Maihara e Rodrigo, pela amizade e enorme auxílio durante os últimos anos.

À minha amiga Gabi, cuja amizade se tornou essencial em minha vida, por ser minha confidente, meu suporte nos momentos difíceis e por ser aquela amiga sempre presente para repartir comigo as minhas maiores alegrias.

Às minhas amigas da Medicina, Ana Caroline e Ana Paula, amigas ainda recentes, mas que já ocupam um lugar especial em meu coração, por compreender e incentivar essa caminhada final rumo ao diploma. Também às demais amigas do grupo, Taisa, Paulinha e Marília, que também me confortaram durante este último semestre.

Às minhas amigas de longos anos, Isa e Talita, pelo carinho, compreensão e incentivo durante todos esses anos. Vocês são parte importante disso tudo.

Aos meus amigos fora do Direito, especificamente Maiana, Heloisa, Ana Carla, Marina, Lucas, André e Jaffer, por demonstrarem que mesmo que a convivência não seja tão frequente a estima permanece, possibilitando que as amizades sejam preservadas.

A todos aqueles com quem tive oportunidade de estagiar, dentre eles Magda, Diva, Ana Maria, Tarcila, Túlia, Cristiani e Adélia, na Assembleia Legislativa de Santa Catarina; Dr. Paulo, Daiane, Marcello, Talles, Dani, Thaiana e Vanessa, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Dr. Marcelo, Agatha, Sílvia e Ana Paula, no Fórum da Capital; Dr. Leonardo, Julian, Benimari, Arony, Jayana e Dani, no Fórum do Estreito, por todos os ensinamentos, conselhos e amizades desenvolvidos ao longo da jornada.

Agradeço, por fim, a todos os Mestres que contribuíram para minha formação acadêmica, em especial à minha querida orientadora Grazielly, pela inteira disponibilidade nas oportunidades em que a procurei e pelo auxílio na conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo. O procedimento adotado é a pesquisa bibliográfica e a técnica a pesquisa indireta (doutrinária e jurisprudencial). De início, apresentam-se as noções gerais de responsabilidade civil, abordando um breve histórico, seus principais aspectos e pressupostos, além de adentrar em um estudo específico sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Também são abarcados os principais aspectos acerca da advocacia e do advogado, além de uma incursão em seus direitos e deveres até chegar aos aspectos inerentes à sua responsabilidade civil. Por fim, analisa-se a aceitação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance por parte da doutrina e a forma pela qual vem sendo aplicada por parte dos Tribunais Pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Advogado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 Conceito de responsabilidade civil e breve histórico	10
1.2 Pressupostos básicos da responsabilidade civil	14
1.3 Espécies de responsabilidade civil	19
1.3.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	19
1.3.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva	21
1.3.3 Responsabilidade direta e responsabilidade indireta	22
1.4 A responsabilidade civil pela perda de uma chance	23
1.4.1 Definição e natureza jurídica da teoria da perda de uma chance	24
1.4.2 Origem e evolução da teoria da perda de uma chance	28
1.4.3 Critérios para aplicação da teoria e modalidades	31
1.4.4 Taxonomia da chance perdida	35
2. O ADVOGADO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
2.1 O advogado e a advocacia: breve histórico e conceitos	39
2.2 Deveres e direitos do advogado	44
2.3 Responsabilidade civil do advogado	47
2.3.1 Natureza jurídica	47
2.3.2 Obrigação de meio e de resultado	49
2.3.3 A sistematização da responsabilidade civil do advogado	53
2.3.4 Pressupostos da responsabilidade civil do advogado	55
2.3.5 Principais fatos geradores da responsabilidade civil do advogado	58
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	59
3.1 A aceitação da perda de uma chance no Direito Brasileiro	59

3.2 A responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance.....	63
3.3 A aplicação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance nos Tribunais Pátrios Brasileiros	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

No momento em que alguém ocasiona a perda de uma chance de outrem de obter uma determinada vantagem ou mesmo de evitar um prejuízo, um dano é gerado, consistente na própria chance perdida. Durante muito tempo, esse prejuízo foi ignorado pelo Direito, uma vez que a responsabilidade civil tradicional funda-se na observação de um dano certo, e tal certeza nesse caso não é possível de ser determinada. Todavia, com o decorrer do tempo, passou-se a verificar verdadeira injustiça em deixar a vítima desamparada, arcando com um prejuízo ao qual não deu causa. Assim, passou-se a fazer uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo, levando à aceitação da existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance.

Tendo essa teoria sido desenvolvida inicialmente na França por volta do século XIX, ao despertar acirradas discussões doutrinárias e levar a Corte de Cassação a conceder indenizações a esse título, fomentou a expansão da teoria a outros países da Europa. No Brasil, entretanto, ainda é recente a discussão acerca dessa teoria, que tem como uma de suas principais vertentes a responsabilização do advogado por essa perda de uma chance.

Dessa forma, o presente estudo tem como escopo principal verificar a viabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de conferir indenização a esses danos oriundos das chances perdidas causados por advogados que, em virtude de sua inércia na atuação judicial e prestação advocatícia, privam seus clientes de obter uma prestação jurisdicional.

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance constitui tema contemporâneo e atual, uma vez que ainda se trata de tema quase inexplorado pela doutrina jurídica nacional, principalmente no que se refere ao desenvolvimento de limites e de uma metodologia de aplicação no país. Além disso, no que se refere à jurisprudência, ainda não há aplicação da teoria em parte dos Tribunais Pátrios, e mesmo naqueles em que a teoria vem sendo acatada, nem sempre há sintonia com os critérios desenvolvidos pela melhor doutrina.

Por outro lado, a relevância do tema se dá na importância da atividade do advogado, indispensável na atuação judicial a fim de defender o direito do cliente. Assim, ao ser elevado à função de indispensável à administração da justiça, também foram impostos a ele uma série de deveres, os quais, uma vez descumpridos, causando dano a outrem, geram a sua

responsabilização civil, tudo isso com o fim de que atue com diligência e zelo na prestação jurisdicional ao cliente que o contrata com esse objetivo.

O interesse surgiu com a inquietação da autora diante da forma como esta teoria ainda vem sendo deixada de lado pela doutrina e jurisprudência, bem como pela forma errônea que por vezes é aplicada. No caso de advogados, o interesse é ainda maior, enxergando-se verdadeira necessidade de desenvolvimento e aplicação da teoria, já que a situação é ainda mais grave, tendo em vista que traz a perda definitiva de uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo ao cliente, pessoa que lhe confiou a incumbência de patrociná-lo, apostando em seus conhecimentos técnicos e diligência na atuação.

Para tanto, a monografia será realizada com base no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica.

O presente trabalho será disposto em três capítulos. O primeiro abordará os aspectos gerais acerca da responsabilidade civil, realizando-se um breve histórico, trazendo os principais conceitos, suas espécies e pressupostos. Tratará, ainda, das seguintes classificações: responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e objetiva e responsabilidade direta e indireta. Por fim, será feito um estudo acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, expondo sua definição, natureza jurídica, origem e evolução, assim como serão especificados os critérios para sua aplicação, suas modalidades e as diferentes formas de classificação que os autores dão à chance perdida.

O capítulo seguinte apresentará uma visão geral do advogado e da advocacia, trazendo um breve histórico, os conceitos e os principais direitos e deveres do advogado. Após isso será abordada a responsabilidade civil do advogado através de uma explanação acerca de sua natureza jurídica, a classificação como obrigação de meio e de resultado, a sistematização nos diplomas normativos aplicáveis, seus pressupostos e principais fatos geradores.

Por fim, após terem sido apresentadas as bases teóricas fundamentais, o terceiro capítulo voltar-se-á ao estudo específico da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Assim, versará sobre a aceitação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, a sua aplicação à responsabilidade civil do advogado para, ao final, trazer uma coletânea de julgados que sintetizam a forma como vem sendo aplicada nos tribunais pátrios.

Seguem, por fim, as considerações finais e as referências bibliográficas.

1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito de responsabilidade civil e breve histórico

A palavra “responsabilidade”, como preceitua José de Aguiar Dias, contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida pela qual se ligava solenemente o devedor nos contratos verbais do direito romano. Segue lecionando que “responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência”, e fixa assim a primeira noção ainda imperfeita de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional da atividade do homem.¹

Verifica-se então que a acepção que se faz da responsabilidade está ligada ao surgimento de um dever jurídico sucessivo. A respeito, Sergio Cavaliere Filho destaca que é importante distinguir a obrigação da responsabilidade, sendo aquela sempre um dever jurídico originário, enquanto esta é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Segue afirmando que se alguém deixar de cumprir uma obrigação, por exemplo, de prestar serviços profissionais a outrem, “violará o dever jurídico originário, daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo pelo não cumprimento da obrigação”.²

Observe-se que o fundamento de tal obrigação no campo jurídico funda-se na máxima do *neminem laedere*, princípio fundamental proclamado pelo jurista romano Ulpiano que traduz a ideia de que a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem.

Tendo em vista a pluralidade de condutas humanas, percebe-se que inúmeras são as espécies de responsabilidades existentes, abrangendo todos os ramos do Direito, sendo, portanto, a civil espécie da responsabilidade jurídica.

Silvio Rodrigues relata que a responsabilidade civil fora definida por René Savatier como 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.³

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves conceitua a responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever

¹ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. rev., atual.de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 04.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 02.

³ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*. Paris, 1939, v.I, n. 1, apud RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06.

jurídico originário”.⁴ Assim, qualquer conduta humana que ao violar dever jurídico originário causar prejuízo a outrem será fonte geradora de responsabilidade civil.

Já o professor Caio Mário da Silva Pereira, ao fazer uma análise das definições atribuídas responsabilidade civil, ressalta que os autores não chegam a um acordo quando tentam enunciar seu conceito. E termina dando uma ampla concepção do instituto:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia com o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa ou se é independente desta. Em qualquer circunstância onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.⁵

A responsabilidade civil, entretanto, não é um instituto estanque, encontrando-se em constante evolução, o que foi observado por José de Aguiar Dias ao ditar que “a responsabilidade civil relaciona-se com toda manifestação da atividade humana, destacando-se cada vez mais com a evolução das relações sociais”.⁶

Sobre a evolução histórica da responsabilidade civil Maria Helena Diniz assevera que nos primórdios da civilização humana o que dominava era um estado de vingança coletiva caracterizado pela reação conjunta do grupo contra o agressor.⁷

Evoluiu posteriormente para uma reação individual, ou seja, a vingança privada, sob o amparo da Lei de Talião, a conhecida fórmula “olho por olho, dente por dente”, independentemente da comprovação de culpa, havendo inclusive expressão desse critério na Lei das XII Tábuas. Nessa época, o Poder Público intervinha apenas para impedir abusos, declarando quando e como a vítima possuía o direito de retaliação.⁸

Após isso, houve a migração para o período da composição após a verificação de que a retaliação não trazia a reparação do dano, que era mais conveniente. Nesse período, houve um grande marco na evolução histórica da responsabilidade civil: a edição da Lex Aquilia.

Refere a autora que a Lex Aquilia de damno “veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 8.

⁶ DIAS, J. de A., 2006, p. 13.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

⁸ Ibid., p. 26/27.

responsabilidade”.⁹ Aqui então houve a interferência do Estado nos conflitos privados ao fixar o valor dos prejuízos e obrigar a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança.

Carlos Roberto Gonçalves complementa o assunto ao relatar que a diferenciação entre “pena” e “reparação” somente começou a ser esboçada no tempo dos romanos, quando da distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, perturbadoras da ordem), nos quais a pena econômica imposta ao réu era recolhida aos cofres públicos, e os delitos privados, nos quais a pena em dinheiro cabia à vítima.¹⁰

Porém, um princípio geral de responsabilidade civil só se estabeleceu a partir do aperfeiçoamento das ideias românicas pelo direito francês, mesma época em que se consagrou a separação da responsabilidade civil da penal e a existência de uma responsabilidade contratual e uma extracontratual. Sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves afirma:

Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *In Aquilia et levíssima culpa venit, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.*¹¹

E foi a partir desse princípio geral de responsabilidade civil fundado na culpa que foram influenciadas as legislações de diversos países¹², inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Posteriormente, como ensina Arnaldo Rizzardo, no curso da Revolução Industrial, as injustiças sociais e a exploração do homem pelo homem levaram à inspiração de ideias de cunho social, as quais favoreceram o aprofundamento e expansão da teoria da responsabilidade objetiva com o intuito de atenuar os males decorrentes do trabalho e trazer maior proteção às vítimas de doenças e da soberania do capital.¹³

Afirma o autor que assim foi evoluindo a responsabilidade objetiva a ponto de nas últimas décadas comportar a teoria do risco, segundo a qual o dever de indenizar ocorre a partir da verificação de um dano na prática de atividade de risco; e a teoria do dano objetivo, na qual a indenização decorre automaticamente da sua verificação. A responsabilidade

⁹ DINIZ, M. H., 2011, p. 27.

¹⁰ GONÇALVES, C. R. 2012a, p. 25.

¹¹ *Ibid.*, p. 48.

¹² DIAS, J. de A., 2006, p. 30.

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 13.

objetiva, entretanto, mantém-se ao lado da subjetiva e torna evidente a importância do instituto da reparação do dano, deixando-se de lado o seu autor.¹⁴

Assim também sucedeu com o Direito Brasileiro, o qual consagra no Código Civil de 2002 a responsabilidade fundada na culpa, mas, diante de sua insuficiência para atender às imposições do progresso, traz também enumerados os casos especiais em que a obrigação de reparar deve ocorrer independentemente da perquirição acerca daquele elemento.

Nesse ponto interessante mencionar ainda a exposição de Fernando Noronha acerca do crescimento da responsabilidade civil a partir da Revolução Industrial. Para ele, esse desenvolvimento da responsabilidade civil manifesta-se através de um fenômeno triplo que abarca a expansão dos danos suscetíveis de reparação, a objetivação da responsabilidade e sua coletivização. Assim escreve o autor:

O fenômeno da ampliação dos danos suscetíveis de reparação traduz-se essencialmente (ainda que não unicamente, como veremos daqui a pouco) na extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais e na tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível. O fenômeno da objetivação, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade civil sem culpa. O fenômeno da coletivização traduz o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.¹⁵ (grifo no original)

E é nessa esteira da ampliação dos danos ressarcíveis que Fernando Noronha enuncia que, além da possibilidade de indenização de danos extrapatrimoniais e da tutela de direitos transindividuais, houve a diminuição das exigências para o reconhecimento de certos danos, o que tem sido ocasionado por meio do alargamento da noção de causalidade, bem como pela crescente aceitação da reparabilidade de certos danos de natureza um tanto aleatória, como é o caso da perda de chances, objeto do presente trabalho.¹⁶

Por fim, é de suma importância o estudo de Anderson Schreiber, o qual, ao fazer uma análise acerca dos novos paradigmas da responsabilidade civil, após apontar a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, por meio da perda da relevância de prova da culpa e da flexibilização do nexos causal, além da expansão dos danos ressarcíveis, traz como tendências e soluções a necessidade de seleção dos interesses mercedores de tutela e o

¹⁴ RIZZARDO, A., 2013, p. 13.

¹⁵ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 565.

¹⁶ Ibid., p. 566/567.

desincentivo às demandas frívolas de responsabilidade civil, não se esquecendo da correlação entre solidariedade e responsabilidade.¹⁷

Delineado o conceito de responsabilidade civil e feito este breve histórico, passa-se então a tratar dos pressupostos para sua configuração.

1.2 Pressupostos básicos da responsabilidade civil

Por comportar peculiaridades e para um melhor entendimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance torna-se necessária uma breve explanação acerca dos seus elementos estruturais.

A doutrina não é unânime em relação a quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar.

O art. 186 do Código Civil refere que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹⁸. Já a obrigação de indenizar decorrente desse ato ilícito é retirada do art. 927 do mesmo diploma.

Em razão disso, Maria Helena Diniz aponta como três os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresente sobre um ato ilícito ou lícito, já que ao lado da culpa também temos o risco como fundamento da responsabilidade; a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.¹⁹

Ao analisar o enunciado normativo do art. 186 do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves destaca quatro pressupostos, chamados por ele de “elementos essenciais”: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima. Ressalta, entretanto, que “nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco”²⁰.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

¹⁹ DINIZ, M. H., 2011, p. 52/54.

²⁰ GONÇALVES, C. R., 2012a, p. 53.

Já para Sergio Cavaliere Filho são três os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, os quais, juntos, configuram um ato ilícito, do qual deflui o dever de indenizar.²¹ Já no caso da responsabilidade civil objetiva enuncia a existência de uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal, dispensando-se o elemento culpa.²²

Interessante também a posição de autores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que acreditam ser a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) apenas um elemento accidental da responsabilidade civil, já que o Código Civil também consagra a existência da responsabilidade objetiva, a qual prescinde desse elemento subjetivo para sua configuração.²³

A despeito das divergências doutrinárias expostas, necessária uma breve exposição acerca de cada um dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil.

O primeiro dos elementos caracterizadores é a conduta humana, isto é, “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.²⁴

Maria Helena Diniz enuncia que a comissão vem a ser a prática de um ato que não deveria se efetivar, ao passo que a omissão revela a não observância de um dever de agir ou a prática de certo ato que deveria realizar-se.²⁵

Além disso, deve-se ter em conta ainda que a responsabilidade pode decorrer de um ato próprio, de terceiro que esteja sob a guarda do agente ou ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.²⁶

Alguns autores como Sílvio de Salvo Venosa apontam a ilicitude como aspecto necessário dessa ação humana voluntária.²⁷ Esta, entretanto, como ensina Sergio Cavaliere Filho, não é a melhor posição, uma vez que há casos excepcionais em que há o dever de indenizar mesmo quando o sujeito atua licitamente, os quais só tem lugar nas hipóteses

²¹ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 18.

²² Ibid., p. 140.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

²⁴ CAVALIERI FILHO, S., op. cit., p. 24.

²⁵ DINIZ, M. H., 2011, p. 56.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

expressamente previstas em lei, como é o caso do dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas.²⁸

Para além da conduta, deve-se verificar se há nexos de causalidade entre essa e o dano acarretado à vítima. Constitui o nexo causal a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.²⁹ “É o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado”.³⁰ Todavia, apesar da aparente simplicidade na determinação desse elemento, este constitui-se talvez o mais difícil de ser determinado, também em razão da pluralidade de teorias que buscam explicá-lo.

A mais antiga e mais elementar das teorias é a teoria da equivalência das condições ou a teoria da *conditio sine qua non*, segundo a qual todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil.³¹ Assim, um fato ou acontecimento deve ser considerado causa de um dano sempre que se puder afirmar que este não teria ocorrido caso aquele não tivesse acontecido.³² Para saber se uma determinada condição é causa elimina-se essa condição mentalmente por meio de um processo hipotético e, caso o resultado desapareça, ela será considerada causa; porém, se persistir, não o será.³³ Tal teoria possui o inconveniente de ampliar muito o nexo de causalidade levando a uma regressão infinita.

A segunda teoria que surgiu é a teoria da causalidade adequada, concebida por Von Bar e aprimorada anos depois por Von Kris. Segundo ela, a causa de um evento consiste na causa mais apta, em abstrato, à produção do resultado.³⁴ Causa, nessa teoria, é o antecedente não só necessário mas também adequado à produção do resultado. “Logo, se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”.³⁵ Para sua verificação faz-se o mesmo processo mental hipotético de eliminação das condições mencionado anteriormente, mas será causa apenas a mais adequada, mais determinante para o resultado.

Outra teoria desenvolvida foi a teoria da causalidade eficiente, na qual o juízo acerca da causalidade não se daria em abstrato, mas em concreto, observando-se entre as diversas causas qual foi a mais eficiente na determinação do dano. Ocorre que, embora tenha havido

²⁸ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 09.

²⁹ GONÇALVES, C. R. 2012a, p. 54.

³⁰ NORONHA, F., 2010, p. 499.

³¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 7.ed. São Paulo: Método, 2012, p. 357/358.

³² NORONHA, F., op. cit., p. 614.

³³ CAVALIERI FILHO, S., op. cit., p. 48.

³⁴ SCHREIBER, A., 2013, p. 58.

³⁵ CAVALIERI FILHO, S., op. cit., p. 49.

esforço por parte dos defensores dessa teoria, jamais houve êxito em alcançar critérios mais ou menos objetivos que permitissem eleger a causa que teve o poder intrínseco de produzi-lo no caso concreto, o que levou ao desprestígio dessas ideias.³⁶

Por fim, a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal, que estabelece como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outras condições sucessivas.³⁷ Assim, rompe-se o nexo causal não só quando o credor ou terceiro é o causador da causa próxima do novo dano, mas também quando a causa próxima é fato natural.³⁸

Ressalve-se, nesse ponto, a exposição de Anderson Schreiber acerca do desenvolvimento no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata de uma subteoria, a chamada subteoria da necessidade causal, a qual entende as expressões “dano direto e imediato” de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessidade (e não de simples proximidade) entre a causa e o efeito. Assim, possibilita-se o ressarcimento de danos indiretos desde que sejam consequência necessária da conduta tomada como causa.³⁹ Segundo ele, é a conclusão da melhor doutrina: a necessidade consiste no verdadeiro núcleo da teoria da causalidade direta e imediata, não se excluindo a excepcionalidade do ressarcimento de danos indiretos, desde que derivados necessariamente da causa em questão.⁴⁰

A questão a respeito de qual teoria teria sido adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, entretanto, está longe de ser pacífica.

Alguns autores, ao analisar o enunciado do artigo 403 do Código Civil, que preceitua que “ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”⁴¹, o qual também é aplicável à responsabilidade extracontratual, afirmam categoricamente que a opção legislativa teria sido pela teoria do dano direto e imediato. Essa é a opinião de Anderson Schreiber⁴², Carlos Roberto Gonçalves⁴³, Arnaldo Rizzardo⁴⁴, entre outros. Todavia, outros, ao fazer uma

³⁶ SCHREIBER, A., 2013, p. 59/60.

³⁷ Ibid., p. 60.

³⁸ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 52.

³⁹ SCHREIBER, A., op. cit., p. 62.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, Revista Trimestral de Direito Civil. v. 2. Rio de Janeiro: Padua, 2000, p. 5, apud SCHREIBER, A., op. cit., p. 60.

⁴¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 maio 2014.

⁴² SCHREIBER, A., op. cit., p. 60.

⁴³ GONÇALVES, C. R., 2012b, p. 471.

análise sistemática do instituto da responsabilidade civil, apontam que teria sido acolhida, na verdade, a teoria da causalidade adequada, como é o caso de José de Aguiar Dias⁴⁵.

Os tribunais brasileiros também revelam que não há consenso na matéria, empregando ora uma ora outra teoria, sem que se possa sequer definir um padrão de julgamento a partir dos inúmeros precedentes emitidos em um determinado ordenamento. Anderson Schreiber afirma que o Supremo Tribunal Federal já adotou expressamente a teoria da causalidade direta e imediata sob a vertente da subteoria da necessidade, entretanto, a partir da análise de diversos julgados no país, ressalva que há também os que adotam a teoria da equivalência de condições, enquanto outros inúmeros invocam a teoria da causalidade adequada, o que desvela a intensa polêmica em torno do assunto.⁴⁶

Visando finalizar o relato acerca do nexo de causalidade, deve ser mencionada ainda a existência de excludentes de causalidade, as quais rompem o nexo causal entre a conduta do agente e o dano, afastando o dever de indenizar. São elas: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro e o caso fortuito e a força maior, as quais, por não comportar dificuldades em seu entendimento, merecem apenas essa referência superficial.

Volta-se então ao terceiro e indispensável elemento para a caracterização da responsabilidade civil: o dano. Afinal, não há como se falar em indenização, em ressarcimento, se não houve um dano.

O dano consiste, segundo Sergio Cavalieri Filho, na “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc”.⁴⁷

O dano poderá lesar um interesse patrimonial ou extrapatrimonial. De fato, o caráter patrimonial ou moral do dano funda-se não na índole dos direitos subjetivos danificados, mas nos efeitos da lesão jurídica. Assim, o dano patrimonial compreende os danos emergentes, aqueles que representam a concreta diminuição no patrimônio do lesado, e os lucros cessantes, aqueles que se relacionam à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, o lucro que deixou de auferir em virtude do prejuízo que lhe foi causado. Sob outro viés, no dano

⁴⁴ RIZZARDO, A., 2013, p. 71.

⁴⁵ DIAS, J. de A., 2006, p. 35.

⁴⁶ SCHREIBER, A., 2013, p. 63/64.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 73.

extrapatrimonial ou moral a lesão atinge um interesse de natureza extrapatrimonial, levando a vítima a experimentar prejuízos em atributos morais ou espirituais.⁴⁸

A respeito do dano recorde-se aqui o que fora exposto quando se falou da evolução da responsabilidade civil e seus novos paradigmas, de que atualmente assiste-se a uma crescente expansão dos danos passíveis de ressarcimento, diante, principalmente, do foco na reparação da vítima perpetrado pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Por fim, tem-se a culpa, requisito esse exclusivo da responsabilidade subjetiva. A obrigação de indenizar não existe somente porque o agente causador do dano agiu objetivamente mal. É necessário que ele tenha agido com culpa: seja por dolo ou por culpa *stricto sensu*, consubstanciada nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. “Em qualquer das modalidades, entretanto, a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los”⁴⁹

1.3 Espécies de responsabilidade civil

1.3.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

Como visto, quem infringe um dever jurídico resultando em dano a outrem fica obrigado a indenizar. Então, em razão da natureza do dever jurídico lesado, a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual ou extracontratual.

Sergio Cavalieri Filho define precisamente a dicotomia entre as duas espécies de responsabilidade civil. Afirma que se já existe um vínculo obrigacional e o dever jurídico é consequência de seu inadimplemento temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo, por ter como fonte mais comum os contratos. Por outro lado, se tal dever surge em decorrência de lesão a um direito subjetivo sem que entre o ofensor e a vítima exista preexistência qualquer relação jurídica que o possibilite ter-se-á a responsabilidade extracontratual, também denominada de ilícito aquiliano ou absoluto.⁵⁰

⁴⁸ DINIZ, M. H., 2011, p. 77/78.

⁴⁹ GONÇALVES, C. R., 2012a, p. 316.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 15.

Porém, há quem critique tal dualidade de tratamento, os adeptos da tese unitária ou monista. Carlos Roberto Gonçalves registra que os seguidores dessa teoria unitária “entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são seus efeitos”. Isso porque em ambos os casos para a configuração da responsabilidade são necessários, em essência, os mesmos elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade. O autor concorda com tal convicção, predominante hoje na doutrina, todavia, avalia que em códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica.⁵¹

Arnaldo Rizzardo relaciona que embora existam aspectos comuns, há também contornos privativos e especiais, inclusive com regramentos próprios de cada tipo, como é o caso da incidência, na responsabilidade contratual, da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), prevista no artigo 476 e da onerosidade excessiva, delineada no artigo 478, ambos do Código Civil⁵².

Importante mencionar ainda a diferença em relação ao ônus da prova quanto à culpa existente entre essas duas formas de responsabilização. Paulo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram que na responsabilidade civil extracontratual a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar apenas que a obrigação não foi cumprida e restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que incidiu em alguma causa excludente do nexo de causalidade.⁵³

A respeito observa ainda Sergio Cavalieri Filho:

Na realidade, entretanto, essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada. Na responsabilidade extracontratual subjetiva – estamos todos lembrados – a regra é a culpa provada, ônus que cabe à vítima, admitindo-se apenas excepcionalmente a culpa presumida.⁵⁴

Por fim, imperioso ressaltar a crítica tecida por Fernando Noronha ao referir-se ao emprego incorreto das expressões “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual”. Diz o autor que a expressão “responsabilidade contratual” esconde a

⁵¹ GONÇALVES, C. R., 2012a, p. 45.

⁵² RIZZARDO, A., 2013, p. 37/38.

⁵³ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R., 2009, p. 18.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 291.

obrigação resultante do inadimplemento dos negócios jurídicos unilaterais, regida pelos mesmos princípios da derivada do inadimplemento dos contratos. Além disso, refere que o emprego do termo “responsabilidade extracontratual” poderia sugerir que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais teria princípios diversos dos aplicáveis aos bilaterais ou contratos, sendo que, na verdade, no que toca à responsabilidade pelo inadimplemento, ambos os tipos de negócios jurídicos (unilaterais ou bilaterais) estão sujeitos a idêntico regime jurídico, o qual é diverso daquele aplicável às obrigações que inclui na expressão responsabilidade civil em sentido estrito.⁵⁵

O mesmo doutrinador destaca ainda que a bipartição entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual remonta ao século XVIII, época em que a atenção era voltada para a tutela das transações comerciais e para as obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada, deixando em segundo plano as “não contratuais”. Atualmente, entretanto, já se reconhece que a responsabilidade extracontratual não é apenas aquela que fica para além dos contratos, sendo dotada de enorme relevância, uma vez que se constitui no regime-regra da responsabilidade civil.⁵⁶

Em que pese as críticas supramencionadas, adequada a referência a essa divisão neste trabalho, principalmente em virtude de o tema principal dizer respeito à responsabilidade civil pela perda de uma chance no caso de advogados, profissional este que no exercício de seu mandato na atuação judicial possui tipicamente obrigações tidas como contratuais.

1.3.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Diante da teoria clássica a culpa era fundamento da responsabilidade. Essa teoria era chamada de teoria da culpa ou subjetiva e tinha como pressuposto a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Chama-se então de responsabilidade subjetiva a responsabilidade quando se baseia na ideia de culpa. Assim, a responsabilidade do causador do dano só se configura se restar comprovado que ele agiu com dolo ou culpa.⁵⁷

Há, entretanto, casos em que a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano, independentemente de culpa. Essa é a responsabilidade objetiva, a

⁵⁵ NORONHA, F., 2010, p. 454/455.

⁵⁶ Ibid., p. 455.

⁵⁷ GONÇALVES, C. R., 2012a, p. 48.

qual prescinde da prova de culpa e é satisfeita apenas com o dano e o nexo de causalidade entre esse e a conduta do agente.⁵⁸

As teorias objetivistas da responsabilidade civil, como visto, surgiram a partir do século XIX e fundam-se diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.⁵⁹ Aqui a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como o “risco-proveito”, conforme o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora de forma mais genérica, como “risco-criado”, a que se condiciona todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.⁶⁰

O Código Civil brasileiro, como se percebe, adotou originalmente a teoria subjetiva, como se infere da leitura do já mencionado artigo 186 do Código Civil, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de indenizar. Esta é a regra geral da responsabilidade civil.

Todavia, lembre-se também do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que preleciona que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁶¹. Além disso, a responsabilidade objetiva é consagrada em inúmeros outros dispositivos do Código Civil, além de estar presente em diversas leis esparsas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, fica evidente que, a par da responsabilidade subjetiva, também vige no Brasil a responsabilidade objetiva. Há, portanto, uma regra dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano.⁶²

1.3.3 Responsabilidade direta e responsabilidade indireta

⁵⁸ GONÇALVES, C. R., 2012a, p. 48.

⁵⁹ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R., 2009, p. 15.

⁶⁰ GONÇALVES, C. R., op. cit., p. 49.

⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁶² GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R., loc. cit.

Maria Helena Diniz destaca ainda que a responsabilidade civil pode ser classificada em relação ao seu agente, ou seja, em relação à pessoa que pratica a ação. Nesse caso, a responsabilidade será direta se proveniente da própria pessoa imputada, respondendo o agente por ato próprio; ou indireta ou complexa, quando emana de ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal ou de coisas inanimadas sobre sua guarda.⁶³

1.4 A responsabilidade civil pela perda de uma chance

O instituto da responsabilidade civil evoluiu concomitantemente com a própria sociedade, encontrando-se em constante mutação, não apenas em suas funções, caminhando de um viés sancionatório para o atual de busca de reparação integral dos danos ou mesmo quanto à possibilidade de sua aplicação de forma punitiva como vem ocorrendo atualmente, mas também apresentando significativas mudanças no que se refere aos seus pressupostos, destacando-se não apenas as ligadas ao instituto da culpa, mas também em relação à sucessão de teorias e flexibilização do nexos de causalidade e mesmo no que tange à emergência de novos danos que passaram a ser objeto de reparação, como refere Anderson Schreiber em importante obra que busca explicar os novos paradigmas da responsabilidade civil.⁶⁴

Com o passar do tempo, passou-se a identificar um novo tipo de dano a ser reparado, o qual a partir de uma interpretação literal da legislação vigente e dos pressupostos da responsabilidade civil não seria indenizado: o dano decorrente da perda da obtenção de uma vantagem ou de evitar uma perda em razão da conduta de outrem.

E é justamente nesse ponto que emerge a importância da teoria da perda de uma chance a ensejar a reparação dessas chances perdidas. Inserida no estudo da responsabilidade civil e parte integrante dos novos paradigmas da disciplina, a aceitação da perda de uma chance como espécie de dano a ser reparável parece ser mesmo decorrente da ampliação do rol de danos ressarcíveis – a par da discussão acerca da causalidade parcial, no que se refere aos casos em que o processo aleatório chega ao fim, como se verá – terceira tendência atual da responsabilidade civil apontada por Anderson Schreiber.⁶⁵

Passa-se então ao seu estudo.

⁶³ DINIZ, M. H., 2011, p. 146.

⁶⁴ SCHREIBER, A., 2013, p. 04/07.

⁶⁵ Ibid., p. 84/86.

1.4.1 Definição e natureza jurídica da teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance objetiva a indenização da vítima que teve frustrado seu objetivo por fato de outrem, sendo o agente responsável pela efetiva chance perdida como um dano autônomo. Tal objetivo pode consistir tanto na perda da chance de outrem de obter uma vantagem, quanto de se evitar um prejuízo.

Lisiane Lazzari Pietroski começa por definir a perda de uma chance como “a supressão da oportunidade de obter uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo, já ocorrido ou porvir, que alguém sofre em virtude da ação ou omissão de outrem”.⁶⁶ A autora discorre sobre o assunto:

No momento em que alguém ocasiona a perda da chance de outrem obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo, um dano é gerado, o qual consiste na própria chance perdida. Com o passar do tempo, percebeu-se que esse dano não poderia ficar sem reparação sob pena de a vítima ter de arcar com as consequências de conduta alheia, o que é incompatível com o atual instituto da responsabilidade civil, que tem seu foco voltado para a reparação da vítima. A partir disso surgiu a teoria da perda de uma chance, a fim de embasar a responsabilidade civil nestes casos.⁶⁷

Já o autor Fernando Noronha inicia explicando que quando se fala em chance se está diante de situações nas quais estava em curso um processo que propiciaria a uma pessoa a oportunidade de vir a obter algo benéfico no futuro. Então, “quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída”.⁶⁸

O supracitado doutrinador ainda relata:

Nesses casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais irá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo, em que não houve interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente). (grifo no original)⁶⁹

A fim de exemplificar um caso de aplicação da teoria, Sérgio Savi cita o clássico exemplo do advogado que perde o prazo para interpor recurso de apelação contra sentença

⁶⁶ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 55.

⁶⁷ Ibid., 2013, p. 49.

⁶⁸ NORONHA, F., 2010, p. 695.

⁶⁹ Ibid., p. 695.

contrária aos interesses de seu constituinte. Conforme o doutrinador não seria possível a ninguém afirmar com absoluta certeza que o recurso, caso interposto, seria provido; todavia, tendo em vista o caso concreto, seria possível analisar quais eram as reais chances de provimento do recurso, tratando-se a hipótese de mera possibilidade ou de efetiva e séria probabilidade de reforma do julgado, fato esse último que propiciaria a aplicação da teoria da perda de uma chance.⁷⁰

Rafael Peteffi da Silva também menciona outros exemplos de prejuízos experimentados pela perda de uma oportunidade: o do cavalo de corrida que é impedido de correr e perde a chance de ganhar um prêmio e o da gestante que, acometida de embolia, morre logo após o parto em virtude de negligência médica.⁷¹

A respeito da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, além de haver ainda grande controvérsia entre os estudiosos, poucos são aqueles que fazem um estudo aprofundado e expõe os diversos pontos de vista. A partir disso, recorre-se à obra de Rafael Peteffi da Silva, que realizou apurada análise acerca da teoria da perda de uma chance nos ordenamentos jurídicos francês e da common law, além do direito brasileiro.

Sendo assim, como refere o autor, há basicamente duas correntes doutrinárias de natureza jurídica unitária e uma mista que tentam solucionar o impasse.

Uma das correntes unitárias acredita que a perda de uma chance consiste em um dano específico, autônomo e independente do dano final, sendo essa teoria decorrente da evolução da concepção de dano e seu alargamento conceitual a partir dos novos ditames da responsabilidade civil.

Rafael Peteffi da Silva traz como defensores dessa teoria Joseph King Jr., Georges Durry e Yves Chartier, os quais acreditavam que a aplicação do instituto constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável, “sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade”.⁷² Assim, os referidos estudiosos acreditavam que a

⁷⁰ SA VI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

⁷¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

⁷² KING JR., Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. Yale law journal, v. 90, 1981, p. 1353, apud PETEFFI DA SILVA, R., op. cit., p. 77/82.

responsabilidade pela perda de uma chance acontecerá sempre que constatado o “desaparecimento da probabilidade de um evento favorável”.⁷³

Já a segunda corrente unitária, da qual são adeptos Jacques Boré e John Makdisi, defende que os casos de perda de uma chance estão alicerçados numa ideia de causalidade parcial e nega a existência de um dano independente do resultado final, por entender que as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada.⁷⁴ Dessa forma, “ao invés de se considerar as chances perdidas como um dano autônomo, estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)”.⁷⁵

Nesse caso, a mitigação do nexo causal possibilita a indenização pela perda das chances, a qual seria concedida com base na reparação de um prejuízo parcial e relativo, uma vez que não há como imputar o dano final resultante da perda de uma chance ao agente por não restar totalmente provada a relação causal.⁷⁶

Por outro lado, há ainda a posição mista, compartilhada pela maioria dos autores franceses, como René Savatier, Jean Penneau e Geneviève Viney, segundo a qual há uma ruptura radical entre os casos de perda de uma chance na seara médica e as outras aplicações da teoria, chamadas de teoria da perda de uma chance “clássica”.⁷⁷ Os últimos integram-se na categoria de dano autônomo, ao passo que os primeiros só poderiam ser indenizados recorrendo-se à utilização da causalidade parcial.

Alega Rafael Peteffi da Silva, citando René Savatier, que o propósito dessa doutrina é estabelecer a diferença e “denunciar a confusão feita entre a reparação retrospectiva da perda de uma possibilidade pretérita e incerta de causar um dano e a reparação de uma perda para o futuro”.⁷⁸

Assim explica Lisiane Lazzari Pietroski:

Nos chamados casos “clássicos”, como no exemplo do advogado que perde o prazo para interpor um recurso, há a interrupção de um processo futuro que poderia ou não trazer uma vantagem para a vítima. Assim, o dano causado pelo advogado consiste

⁷³ CHATIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996, p. 13, apud PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 82/83.

⁷⁴ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 51.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁸ SAVATIER, René, *Un faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé*. D., 1970, p. 123, apud PETEFFI DA SILVA, R., *op. cit.*, p. 84.

na perda da chance de deixar esse processo seguir seu curso normal, o que se enquadra como um dano autônomo e passível de reparação, como foi visto. Por outro lado, nos danos de perda de chance que ocorrem na área médica (perda de chance de cura ou de sobrevivência), o resultado final já se concretizou, é conhecido. A dúvida, então, paira sobre a existência ou não de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado final. Logo, a causalidade parcial é admitida nessas ocasiões a fim de não deixar a vítima ou seus familiares totalmente desamparados.⁷⁹

Apesar de esta ser a corrente mais aceita entre os doutrinadores franceses, ela não ficou imune de críticas. Rafael Peteffi da Silva cita a crítica feita por Georges Durry, a qual levou à percepção de que há espécies de responsabilidade pela perda de uma chance que se utilizam da noção de causalidade parcial sem estar restringidas apenas aos casos de perda de uma chance na seara médica, tecendo um novo olhar sobre aquela posição da doutrina majoritária.⁸⁰

Além disso, destaca o pensamento de François Chabas que concorda com a existência da distinção entre duas modalidades da perda de uma chance: aquelas nas quais ocorre um dano autônomo e aquelas nas quais se recorre à causalidade parcial. Contudo, Chabas entende que deve haver a inclusão de alguns casos de perda de uma chance na área médica entre os casos clássicos de responsabilidade pela perda de uma chance, nas hipóteses em que o processo causal é totalmente interrompido e a vantagem esperada é inexoravelmente perdida.⁸¹ A respeito, de Rafael Peteffi da Silva:

Pode-se afirmar que François Chabas também efetua uma ruptura – não entre casos clássicos de um lado e todos os casos de perda de uma chance na área médica de outro, como queriam os partidários da corrente majoritária -, mas entre a “aplicação falsa” e a “aplicação verdadeira” da perda de uma chance na seara médica. A primeira seria observada quando fosse necessária a utilização da causalidade parcial, enquanto a segunda se constituiria em um dano específico.⁸²

Na doutrina nacional é menor ainda o número de autores que se dedicam ao estudo da natureza jurídica das chances perdidas, a maioria deles sequer mencionando o assunto, ou simplesmente adotando o entendimento alheio. Entre os que fazem alguma análise, o supracitado autor cita Fernando Noronha, aduzindo que esse se distancia da doutrina francesa majoritária, pois acredita não ser necessário o recurso ao conceito de causalidade parcial, tratando todos os casos da teoria da perda de uma chance como danos autônomos e distintos.⁸³

⁷⁹ PIETROSKI, L. L., 2013, p. 59.

⁸⁰ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 100.

⁸¹ Ibid., p. 101.

⁸² Ibid., p. 101.

⁸³ Ibid., p. 108/109.

Merece transcrição ainda o seguinte trecho da obra de Rafael Peteffi da Silva, que sintetiza sua opinião, em parte alinhada com a doutrina majoritária francesa:

Mesmo após o renovado estudo da doutrina da Common Law, entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira estaria embasada em um conceito específico e independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Imperioso ressaltar que os casos da seara médica, como enfoca François Chabas, podem ser observados nas duas categorias da teoria da perda de uma chance, não se apresentando como objeto exclusivo da segunda aplicação.⁸⁴

Por fim, em opinião inovadora, Daniel Amaral Carnaúba sustenta que a questão da colocação da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance nos moldes acima destacados, como um conceito relativo à causalidade jurídica, ou mesmo como um tipo específico de prejuízo, é revestida de bases frágeis. Entende que antes de tudo isso, a perda de uma chance é um conceito forjado pelos juízes para esclarecer as dificuldades trazidas pela intromissão da incerteza no âmbito da responsabilidade civil. “A perda de uma chance é assim um objeto concebido teleologicamente”, uma técnica, portanto.⁸⁵

Registre-se que o exame sobre a aceitação da teoria da perda de uma chance por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras será objeto de estudo específico no último capítulo, por isso, passa-se ao largo da questão nesse momento.

Dessa forma, feita essa exposição inicial acerca da teoria da perda de uma chance e expostas as principais controvérsias em relação à sua natureza jurídica, imperioso o esclarecimento acerca do surgimento e evolução dessa teoria a fim de possibilitar a sua melhor compreensão.

1.4.2 Origem e evolução da teoria da perda de uma chance

Rafael Peteffi da Silva, ao analisar a natureza jurídica da perda de uma chance, acaba por explicar também a evolução da responsabilidade civil a ponto de permitir o desenvolvimento e aplicação da teoria, a qual, como exposto, é associada por alguns autores à

⁸⁴ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 194/196.

⁸⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coord.). São Paulo: Método, 2013, p. 12.

utilização menos ortodoxa do nexos de causalidade enquanto para outros, em maior número, a teoria constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável.⁸⁶

Já Sérgio Savi, que dedicou seu trabalho ao estudo da doutrina italiana, embora mencione também acreditar que há essas duas modalidades de perda de uma chance, optou por abordar em sua obra apenas os casos “clássicos” da responsabilidade civil pela perda de uma chance, aqueles em que as chances perdidas são consideradas como um tipo de dano autônomo. Sendo assim, por ser também esse o objeto do presente trabalho, o qual tratará apenas dos casos de perda de uma chance ocasionados por advogados, trazem-se as explicações do autor acerca da origem e evolução da teoria.

Afirma o autor que durante muito tempo esse dano decorrente da perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. “Como não era possível afirmar, com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter aquela vantagem”.⁸⁷

Atribui o doutrinador ao desenvolvimento do estudo da estatística e probabilidades a possibilidade atual de se predeterminar com certa aproximação o valor desse dano, a ponto de considerá-lo como dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.⁸⁸

Acredita-se que a teoria da perda de uma chance teve origem na França, quando surgiu a expressão “*perte d’une chance*”. Registra Sérgio Savi:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar. Isso é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.⁸⁹

Assim, a partir dessa evolução hoje já se consegue vislumbrar um dano independente do resultado final.

Leciona Rafael Peteffi da Silva que é do Século XIX, mais precisamente em 17 de julho de 1889, o exemplo mais remoto encontrado na jurisprudência francesa de utilização do

⁸⁶ PETEFFI DA SILVA, R. 2009, p. 07.

⁸⁷ SAVI, S., 2012, p. 2.

⁸⁸ Ibid., p. 02/03.

⁸⁹ Ibid., p. 03.

conceito de dano pela perda de uma chance, quando a Corte de Cassação francesa conferiu indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento.⁹⁰

Já Ruy Rosado de Aguiar Jr. cita que fora apenas em 1965 que a Corte de Cassação Francesa teria se utilizado de tal conceituação em um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido um diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.⁹¹

A partir de então os julgados franceses acirraram a discussão no país e fomentaram os questionamentos acerca da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance em outros países da Europa.

Na Itália, apesar da inicial resistência ao seu acolhimento, protagonizada por Giovanni Pacchioni e Donato Busnelli, a teoria ganhou aceitação a partir das consistentes manifestações favoráveis de juristas como Adriano de Cupis, em 1966, e Maurizio Bocchiola, em 1976, além de Piero Calamandrei, a partir da proposição do uso da estatística e do estudo das probabilidades a fim de aferir os danos resultantes das chances perdidas.⁹²

Foi então em 1983 que foi julgado o primeiro caso favorável à indenização pela perda da chance pela Corte di cassazione, no qual foi conferida indenização a um grupo de trabalhadores de uma empresa denominada “Stefer”, os quais, tendo sido convocados para participar de um processo seletivo para contratação de motoristas e submetidos a diversos exames médicos, foram após impedidos de participar das provas seguintes para conclusão do processo de admissão.⁹³

Já no sistema da common law, Rafael Peteffi da Silva afirma que a primeira aparição da teoria da perda de uma chance se deu na Inglaterra, em 1911, no caso *Chaplin versus Hicks*, no qual uma das 50 finalistas de um concurso de beleza foi impedida de participar da fase final do concurso consistente na apresentação perante um júri.⁹⁴

A partir disso a jurisprudência e a doutrina passaram a desenvolver a teoria ampliando os casos de aplicação, o que motivou a fixação de limites e o estabelecimento de critérios a serem adotados para sua correta aplicação, o que será analisado a seguir.

⁹⁰ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 10/11.

⁹¹ AGUIAR, Jr., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. RT 718/27. São Paulo: Editora RT, ago 2005.

⁹² SAVI, S., 2012, p. 07/25.

⁹³ SAVI, S., op. cit., p. 25/27.

⁹⁴ PETEFFI DA SILVA, R., op. cit., p. 11.

1.4.3 Critérios para aplicação da teoria e modalidades

O maior risco na reparação civil pela perda de uma chance reside em sua fluidez. Por ser a chance um conceito etéreo, impalpável e, por esse motivo, sensível principalmente aos abusos e desnaturações impostos pela prática jurídica.⁹⁵ Assim, mostra-se necessária a imposição de limites conceituais à perda da chance, impedindo assim a sua vulgarização.

O primeiro dos critérios para a aplicação da teoria da perda de uma chance consiste na observação de que as chances perdidas sejam consideradas como sérias e reais. Aliás, Rafael Peteffi da Silva chega a afirmar que “a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada”.⁹⁶

Frise-se, entretanto, que o fato de as chances perdidas serem consideradas sérias e reais deve ser averiguado em cada caso concreto a fim de se verificar se a chance perdida era extremamente provável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. “A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir em mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estrair-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas”.⁹⁷

Segundo Fernando Noronha, para a averiguação se a oportunidade perdida era séria e real deve-se recorrer às “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”⁹⁸, conforme dispõe o artigo 335 do Código de Processo Civil.⁹⁹

No sistema norte-americano, no qual também há necessidade de que as chances se revelem como sérias e reais, há a ressalva de que, nesse sistema, apenas é aplicada a teoria da perda de uma chance quando o agente retira menos de 50% de chances da vítima auferir a vantagem esperada, uma vez que com a utilização do padrão “more likely than not”, principalmente nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance na área médica,

⁹⁵ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 181.

⁹⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 22, apud PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 138.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 77.

⁹⁸ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

⁹⁹ NORONHA, F., 2010, p. 705.

chances superiores a 50% são capazes de configurar o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final.¹⁰⁰

Por outro lado, a Corte de Cassação italiana adota entendimento diverso, perfilhado por Sérgio Savi, sustentando que o requisito de seriedade e realidade das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que a possibilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento).¹⁰¹

Este não é o entendimento de Rafael Peteffi da Silva, para o qual as chances perdidas podem ser consideradas como sérias e reais mesmo quando a vítima possua menos de 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de alcançar a vantagem esperada. Exemplifica sua posição citando o clássico julgamento do Recurso Especial n. 788.459/BA¹⁰², no qual o Superior Tribunal de Justiça indenizou os 25% (vinte e cinco por cento) de chances que a vítima possuía de acertar a última pergunta de múltipla escolha em um concurso de conhecimentos gerais promovidos por uma rede de televisão.¹⁰³

Nesta toada, emerge a importância na doutrina nacional da obra de Daniel Amaral Carnaúba, que trata da construção da técnica de reparação de chances no direito brasileiro. A respeito do tema, o autor afirma que a adoção de um critério fundado exclusivamente nas probabilidades envolvidas parece demasiado simplista. Assim leciona:

Se o objetivo é separar as chances relevantes daquelas que não o são, nenhuma cifra estabelecida a priori poderá servir de parâmetro. Isso porque o problema das chances perdidas surge nas mais variadas situações, em algumas das quais uma chance de poucas probabilidades pode representar um interesse muito relevante para a vítima. E em outras, chances muito prováveis podem não ter valor algum. Qualquer vestibulando sabe, por exemplo, que 20% de chances de passar em uma faculdade de primeira linha valem muito mais do que 80% de chances de ser aprovado em uma instituição de pouco renome. Ora, seria ilógico afirmar que este interesse é suficientemente sério, mas não aquele.

Na verdade, a seriedade de uma chance pode decorrer de diversos fatores. Entre eles, o mais importante é, sem dúvida, a probabilidade envolvida. Quanto mais prováveis forem as possibilidades de vitória, maior será a relevância da oportunidade em questão. Por outro lado, uma probabilidade diminuta de êxito dificilmente será reputada digna de reparação. Mas esse não pode ser o único elemento a ser considerado no momento da verificação do caráter sério e real da chance perdida.¹⁰⁴

Lembre-se aqui do teor do Enunciado n. 444 da 5ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual, em sua parte final, explicita que a chance reparável deve

¹⁰⁰ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 141/142.

¹⁰¹ SAVI, S., 2012, p. 31 e 65.

¹⁰² STJ, Recurso Especial n. 788459/BA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08/11/2005.

¹⁰³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 17 e 24 maio 2011. Notas de aula.

¹⁰⁴ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 183.

ser “séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”¹⁰⁵, não restringindo a aplicação da teoria a um patamar mínimo de probabilidades como parâmetro.

Assim, Daniel Amaral Carnaúba propõe a utilização de certos elementos além das meras probabilidades em jogo, o que permitiria evitar a aplicação desmedida do instituto.

Um dos elementos que acredita que deva ser ponderado é o caráter extraordinário da chance, pois, embora diminutas as probabilidades, há fortes razões para se concluir pelo caráter real e sério se a vítima gozava de uma chance rara, pouco comum. Seria o caso de um concorrente que já se encontrava nas últimas fases de um concurso ou sorteio após ter avançado nas etapas anteriores e é impedido de prosseguir no certame.¹⁰⁶

Outro elemento que salienta que deve ser considerado é a proximidade temporal entre o evento danoso e o momento em que a chance seria efetivamente usufruída. Afinal, é mais plausível que a chance perdida seja um interesse relevante para a vítima se, no momento do ato danoso que a extinguiu, ela estava gozando da oportunidade ou mesmo se essa seria usufruída em breve.¹⁰⁷

Aponta ainda um terceiro fator como determinante na avaliação da seriedade e realidade das chances perdidas. Trata-se da atitude da vítima em relação a elas, especialmente se ela estava a se preparar para desfrutar da chance, adotando medidas que permitam a sua fruição ou ampliem suas probabilidades. Assim, haveria forte indício de que a oportunidade representava também para a vítima um interesse relevante, “afastando assim as desconfianças quanto ao possível oportunismo da demanda judicial”.¹⁰⁸

Superado isso, o segundo critério a ser levado em consideração na aplicação da teoria da perda de uma chance diz respeito à regra mais importante da teoria: a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.¹⁰⁹ Isso porque a indenização “deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem”.¹¹⁰

¹⁰⁵ Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 65. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁰⁶ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 185.

¹⁰⁷ Ibid., p. 185.

¹⁰⁸ Ibid., p. 186.

¹⁰⁹ PETEFFI DA SILVA, R. 2009, p. 142/143.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 78.

Não se quer dizer com isso que a reparação seria parcial, violando o princípio de reparação integral dos danos, uma vez que também aqui a indenização é concedida de forma integral, tendo por medida a extensão dos danos, mas em relação às chances perdidas.¹¹¹

A quantificação então se dará a partir de um juízo de estimativas e probabilidades, sendo, na maioria dos casos a realização de uma singela “regra de três”, de acordo com a probabilidade em porcentagem da vantagem esperada, das chances perdidas. No entanto, não se olvide que essa tarefa nem sempre será fácil, pois há casos de quantificação muito complexa, como é o caso de um aluno que estava indo prestar vestibular mas foi atropelado no meio do caminho, perdendo a prova.¹¹²

No entanto, como adverte Ênio Santarelli Zulliani, o único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização por perda de uma chance continua sendo a prudência do juiz.¹¹³

Por fim, o último requisito para a aplicação da perda de uma chance consiste na perda definitiva da vantagem esperada. Aliás, constitui-se esse o principal ponto de diferenciação entre a perda de uma chance e a criação de riscos, como ensina Rafael Peteffi da Silva:

O ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.¹¹⁴

No que tange às modalidades da perda de uma chance, poucos são os autores que chegam a efetuar uma divisão.

Rafael Peteffi da Silva, como visto, tem como ponto principal de seu trabalho a divisão da teoria da perda de uma chance em duas categorias a partir da análise da natureza jurídica do instituto: a de um dano independente e específico e a outra que estaria embasada em um conceito de causalidade parcial em relação ao dano final, propondo assim uma ruptura, porém não mais entre os casos “clássicos” e aqueles relacionados à seara médica.¹¹⁵

¹¹¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, no Direito Francês. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, apud PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 142.

¹¹² PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 17 e 24 maio 2011. Notas de aula.

¹¹³ ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil do advogado. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 4, n. 21, jan./fev. 2003, p. 137.

¹¹⁴ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 116.

¹¹⁵ Ibid., p. 106/107.

Outro autor que propõe uma classificação das modalidades da perda de uma chance é Fernando Noronha, o qual acredita que a teoria encerra as seguintes modalidades: “frustração da chance de obter uma vantagem futura”, essa subdividida em “perda da chance de realizar um benefício em expectativa” e “perda da chance de evitar um prejuízo futuro”, e “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, sendo essa última espécie subdividida ainda em “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação”. Assim, a primeira grande modalidade abarca a chamada “teoria clássica” da perda de uma chance, enquanto a segunda difere desta por possuir características próprias.¹¹⁶

Imperioso destacar que o presente trabalho trata da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, hipóteses que se enquadram nos chamados quadros “clássicos” dessa modalidade de responsabilidade, caracterizando um dano independente e específico diverso do resultado final, sendo que a maior parte de sua aplicação se dá em casos de frustração da chance de obter uma vantagem futura.

1.4.4 Taxonomia da chance perdida

Também não se encontra livre de controvérsias o enquadramento da chance perdida em alguma categoria do ordenamento jurídico pátrio. Entre as classificações, merecem destaque a dicotomia entre lucros cessantes e danos emergentes e aquela que divide os prejuízos patrimoniais dos extrapatrimoniais ou morais.

A classificação dos danos materiais em danos emergentes e lucros cessantes já foi brevemente explorada. Lembre-se aqui do que dita o artigo 402 do Código Civil¹¹⁷, o qual determina que as perdas e danos abrangem não apenas o que o credor “efetivamente perdeu”, ou seja, os danos emergentes, bem como aquilo que “razoavelmente deixou de lucrar”, os chamados lucros cessantes.

Dessa forma, os estudiosos da perda de uma chance buscam enquadrar a chance perdida em alguma das duas hipóteses, sem, entretanto, encontrar consenso.

¹¹⁶ NORONHA, F., 2010, p. 695.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

Sergio Cavalieri Filho entende que a teoria da perda de uma chance guarda certa relação com o lucro cessante, fundamentando sua posição ao basear-se na doutrina francesa, afirmando que essa se utiliza dela nos casos em que o ato ilícito retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Certifica que a perda de uma chance caracteriza-se quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, seja ele a possibilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.¹¹⁸ De igual forma, José de Aguiar Dias trata a perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante, conforme comenta Sérgio Savi.¹¹⁹

Daniel Amaral Carnaúba, após estabelecer as premissas para a construção de uma técnica de reparação de chances, esclarece que a chance, por meio da aplicação da técnica, passa a ser considerada um “patrimônio anterior” do interessado, pelo que conclui que a chance perdida é um dano emergente.¹²⁰

Sérgio Savi também infere que a perda da chance deve consistir em nosso ordenamento jurídico como uma subespécie do dano emergente. Sustenta que a chance deve ser considerada como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão e, ao inserir a perda de uma chance no conceito de dano emergente, extingue-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que ao invés de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado, indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado.¹²¹

Sílvio de Salvo Venosa, por outro lado, filia-se à corrente que considera a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, entre o dano emergente e o lucro cessante, entendendo que o instituto não se amolda nem a um nem a outro.¹²²

Rafael Peteffi da Silva, entretanto, deixa de mencionar tal classificação, ressaltando apenas que hoje em dia há grande confusão entre perda de uma chance e lucros cessantes. Afirma que quando a chance de obter algo é extremamente alta, próxima a 100% (cem por cento), deve-se utilizar os lucros cessantes e não a perda de uma chance, uma vez que a pessoa “razoavelmente deixou de ganhar algo”.¹²³

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 77.

¹¹⁹ SAVI, S., 2012, p. 41.

¹²⁰ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 168/169.

¹²¹ SAVI, S., loc. cit.

¹²² VENOSA, S. de S., 2012, p. 37 e 304.

¹²³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 17 e 24 maio 2011. Notas de aula.

Já no que se refere ao enquadramento da perda de uma chance como um dano patrimonial ou moral não há grandes discussões doutrinárias.

A respeito da distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, pode a questão pode ser simplificada conceituando-se o dano patrimonial como aquele cuja lesão atinge um interesse pecuniário da vítima, um interesse suscetível de avaliação em dinheiro; e o dano extrapatrimonial como aquele cuja lesão se dá sobre um interesse extrapatrimonial, insuscetível de avaliação em pecúnia, constituindo, na maioria das vezes uma lesão a interesses decorrentes dos direitos da personalidade.

Partindo dessas premissas, segundo Daniel Amaral Carnaúba, há de se concluir que a chance perdida não pertence necessariamente a esta ou àquela categoria. A perda da chance representará um dano patrimonial ou moral à vítima, a depender do caráter patrimonial ou extrapatrimonial do resultado que poderia ser obtido por meio dela.¹²⁴

Nesse sentido inclusive é o enunciado n. 444 da 5ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizado em 2012. O verbete, de relatoria de Rafael Peteffi da Silva, enuncia que:

Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de uma 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 priorísticos.¹²⁵

Por fim, traz-se ainda o posicionamento de Sérgio Savi, o qual, defendendo que a perda de uma chance possui natureza de dano emergente, entende, por este motivo, que o dano a título da perda de uma chance jamais pode ser tido como exclusivamente moral, como se depreende do seguinte trecho de sua obra:

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em virtude da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente. (grifo no original)¹²⁶

¹²⁴ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 170.

¹²⁵ Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 65. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹²⁶ SAVI, S., 2012, p. 60.

Expostos os principais fundamentos acerca da teoria da perda de uma chance, sucede-se agora a análise sobre o profissional advogado e sua responsabilidade civil.

2. O ADVOGADO E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 O advogado e a advocacia: breve histórico e conceitos

Paulo Lopo Saraiva relata que antes da advocacia surgiu a figura do advogado, o qual, em passado remoto, realizava a defesa dos acusados e exercia a representação dos litigantes em juízo. Tal função “era sempre exercitada por pessoas letradas e idôneas, que ostentavam credibilidade moral e funcional perante os pretórios (tribunais)”.¹²⁷

Sílvia Vassilieff afirma que o advogado originou-se na figura do defensor, pessoa mais experiente e preparada que se coloca ao lado das partes perante uma autoridade judiciária, monárquica ou religiosa para auxiliá-las na defesa de seus direitos. No entanto, a despeito de fazerem parte da cultura jurídica desde tempos remotos, não se pode precisar a partir de que momento passaram a exercer a defesa de terceiros de forma profissional.¹²⁸

Segundo alguns historiadores, bem como na indicação de Paulo Luiz Netto Lôbo, os registros históricos mais antigos da advocacia como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses datam do terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria.¹²⁹

Comenta o autor que há quem faça alusão à Grécia, sobretudo em Atenas, como o berço da Advocacia, quando grandes oradores como Demóstenes, Péricles e Isócrates defendiam os interesses das partes e realizavam eloquentes discursos dotados de sabedoria e elegância. No entanto, aponta que essa versão histórica não confirma a existência de uma “atividade profissional permanente e reconhecida”.¹³⁰

Foi apenas em Roma que a advocacia adquiriu um caráter mais técnico-jurídico, com o Direito se apresentando mais estruturado e a técnica substituindo a eloquência.¹³¹

Ives Gandra da Silva Martins cita que fora durante o Império Romano após a experiência de contato com o pensamento filosófico grego que a honrosa profissão do

¹²⁷ SARAIVA, Paulo Lopo. O advogado não pede: advoga. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006, p. 16.

¹²⁸ VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade civil do advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4.

¹²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

¹³⁰ Ibid., p. 4.

¹³¹ MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. O advogado e a sua responsabilidade civil. In: FERRAZ, Sergio; MACHADO, Alberto de Paula (Coord.). Ética na advocacia: estudos diversos. v. 2. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 257.

advogado surgiu, no mesmo período em que o Direito se tornou um verdadeiro instrumento da realização estatal.¹³² E segue relatando:

Antes já houvera textos existindo, por exemplo, de jurídicas defesas de Demóstenes na Grécia. É, todavia, em Roma que a função nobre do profissional capaz de testar a força e a legitimidade da lei ganhou relevância e dignidade transcendental. Tão transcendental que o advogado não recebia salários, mas honorarias pelo seu serviço, delas advindo a expressão remuneratória da atualidade, qual seja a de receber o advogado honorários. (grifo no original)¹³³

Entretanto, a advocacia só foi institucionalizada como profissão pelo imperador Justino I (518-527), sendo confirmada por seu sobrinho Justiniano. Na época, além de serem reconhecidas as primeiras prerrogativas da profissão, foi criada no século VI a primeira Ordem dos Advogados da História, denominada Ordo, para fazer a distinção entre o colégio de advogados das corporações, as associações de artesãos e mercadores, cuja inscrição era obrigatória para todos os profissionais do foro.¹³⁴

Já o marco inicial da regulamentação da advocacia é apontado por muitos autores como a Ordenança francesa do Rei São Luís, no século XIII, quando teriam sido fixadas as regras para exercer a profissão.¹³⁵

No Brasil, a atividade da advocacia foi por muito tempo uma atividade com poucas exigências para o seu exercício. Até a proclamação da Independência, em 1822, vigorava a legislação portuguesa, entretanto, não era aplicável ao Brasil a exigência de graduação em Direito Civil ou Canônico na Universidade de Coimbra, de modo que qualquer indivíduo idôneo poderia ser advogado, mesmo que não fosse graduado, desde que tirasse Provisão.¹³⁶

O marco do reconhecimento da advocacia como profissão no Brasil, entretanto, deu-se apenas com a criação dos dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais em 11 de agosto de 1827, nas cidades de São Paulo e Olinda.¹³⁷

Mais tarde, no ano de 1843, a partir do desenvolvimento da comunidade jurídica, foi organizado o Instituto dos Advogados do Brasil, o qual realizava debates sobre temas

¹³² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, tomo IV: arts. 127 a 135. v. 4. 2. ed. Saraiva, 2000, p. 243.

¹³³ Ibid., p. 244.

¹³⁴ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 258.

¹³⁵ Ibid., p. 259.

¹³⁶ Ibid., p. 260.

¹³⁷ PASOLD, Cesar Luiz. O advogado e a advocacia. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001, p. 32.

pertinentes ao direito da época, como o Código do Processo Criminal, em 1844; a liberdade profissional, em 1894; e o regime da escravidão, em 1845 e 1887.¹³⁸

A Ordem dos Advogados do Brasil tal quais os moldes atuais, somente foi criada em 18 de novembro de 1930, por meio do Decreto n. 19.408, cujo artigo 17 assim estabelecia:

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão [sic] de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pêlos [sic] estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, aprovados pelo Governo.¹³⁹

A partir da criação da Ordem dos Advogados do Brasil que se iniciou no país a regulamentação profissional da advocacia, exigindo a formação universitária, salvo nas regiões onde ainda era necessária a figura do rábula ou supervisionado, profissionais que advogavam sem precisar possuir um diploma de Direito. No entanto, até o surgimento do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8.906/94, os dois primeiros Estatutos da Advocacia (Dec. n. 20.784, de 14/12/1931, e Lei n. 4.215, de 27/04/1963) voltavam-se exclusivamente para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma.¹⁴⁰

Atualmente, o advogado não está mais limitado à função de profissional liberal ou autônomo e exatamente por essa razão que após a Constituição da República Federativa do Brasil elevar o advogado à condição de indispensável à administração da justiça que foram traçados os rumos para a edição do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil em 1994.¹⁴¹

Paulo Luiz Netto Lôbo fazendo uma reflexão sobre o tema afirma que:

A advocacia passou a ser entendida como exercício profissional de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e como atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Também disciplinou o sentido e alcance de sua indispensabilidade na administração da justiça, prevista no art. 133 da Constituição Federal; a inserção da advocacia pública; a tutela legal mínima de um protagonista esquecido – o advogado empregado.¹⁴²

¹³⁸ DONI JÚNIOR, Geraldo. Responsabilidade civil do advogado & a ética no exercício da profissão. Curitiba: Juruá, 2004, p. 44.

¹³⁹ BRASIL. Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

¹⁴⁰ LÔBO, P. L. N., 2002, p. 08.

¹⁴¹ ROSSI, Júlio César. Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados. São Paulo: Atlas, 2007, p. 78.

¹⁴² LÔBO, P. L. N., op. cit., p. 8.

Na verdade, o que se verificou foi uma “total e completa evolução na atividade profissional do advogado, a qual passou a ser organizada, regulamentada e fiscalizada em razão do avanço e importância da profissão que a história impulsionou”.¹⁴³

Passa-se então a uma conceituação do vocábulo advogado.

O vocábulo “advogado”, conforme indicam Michel Bréal e Anatole Bailly, citados por Sílvia Vassilieff, provem do termo latino *advocatus*, que se compõe de *ad*, “para junto de” e *vequere*, *vocare*, verbo “chamar”, significando, pois, aquele que é chamado para auxiliar.¹⁴⁴

Na visão de Astolpho de Rezende:

[...] o advogado não é um mero postulante; pleiteando, ele não faz simplesmente a defesa de um indivíduo; exerce, na realidade, uma missão mais alta: esclarece o debate e prepara a decisão. É um defensor e formador do direito. O exercício da Advocacia é eminentemente útil à ordem da sociedade, porque influi poderosamente sobre a distribuição da justiça.¹⁴⁵

A presença necessária, obrigatória e imprescindível do advogado na prestação e provimento de decisões pelo Poder Judiciário é destacada por Sílvia Vassilieff como decorrente de sua indispensável contribuição ao convencimento do julgador, por meio de suas postulações, produção de provas e esclarecimentos nos debates.¹⁴⁶ A autora afirma ainda que:

O advogado é uma das principais pilstras de sustentação do Estado Democrático de Direito. Defensor da ordem jurídica em vigor, vigilante e pronto a denunciar os abusos e violações aos bens juridicamente e moralmente protegidos. É o guardião da liberdade, da equidade e da justiça.¹⁴⁷

No Brasil, a atividade profissional da advocacia é atualmente regulada pelo Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – Lei n. 8.906/1994, bem como pelo Código de Ética e Disciplina.

Conforme artigo 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB, a denominação de advogado e o exercício da atividade da advocacia são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Os requisitos para a inscrição no quadro de advogados da instituição também estão elencados no referido Estatuto, sendo eles: capacidade civil; diploma ou certidão de graduação em direito obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; aprovação em Exame de Ordem;

¹⁴³ ROSSI, J. C., 2007, p. 79.

¹⁴⁴ BRÉAL, Michel; BAILLY, Anatole. *Dictionnaire étymologique Latin*. Paris: Hachette, 1934, p. 448, apud VASSILIEFF, S., 2006, p. 03.

¹⁴⁵ REZENDE, Astolpho. A função social do advogado. *Revista de Jurisprudência Brasileira*. Rio de Janeiro: Marcello e Cia., 1939, v. 42, p. 239, apud RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudências selecionadas*. Florianópolis, OAB/SC Editora, 2003, p. 35.

¹⁴⁶ VASSILIEFF, S., 2006, p. 34.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 34/35.

não exercer atividade incompatível com a advocacia; idoneidade moral; prestar compromisso perante o conselho.¹⁴⁸ São advogados, pois, apenas os bacharéis em direito inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil após aprovação em Exame de Ordem e cumprimento dos demais requisitos.

O mesmo diploma normativo destaca que são atividades privativas da advocacia em território brasileiro a postulação em juízo em qualquer de suas formas e as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Há claro, exceções, casos em que a parte pode postular sem a assistência de um advogado, como a impetração do habeas corpus (Estatuto da Advocacia, artigo 1º)¹⁴⁹, nas Justiças do Trabalho (artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho)¹⁵⁰, nos Juizados Especiais Cíveis nas causas inferiores a vinte salários mínimos (artigo 9º da Lei n. 9.099/1995)¹⁵¹ e nos pedidos de concessão de medidas protetivas de urgência pelas mulheres que se alegam vítimas de violência doméstica e familiar (artigo 19, caput e parágrafo 1º, e artigo 27, ambos da Lei n. 11.340/2006)¹⁵².

Da análise dos textos legais aplicáveis ao advogado é possível extrair ainda as já referidas características essenciais da Advocacia: indispensabilidade, inviolabilidade, independência e sua função social.¹⁵³

A Carta Magna estabelece em seu artigo 133 que o “advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.¹⁵⁴

Neste diapasão, o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 2º complementa afirmando que “o advogado, indispensável à administração da justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da justiça e

¹⁴⁸ BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹⁵¹ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹⁵² BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹⁵³ ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antônio. Ética profissional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”.¹⁵⁵

Com efeito, é o advogado quem cuida dos interesses da parte, deduzindo os argumentos favoráveis ao seu cliente e zelando pela regularidade do processo.¹⁵⁶ Nesse sentido, o Estatuto afirma no parágrafo segundo de seu artigo 2º que “no processo judicial, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público”.¹⁵⁷

Sem dúvidas, a advocacia é uma atividade *sui generis*, um misto de atividade privada com interesse eminentemente público com regulamentação e disciplina próprias. A um só tempo o advogado encontra-se ligado ao cliente de forma contratual e a um número infinitamente maior de preceitos legais e éticos que devem orientar sua conduta, uma vez que o desempenho da advocacia deve estar comprometido, acima de tudo, com a justiça.¹⁵⁸

Dessa forma, percebe-se a importância deste profissional, chegando Ives Gandra da Silva Martins a afirmar que é o advogado o mais relevante dos profissionais sociais, porque a ele cabe a função mais transcendente no organismo social, ou seja, a de defesa e interpretação da sua própria estrutura primeira, que é o sistema jurídico.¹⁵⁹

E é em razão deste relevante papel que, de um lado eleva-se a atividade do advogado à condição de indispensabilidade na administração da justiça e, de outro, impõe-se uma série de deveres éticos, técnicos e morais¹⁶⁰, motivo pelo qual se segue a explanação acerca dos direitos e deveres do advogado para após passar-se à responsabilidade civil deste profissional.

2.2 Deveres e direitos do advogado

Conforme já pontuado, o advogado ao exercer sua profissão deve se submeter a uma série de deveres profissionais, os quais, uma vez descumpridos e causando dano a outrem, podem gerar sua responsabilização civil.

¹⁵⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹⁵⁶ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 262.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

¹⁵⁸ MARTINS, J. P. N. dos P., op. cit., p. 264.

¹⁵⁹ MARTINS, I. G. da S., 2000, p. 246.

¹⁶⁰ ROSSI, J. C., 2007, p. 82.

Dentre as mencionadas normas que regem o exercício da Advocacia no Brasil, é possível extrair os deveres do advogado.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil logo em seu início estabelece regras deontológicas fundamentais para o exercício da Advocacia. O artigo 2º, parágrafo único, assim preceitua:

Art. 2º [...] Parágrafo único. São deveres do advogado:

- I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;
- II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
- III – velar por sua reputação pessoal e profissional;
- IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;
- V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;
- VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
- VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;
- VIII – abster-se de:
 - a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
 - b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
 - c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
 - d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;
 - e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.
- IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.¹⁶¹

A respeito, Cesar Luiz Passold afirma que o fato de o advogado ter sido elevado constitucionalmente à condição de indispensável à Administração da Justiça, valorizando sua condição profissional, trouxe, paralelamente, o aumento de suas responsabilidades. Relaciona o autor que “a partir de tal natureza especial, o advogado tem maiores e mais sérios compromissos, tanto os relativos à qualidade técnica de seu trabalho, quanto, e, principalmente, no que concerne à sua conduta ética”.¹⁶²

João Paulo Nery dos Passos Martins faz uma importante classificação, na qual identifica quatro deveres básicos a serem seguidos pelo advogado: os deveres de diligência, prudência, conselho e informação.¹⁶³

¹⁶¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/legislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2014.

¹⁶² PASOLD, C. L., 2001, p. 69.

¹⁶³ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 293.

No que se refere ao dever de diligência, este pode ser entendido como “o dever de utilizar-se o advogado dos mecanismos adequados, bem como de realizar todas as providências necessárias ao sucesso da lide por ele patrocinada”.¹⁶⁴

É justamente na quebra desse dever de diligência que residem as maiores causas de responsabilização de advogados, caracterizada por uma conduta negligente, desidiosa do advogado, na maioria dos casos uma omissão, como no caso do advogado que perde o prazo para a prática de um ato ou para interposição de um recurso.¹⁶⁵

Já o dever de prudência implica no “dever genérico de seguir as instruções que lhe foram transmitidas por seu constituinte, não as podendo jamais descumprir por motivo pessoal, vindo a causar prejuízo ao mesmo”.¹⁶⁶ Isso porque, embora o advogado seja responsável pela condução técnica do processo, está restrito aos poderes a ele conferidos através do instrumento de mandato, não podendo excedê-los nem mesmo utilizá-los em prejuízo do seu cliente.¹⁶⁷

O dever de conselho, por sua vez, diz respeito à função que o advogado tem de aconselhar o seu cliente, seja simultaneamente ao desempenho do mandato, seja na forma de parecer ou consulta.¹⁶⁸

Por fim, o dever de informação, pelo qual o “advogado deve manter um canal de informações constantemente aberto com seu constituinte, esclarecendo-lhe, em linguagem compreensível, sobre o andamento do processo, suas chances, riscos e viabilidade de cada medida por ele tomada”.¹⁶⁹

A par dos deveres, a fim de viabilizar a atuação do advogado em sua função social e múnus público que exerce, também são conferidos a este profissional certos direitos com o fim último de dar perfeitas condições a seu exercício profissional e atender à realização da justiça.

¹⁶⁴ MARTINS, Flávio Alves. As responsabilidades do advogado. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. Nova Série. v. 1. n. 1. 1. dez. 1996, p. 111/125, apud MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 293/294.

¹⁶⁵ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 293/294.

¹⁶⁶ MARTINS, Flávio Alves. As responsabilidades do advogado. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. Nova Série. v. 1. n. 1. 1. dez. 1996, p. 88, apud MARTINS, J. P. N. dos P., op. cit., p. 296.

¹⁶⁷ MARTINS, J. P. N. dos P., op. cit., p. 296.

¹⁶⁸ Ibid., p. 298.

¹⁶⁹ MARTINS, Flávio Alves. As responsabilidades do advogado. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes. Nova Série. v. 1. n. 1. 1. dez. 1996, p. 119, apud MARTINS, J. P. N. dos P., op. cit., p. 299.

Tais direitos foram expressos no Estatuto da Advocacia¹⁷⁰ a partir do artigo 6º, o qual traz especificamente a independência funcional e a ausência de hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratarem-se com consideração respeito recíprocos.

Mas é o artigo 7º do Estatuto¹⁷¹ que prescreve um rol de direitos conferidos aos advogados, dentre os quais se destacam: o exercício da profissão com liberdade em todo o território nacional; a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, e de toda sua correspondência relacionada ao exercício da advocacia; direito de examinar autos, mesmo sem procuração, desde que não sujeitos a sigilo; direito de recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou mesmo sobre fato relacionado com pessoa de que seja ou foi advogado, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; entre outros.

Expostas as características gerais do advogado e da advocacia, bem como os direitos e deveres deste profissional no exercício de sua profissão, segue a explanação acerca de sua responsabilidade civil.

2.3 Responsabilidade civil do advogado

2.3.1 Natureza jurídica

Difícil é a tarefa de se estabelecer a natureza jurídica da advocacia e da responsabilidade civil do advogado, principalmente tendo em vista o caráter *sui generis* da prestação desse tipo de serviço, bem como diante do fato de que a legislação brasileira não trata diretamente da responsabilidade civil profissional do advogado.

O primeiro ponto a ser esclarecido diz respeito à natureza da prestação dos serviços advocatícios. A doutrina brasileira, de modo geral, tem se dividido em tratar a prestação advocatícia como típico exemplo de mandato, ou de prestação de serviços, ou mesmo de realização de obra.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

¹⁷¹ *Ibidem*.

No entanto, Félix Alberto Trigo Represas, citado por Sílvia Vassilieff, ensina que a moderna doutrina, com premissas bastante coerentes, fixa que a prestação de serviços profissionais pode assumir em determinadas situações o caráter de qualquer uma das três formas mencionadas, tudo de acordo com as circunstâncias de cada caso, motivo pelo qual alguns doutrinadores sustentam que se estaria diante de um contrato multiforme ou variável.¹⁷²

Portanto, para a autora, em síntese, a natureza jurídica da relação do profissional com o cliente depende da espécie de prestação e das circunstâncias estabelecidas, ora com prevalência das características de determinadas espécies de contratos nominados, ora com características que impedem a classificação da relação entre advogado e cliente como contrato nominado. Sendo assim, fica claro que a natureza jurídica da prestação advocatícia é de relação contratual, ora nominada, ora inominada.¹⁷³

Já no tocante à responsabilidade civil do advogado, a mesma doutrinadora afirma que esta segue a estrutura habitual da responsabilidade civil, dividindo-se em extracontratual e contratual.¹⁷⁴

Entretanto, é importante destacar que a autora se refere à responsabilidade extracontratual apenas quando se está diante de um dano causado pelo advogado à parte contrária ou a terceiros alheios à relação jurídica contratual, além de outras excepcionais hipóteses. Tal pressuposto fica evidente ao citar Félix Alberto Trigo Represas que instrui que “no caso de o advogado, ao agir com dolo e culpa, causar dano a seus clientes, estaremos diante de uma responsabilidade contratual, ao passo que estaremos diante de uma responsabilidade extracontratual caso cause dano à parte contrária ou terceiros alheios à relação contratual”.¹⁷⁵

A respeito, importante destacar a lição de Sergio Cavaliere Filho de que a responsabilidade civil do advogado deve ser examinada em um duplo aspecto: em relação ao cliente e em relação a terceiros. No primeiro caso, a responsabilidade é contratual, salvo quando atua com vínculo empregatício (advogado de empresa), ou como defensor público e procurador de entidades públicas (Estado, Município, autarquia, Advogado da União, etc),

¹⁷² REPRESAS, Félix Alberto Trigo. Responsabilidad civil del abogado. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 110 e 113, apud VASSILIEFF, S., 2006, p. 39.

¹⁷³ VASSILIEFF, S., 2006, p. 39/40.

¹⁷⁴ VASSILIEFF, S., op. cit., p. 74.

¹⁷⁵ REPRESAS, Félix Alberto Trigo. Responsabilidad civil del abogado. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 110 e 113, apud VASSILIEFF, S., op. cit., p. 77.

casos em que quem responderá pelos danos causados será a pessoa jurídica de Direito Público ou Privado em nome da qual atua. Já no segundo caso, a responsabilidade será extracontratual.¹⁷⁶

Objeto do presente estudo, entretanto, é a relação do advogado para com o seu cliente, a qual, para a grande maioria da doutrina brasileira se dá na forma contratual, em virtude do vínculo jurídico existente entre as partes derivar de um contrato de prestação de serviços advocatícios, seja ele considerado de natureza jurídica de mandato, prestação de serviços, ou realização de obra, como visto anteriormente.

É o caso de José de Aguiar Dias, que assegura que “o advogado responde contratualmente perante seus clientes”, salvo no caso de assistência judiciária, sendo tal responsabilidade decorrente do contrato de mandato existente entre as partes.¹⁷⁷

No mesmo sentido, defendendo a responsabilidade contratual do advogado nas relações com seus clientes: Caio Mário da Silva Pereira¹⁷⁸, Geraldo Doni Júnior¹⁷⁹, Sérgio Novais Dias¹⁸⁰, Júlio César Rossi¹⁸¹, Maria Helena Diniz¹⁸², Arnaldo Rizzardo¹⁸³, Carlos Roberto Gonçalves¹⁸⁴, Sílvio de Salvo Venosa¹⁸⁵, entre muitos outros.

Registre-se, outrossim, a lição de João Paulo Nery dos Passos Martins de que, embora a advocacia seja um múnus público, a responsabilidade civil do advogado em relação ao cliente é, na maioria dos casos, de natureza contratual, como defende a maior parte da doutrina, contudo, não se pode esquecer que ela poderá adquirir caráter extracontratual, dependendo da situação concreta.¹⁸⁶

2.3.2 Obrigação de meio e de resultado

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 407/409.

¹⁷⁷ DIAS, J. de A., 2006, p. 410.

¹⁷⁸ PEREIRA, C. M. da S., 2001, pág. 291.

¹⁷⁹ DONI JÚNIOR, G., 2004, p. 51.

¹⁸⁰ DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999, p. 30.

¹⁸¹ ROSSI, J. C., 2007, p. 83.

¹⁸² DINIZ, M. H., 2011, p. 312.

¹⁸³ RIZZARDO, A., 2013, p. 341.

¹⁸⁴ GONÇALVES, C. R., 2012b, p. 355.

¹⁸⁵ VENOSA, S. de S., 2012, p. 270.

¹⁸⁶ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 271.

Considerando que a maioria da doutrina defende a natureza jurídica contratual da responsabilidade civil do advogado em relação ao seu cliente que a autora Maria Helena Diniz assevera que as noções de obrigação de meio e de resultado são aplicáveis, já que partem de um contrato.¹⁸⁷

A obrigação de meio, conforme Carlos Roberto Gonçalves, ocorre quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, todavia, responsabilizar-se por ele.¹⁸⁸

Afirma ainda Maria Helena Diniz que a obrigação de meio não consiste em um resultado certo e determinado a ser alcançado pelo obrigado, mas apenas em uma atividade prudente e diligente em benefício do credor.¹⁸⁹

Dessa forma, em caso de inexecução da obrigação, imprescindível é a análise do comportamento do devedor. Carlos Alberto Bittar, citado por Carlos Roberto Gonçalves, revela que só será possível a responsabilização do profissional caso seja demonstrada a sua negligência ou imprudência na utilização desses meios.¹⁹⁰ Ou, de acordo com Sílvia Vassilieff, que defende a inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor, caberá ao advogado provar que agiu diligentemente.¹⁹¹

Sob outro ângulo, a obrigação de resultado, consoante lição de Maria Helena Diniz, é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o qual se terá por ocorrido o inadimplemento da relação obrigacional, só se isentando o credor da responsabilidade se comprovar que não agiu culposamente.¹⁹² Ou, como leciona Carlos Alberto Bittar, citado por Carlos Roberto Gonçalves, se houver prova de algum fato inevitável, capaz de romper o nexo de causalidade, como a culpa exclusiva da vítima.¹⁹³

No que se refere aos advogados, José de Aguiar Dias defende a responsabilidade do advogado como obrigação de meio. O doutrinador já há muito asseverou:

É preciso recordar que o contrato advocatício não impõe ao advogado a obrigação de sair vitorioso na causa, porque **lites habent sua sidera**. Neste particular, ele assume, semelhantemente ao médico, uma obrigação de meios e não uma obrigação de

¹⁸⁷ DINIZ, M. H., 2011, p. 309.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190.

¹⁸⁹ DINIZ, M. H., loc. cit.

¹⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 84/85, apud GONÇALVES, C. R., op. cit., p. 191.

¹⁹¹ VASSILIEFF, S., 2006, p. 82.

¹⁹² DINIZ, M. H., op. cit., p. 310/311.

¹⁹³ BITTAR, Carlos Alberto. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 84/85, apud GONÇALVES, C. R., op. cit., p. 191.

resultado. O que lhe cumpre é representar bem o cliente em juízo, defendendo pelo melhor forma possível os interesses que lhe confiou. (grifo no original)¹⁹⁴

No mesmo sentido se posiciona Sérgio Cavaliéri Filho. Afirma o autor que isso dá porque não é o advogado obrigado a aceitar o patrocínio de uma causa. Entretanto, caso firme contrato com o cliente, assume obrigação de meio, e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la, nem a absolver o acusado. A obrigação é de defendê-lo com o máximo de atenção, diligência e técnica, sem qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa.¹⁹⁵

Por outro lado, há autores que sustentam que nem sempre a obrigação do advogado se enquadra como obrigação de meio, havendo hipóteses em que se trataria de obrigação de resultado. Nesse sentido se manifesta Sílvia de Salvo Venosa ao argumentar que existem áreas de atuação dessa profissão que, em princípio, são caracterizadas como obrigação de resultado, como na elaboração de um contrato ou de uma escritura, em que o advogado se compromete a ultimar o resultado. Todavia, não deixa de ressaltar que “a matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar”.¹⁹⁶

No mesmo sentido é a lição da doutrinadora Sílvia Vassilieff que traz como exemplos de obrigações de meio do advogado principalmente as que ocorrem na atuação contenciosa, como o não ajuizamento da demanda dentro do prazo prescricional ou decadencial e a não observância dos prazos processuais. Já em relação às obrigações de resultado, destaca as hipóteses de atuação consultiva do advogado.¹⁹⁷

Sobre os casos em que o advogado assume obrigação de meio acrescenta a doutrinadora que o advogado, mesmo dominando as ciências jurídicas, as técnicas de linguagem e processuais, terá sua lide submetida a um juiz, podendo esta vir a ser denegatória das pretensões do cliente, assim, não há como se comprometer por um resultado que não dependa somente de seu empenho e perícia pessoal.¹⁹⁸

Diante de todo o exposto, todavia, não se pode deixar de anotar que essa clássica distinção entre obrigações de meio e de resultado vem sofrendo fortes críticas por parte da

¹⁹⁴ DIAS, J. de A., 2006, p. 411-412.

¹⁹⁵ CAVALIERI FILHO, S., 2010, p. 407.

¹⁹⁶ VENOSA, S. de S., 2012, p. 270.

¹⁹⁷ VASSILIEFF, S., 2006, p. 80/89.

¹⁹⁸ Ibid., p. 81.

doutrina nacional e estrangeira, principalmente por autores que veem nesta classificação um empecilho à reparação do dano sofrido pela vítima na condição de consumidor.¹⁹⁹

Paulo Luiz Netto Lôbo é um que faz duras críticas a essa dicotomia, afirmando resolutamente que ela não se sustenta, uma vez que é da natureza de qualquer obrigação negocial a finalidade, que nada mais é que o resultado pretendido. Afirma o autor que:

[...] Quem procura um advogado não quer a excelência dos meios por ele empregados, quer o resultado, no grau mais elevado de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado pretendido, no senso comum do cliente. Todavia, não se pode confundir o resultado provável, com o resultado necessariamente favorável. Assim, além da diligência normal com que se houve na prestação de seu serviço, cabe ao advogado provar que se empenhou na obtenção do resultado provável, objeto do contrato que celebrou com o cliente.

O cliente que demanda o serviço do advogado para redação de algum ato jurídico (parecer, contrato, estatuto de sociedade etc.) tem por finalidade evitar que algum problema futuro venha a lhe causar prejuízo. Tem-se assim obrigação de meios como de resultado, o que torna inviável a dicotomia. Quando o cliente procura o advogado para ajuizar ação, não pretende apenas o patrocínio mais diligente, mas a maior probabilidade de resultado favorável. Em qualquer dessas situações, cabe ao advogado provar que não agiu com imprudência, imperícia, negligência ou dolo, nos meios empregados e no resultado quando de seu serviço profissional resultar dano.

Dessarte, é irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional.

A exigência à vítima de provar que a obrigação foi de resultado, em hipóteses estreitas, constitui o que a doutrina denomina prova diabólica. A sobrevivência dessa dicotomia, por outro lado, é flagrantemente incompatível com o princípio constitucional de qualquer atividade econômica, em que se insere a prestação de serviços dos profissionais liberais.

Somente é possível harmonizar a natureza de responsabilidade subjetiva ou culposa do profissional liberal, que o próprio Código de Defesa do Consumidor consagrou, com o princípio constitucional de defesa do consumidor, se houver aplicação de dois princípios de regência dessas situações, a saber, a presunção de culpa e a consequente inversão do ônus da prova. Ao advogado e ao profissional liberal qualquer, e não ao cliente, impõe-se o ônus de provar que não agiu com dolo ou culpa, na realização do serviço que prestou, exonerando-se da responsabilidade pelo dano.(grifo no original)²⁰⁰

Ainda assim, o fato é que a partir do exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a mais alta corte no que se refere às matérias infraconstitucionais, percebe-se que atualmente continua sendo adotada a segmentação entre obrigações de meio e de resultado, como se verá no último capítulo desse trabalho.

Tal classificação ganha importância em relação à distribuição do ônus da prova, a qual será analisada com maior profundidade adiante.

¹⁹⁹ MARTINS, J. P. N dos P., 2004, p. 274.

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. Revista do consumidor, São Paulo, n. 34, p. 132/133, abr./jun. 2000, apud ROSSI, J. C., 2007, p. 105-106.

Por fim, por versar este trabalho sobre a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance em sua atuação judicial, mister destacar que se tratará apenas das obrigações do advogado como de meio e não de resultado.

2.3.3 A sistematização da responsabilidade civil do advogado

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil estabeleceu em seu artigo 32 que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Além disso, impôs, no artigo 33, a observância obrigatória aos preceitos estabelecidos no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em especial aos deveres lá elencados; e no artigo 34 trouxe o rol dos atos que constituem infrações disciplinares, com alguns casos que também podem resultar responsabilidade profissional.²⁰¹

No Código Civil encontra-se a regra geral da responsabilidade contratual, insculpida no artigo 389, que dita que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Além disso, há a regra geral prevista no artigo 186, complementado pelo artigo 927, que estabelecem como elemento primário para o dever de indenizar a verificação da culpa, já mencionados anteriormente.²⁰²

Ademias, há autores como Sílvia Vassilieff²⁰³ e Júlio César Rossi²⁰⁴ que afirmam que, a despeito de não haver o Código Civil destacado a responsabilidade do advogado, aplicam-se a este profissional as disposições relativas ao mandatário, ou mesmo aquelas relativas ao instituto da prestação de serviços.

Por fim, por admitir que o advogado é um prestador de serviços, há quem admita que se aplique também aos advogados as disposições do Código de Defesa do Consumidor, em especial por conta do artigo 14, parágrafo 4º, que trata da responsabilidade do profissional

²⁰¹ BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 30 maio 2014

²⁰² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

²⁰³ VASSILIEFF, S., 2006, p. 40/41.

²⁰⁴ ROSSI, J. C., 2007, p. 82/85.

liberal limitando-o à sua atuação culposa, ou seja, na forma subjetiva.²⁰⁵ Assim defendem Sílvia Vassilieff²⁰⁶, Paulo Luiz Netto Lôbo²⁰⁷, Júlio César Rossi²⁰⁸, Sérgio Novais Dias²⁰⁹, Arnaldo Rizzardo²¹⁰, Maria Helena Diniz²¹¹, Carlos Roberto Gonçalves²¹², Sergio Cavaliere Filho²¹³, entre outros.

Entretanto, as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais entre clientes e advogados, uma vez que a profissão possui regulamentação própria dada pela Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), o qual também consagrou a forma subjetiva de responsabilidade, como visto. Acerca do assunto, relevante trazer à baila um recente julgado da referida Corte, que restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. NEGATIVA DE QUE FORA EFETIVAMENTE CONTRATADO PELO CLIENTE. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

2.- A convicção a que chegou o Tribunal de origem quanto ao nexo de causalidade entre a conduta do advogado que negou que fora contratado e recebera procuração do cliente para a propositura de ação de cobrança e os danos morais suportados por esse decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula 7 desta Corte.

3.- Sendo a ação de indenização fundada no direito comum, regular a aplicação do art. 177 do Código Civil, incidindo a prescrição vintenária, pois o dano moral, na presente hipótese, tem caráter de indenização, de reparação de danos e pela regra de transição (art. 2.028 do Novo Código Civil) há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, previsto no art. 206, § 3º, IV do mesmo diploma legal.

4.- Recurso Especial improvido. (grifo nosso)²¹⁴

Sucedese então uma explanação acerca dos pressupostos específicos para a responsabilidade civil do advogado.

²⁰⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

²⁰⁶ VASSILIEFF, S., op. cit., p. 42/44.

²⁰⁷ LÔBO, P. L. N., 2002, p. 135.

²⁰⁸ ROSSI, J. C., 2007, p. 82/85.

²⁰⁹ DIAS, S. N., 1999, p. 30.

²¹⁰ RIZZARDO, A., 2013, p. 341.

²¹¹ DINIZ, M. H., 2011, p. 313.

²¹² GONÇALVES, C. R., 2012b, p. 357.

²¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 315.

²¹⁴ STJ, Recurso Especial n. 1228104/PR, relator Ministro Sidnei Benediti, Terceira Turma, julgado em 15/03/2012.

2.3.4 Pressupostos da responsabilidade civil do advogado

Tomando por referência os elementos da responsabilidade civil já expostos, para que se configure a responsabilidade civil do advogado há a necessidade de comprovação de seus pressupostos: conduta culposa do advogado, o dano causado a outrem e o nexo de causalidade entre a conduta do advogado e o dano.

Como visto no tópico anterior, referente à sistematização da legislação aplicável à responsabilidade civil do advogado, seja pela aplicação dos mencionados artigos do Código Civil, seja pelo emprego do artigo 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, ou mesmo pela admissão da incidência do Código de Defesa do Consumidor e de seu artigo 14, parágrafo 4º, o fato é que a comprovação da culpa do advogado continua a ser pressuposto para sua responsabilização civil.

Em relação à culpa, valioso é o ensinamento de José de Aguiar Dias que aponta que “na apreciação da responsabilidade do advogado, a orientação dos tribunais é no sentido de reconhecê-las mesmo em face de culpa leve”.²¹⁵

No que se refere aos erros indenizáveis, costuma a doutrina dividi-los em erro de fato e de direito. Em relação aos erros de fato, esses serão sempre indenizáveis, o que não se escusa demonstrando que o erro não é grave. Já quanto aos erros de direito, é da opinião de José de Aguiar Dias e de grande parte da doutrina que apenas os erros graves, como o desconhecimento de texto expresso de lei de aplicação frequente ou cabível no caso ou mesmo a interpretação extremamente absurda que poderiam autorizar indenização pelo advogado.²¹⁶

A respeito, Sílvia Vassilieff sustenta:

De fato, é importante distinguir se o advogado, no exercício profissional, trabalha com matéria que admite várias posições jurídicas, ainda que minoritárias, mas plausíveis, ou se lida com matéria pacificada pela doutrina e jurisprudência, o que não possibilita outro entendimento razoável. Na hipótese de o advogado opinar sobre matéria cuja doutrina ou jurisprudência não é pacífica, não pode ser considerado culpado, pois quem se move no campo científico não incide em culpa, salvo quando se afasta da plausibilidade e adota posição manifestamente divergente da boa razão. Contudo, na segunda hipótese, divergindo o advogado sobre matéria pacífica, incide em culpa profissional, pela não-observância da obrigação de

²¹⁵ DIAS, J. de A., 2006, p. 424.

²¹⁶ DIAS, J. de A., loc. cit.

conhecer profundamente o objeto da matéria com que trabalha ou, ainda, pela desídia ou negligência em adotar posicionamento juridicamente insustentável.²¹⁷

No tocante ao dano, valem as considerações já feitas no capítulo anterior, sendo imprescindível a existência de um dano para que o advogado seja responsabilizado, ainda que esse seja apenas um dano moral.

O nexo causal entre a conduta culposa do advogado e o dano sofrido pela vítima é o último dos elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil do advogado. Sobre isso, a doutrina costuma afirmar que se a conduta do advogado, mesmo sendo culposa, não for a causa determinante para a ocorrência do dano, descartada estará a responsabilidade do advogado.²¹⁸

Por fim, imperioso fazer uma análise acerca do ônus da prova.

Como visto, a responsabilidade civil do advogado é subjetiva e, em sua atuação judicial, embora contratual, uma obrigação de meio. Assim, o ônus da prova, inclusive da culpa, caberia à vítima, conforme o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil²¹⁹, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.²²⁰

Por outro lado, admitindo-se que o advogado possa assumir obrigação de resultado, nesse caso o autor não precisaria demonstrar a culpa do seu advogado, esta estaria presumida, bastando demonstrar a existência da obrigação negocial e seu descumprimento. Assim, caberia ao advogado comprovar que não agiu com culpa caso queira se eximir do dever de indenizar.²²¹

Entretanto, como visto, alguns doutrinadores entendem que devem ser aplicadas ao advogado, como profissional liberal e prestador de serviços, as disposições do Código de Defesa do Consumidor. A partir disso, fica a questão se seria possível a aplicação da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código a favor do consumidor/cliente.

O supracitado artigo estabelece como direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo

²¹⁷ VASSILIEF, S., 2006, p. 78.

²¹⁸ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 291.

²¹⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

²²⁰ MARTINS, J. P. N. dos P., op. cit., p. 284.

²²¹ Ibid., p. 284.

civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.²²²

Deve ser esclarecido, entretanto, como preceitua Sílvia Vassilieff, que a inversão do ônus da prova seria aplicável apenas em relação à prova da culpa, sendo a prova do prejuízo ou dano e do nexo de causalidade sempre ônus da vítima.²²³

A respeito do assunto, a doutrina possui os mais variados posicionamentos. Parte da doutrina reserva a inversão do ônus probatório apenas para os casos de responsabilidade objetiva, tendo em vista que a responsabilidade do advogado, subjetiva, é caracterizada pela prévia demonstração da culpa. Outros, como Paulo Luiz Nertto Lôbo, defendem que a inversão do onus probandi em relação ao advogado será automática, pois, ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha admitido a verificação de culpa para os profissionais liberais, esta culpa seria, em seu entender, sempre presumida, cabendo ao advogado provar, além das hipóteses comuns de exclusão da responsabilidade, que não agiu com culpa.²²⁴

Assim, caso seja aplicada ao advogado o princípio da inversão do ônus da prova, deverá o profissional provar que agiu com a diligência e perícia esperadas de um bom advogado.²²⁵

No entanto, como se verificou do dispositivo legal que prevê a inversão do ônus da prova, tal distribuição do ônus caberá ao juiz, segundo os critérios de verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, portanto, talvez seja esse o critério mais sensato: o de que o juiz poderá inverter o onus probandi em favor do consumidor quando ficar verificada a sua necessidade no caso concreto.

Concluindo, traz-se a prudente opinião de Sérgio Novais Dias de que a inversão do ônus da prova deva ser feita pelo juiz em decisão fundamentada proferida antes de iniciada a instrução, sendo intimadas as partes.²²⁶ Isso porque, conforme Carlos Roberto Barbosa Moreira, as regras de inversão do ônus da prova não se constituem apenas como regras de

²²² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

²²³ VASSILIEFF, S., 2006, p. 45.

²²⁴ MARTINS, J. P. N. dos P., 2004, p. 285.

²²⁵ VASSILIEFF, S. op. cit., p. 47

²²⁶ DIAS, S. N., 1999, p. 27.

juízo, mas acima de tudo, como regras de comportamento dirigidas às partes a fim de que fiquem cientes dos fatos que a cada uma incumbem provar.²²⁷

2.3.5 Principais fatos geradores da responsabilidade civil do advogado

Caio Mário da Silva Pereira leciona que é na advocacia judicial que mais frequentemente ocorre a incidência da responsabilidade do advogado. Afirma o autor que:

Recebendo a procuração, tem o dever de acompanhar o processo em todas as suas fases, observando os prazos e cumprindo as imposições do patrocínio, como seja: falar nas oportunidades devidas, comparecer às audiências, apresentar as provas cabíveis, agir na defesa do cliente, e no cumprimento das legítimas instruções recebidas. A falta de exatidão no cumprimento dos deveres, além de expor o advogado às sanções disciplinares, sujeita-o a indenizar os prejuízos que causar (Philippe Le TORNEAU).²²⁸

Dentre os casos de incidência da responsabilidade civil do advogado, cabe ressaltar as principais hipóteses, sendo inúmeras as hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance: perda do prazo para apresentação de um recurso; perda do prazo para apresentação de contestação; perda do prazo para a propositura de ação sujeita a prazo prescricional ou decadencial; deixar de formular pedido essencial para o alcance da pretensão do cliente; deixar de promover a restauração de autos; deixar de propor, em determinadas hipóteses, a ação rescisória; ajuizamento de ação inviável; deixar de fazer o preparo do recurso no prazo legal; deixar de pleitear alguma diligência importante; deixar de praticar os atos processuais urgentes após a renúncia do mandato durante o decêndio legal; deixar de comparecer à audiência; abandono da causa; pela omissão de conselho; desobediência às instruções do cliente; dar causa à imposição de pena por litigância de má-fé; pelo patrocínio infiel.²²⁹

²²⁷ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora RT, n. 22. abr./jun. 1997, p. 148, apud DIAS, S. N., 1999, p. 27.

²²⁸ PEREIRA, C. M. da S., 2001, pág. 67.

²²⁹ VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. Responsabilidade civil do advogado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 91/137.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

3.1 A aceitação da perda de uma chance no Direito Brasileiro

Como assevera Sérgio Savi, ainda poucos são os estudiosos do direito civil no Brasil que se dedicaram a uma análise mais aprofundada da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Apesar disso, hoje já é possível encontrar obras de diversos autores que dedicam maior atenção ao tema. Assim, percebe-se que os autores, em sua maioria, já aceitam a aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance em nosso ordenamento.²³⁰

Alguns estudiosos clássicos já faziam breve referência à possibilidade de indenização da chance perdida. Agostinho Alvim, em 1965, ao analisar a clássica hipótese da perda de prazo para interposição de apelação por culpa do advogado, a despeito de asseverar que seria impossível provar que, acaso interposto, o recurso teria obtido provimento, já afirmava que a seria possível visualizar a existência de um dano diverso da perda da causa, consistente na perda da chance de ver a matéria examinada pelo Tribunal, dano este que seria passível de prova de certeza e quantificação.²³¹

Retira-se de sua obra:

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituiria uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.²³²

Da obra percebe-se, segundo Rafael Peteffi da Silva, uma interessante e pouco encarada característica pela doutrina brasileira: “o claro e preciso enfrentamento da complexa questão da quantificação da chance perdida”.²³³

José de Aguiar Dias, em sua clássica obra sobre responsabilidade civil também parece acolher a responsabilidade civil pela perda de uma chance, como se observa da crítica que faz a um magistrado carioca em 1929, cuja decisão fora acolhida por acórdão do 1^a Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Na decisão fora negada a responsabilização de um advogado pela

²³⁰ SAVI, S., 2012, p. 35/36.

²³¹ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 189/191, apud SAVI, S., op. cit., p. 37.

²³² ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 190/191, apud SAVI, S., op. cit., p. 37.

²³³ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 190/191.

perda de um prazo em recurso de demanda trabalhista por não entender que a perda da oportunidade de ver a causa julgada por instância superior constituía um dano passível de indenização.²³⁴ Contudo, como assevera Sérgio Savi, Aguiar Dias encontra dificuldades em quantificar o dano decorrente da chance perdida em virtude de inserir a perda da chance no conceito de lucros cessantes, esbarrando no requisito certeza do dano para que possa ser indenizável.²³⁵

João Manoel de Carvalho Santos, por outro lado, não vislumbra a existência de um dano consistente na perda de oportunidade de ver o recurso julgado por instância superior. Isso se observa no momento em que o autor, ao tratar da responsabilidade civil do advogado, certifica que este profissional, a não ser em hipóteses especialíssimas, está isento da responsabilidade de ter que recorrer, porque nunca se saberá ao certo se o cliente teria acolhida sua pretensão pelo Judiciário.²³⁶

Caio Mário da Silva Pereira é outro que se mostra favorável à aceitação da teoria da perda de uma chance, afirmando que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que um dano hipotético, possa ser identificada a real probabilidade de que poderia haver o ganho e a certeza de que a vantagem perdida resultou um prejuízo, um dano.²³⁷ Ou seja, exige que a possibilidade perdida seja séria e real.

Também Judith Martins-Costa, ao comentar o artigo 403 do Código Civil de 2002, manifesta-se como favorável à aplicação criteriosa da teoria da perda de uma chance:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos, não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.²³⁸

Sérgio Novais Dias, um dos poucos autores a enfrentar o tema, tem como grande mérito o fato de ter sido o primeiro no país a tratar especificamente da perda de uma chance na responsabilidade civil do advogado.

O autor ressaltou a peculiaridade da perda de uma chance diante das demais situações que envolvem perdas e danos. Isso porque na perda de uma chance no caso específico da

²³⁴ DIAS, J. de A., 2006, p. 296.

²³⁵ SAVI, S., 2012, p. 41.

²³⁶ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321/322, apud SAVI, S., op. cit., p. 39/40.

²³⁷ PEREIRA, C. M. da S., 2001, pág. 42.

²³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. V. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 361.

atuação do advogado “nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, pra sempre, de examinar a pretensão de seu cliente”.²³⁹

Entretanto, como pontua Rafael Peteffi da Silva, o autor, após citar várias hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de responsabilidade de advogados, leva à conclusão de que o valor auferido pela vítima seria a totalidade da vantagem esperada, ou seja, o dano final²⁴⁰, fato que contraria toda a construção da teoria da perda de uma chance já abordada.

Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, reconhece a aplicação da teoria no direito brasileiro, todavia, ao encontrar dificuldade para classificar o dano decorrente da perda da oportunidade acaba por filiar-se à corrente que considera a perda da chance como um *tertium genus* de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro.²⁴¹

Fernando Noronha abordou a teoria em um capítulo inteiro de seu livro de Direito das Obrigações. Seu trabalho traçou de forma consistente e alinhada à construção da melhor doutrina, as condições de sua aplicação, ressaltando a importância de verificação da seriedade da chance perdida e a consideração da álea presente no caso concreto na quantificação do prejuízo.²⁴²

Sérgio Savi, ao fazer um estudo baseado na doutrina italiana, consegue estabelecer com acurado senso crítico os principais critérios e requisitos de aplicação da teoria aos casos clássicos de responsabilidade pela perda de uma chance. Ressalva, entretanto, que acredita como correta a indenização das chances perdidas apenas quando estas forem superiores a 50% (cinquenta por cento) da probabilidade de alcançar a vantagem que a vítima esperava auferir. Por fim, o autor faz uma bela análise de julgados nacionais e vincula expressamente as chances perdidas à categoria de dano emergente.²⁴³

Rafael Peteffi da Silva, após analisar longamente as posições doutrinárias francesa e da common law, estabelece as bases para a aceitação da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, não deixando de especificar os critérios para sua correta aplicação de acordo com a melhor doutrina estrangeira.²⁴⁴ Além disso, defende, com base na posição doutrinária

²³⁹ DIAS, S. N., 1999, p. 43.

²⁴⁰ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 194/196.

²⁴¹ VENOSA, S. de S., 2012, p. 37 e 304.

²⁴² NORONHA, F., 2010, p. 695/718.

²⁴³ SAVI, S., 2012, p. 34/127.

²⁴⁴ PETEFFI DA SILVA, R., op. cit., p. 137/154.

majoritária francesa, que a perda de uma chance encontra-se dividida em duas categorias: uma embasada em um conceito específico e independente de dano e outra que estaria fundada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final.²⁴⁵

Daniel Amaral Carnáuba, por seu turno, além de aceitar a aplicação da teoria da perda de uma chance ao ordenamento jurídico brasileiro, se esforça em traçar critérios seguros para lidar com a álea presente nesse instituto, desenvolvendo a sua técnica de reparação de chances.²⁴⁶

Entre os contemporâneos doutrinadores ainda contrários à reparação civil pela perda de uma chance podem ser citados Flávio Tartuce e Rui Stoco.

Flávio Tartuce, por considerar tais danos por demais hipotéticos ou eventuais, entende que a reparação civil pela perda de uma chance não encontra fundamento no sistema brasileiro, que exige, segundo ele, conforme os já citados artigos 186 e 403 do Código Civil, o dano presente e efetivo. Todavia, a despeito dessa opinião, o autor ressalva que tem acompanhado as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e chega a afirmar que talvez no futuro seu parecer seja alterado, mormente diante da admissão de novos danos reparáveis pela civilística nacional.²⁴⁷

Já Rui Stoco critica veementemente a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance aplicada aos advogados. Em sua visão, admitir a teoria é responsabilizar alguém por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético não verificado e sem concreção. Além disso, para o doutrinador, a teoria apresenta muitas dificuldades, a exemplo da forma de se avaliar o dano decorrente da chance perdida, e se funda numa avaliação estatística de probabilidades a fim de se estimar o dano, o que considera inaceitável.²⁴⁸

Além dos autores citados, hoje em dia já podem ser verificados inúmeros artigos e capítulos de livros sobre o assunto, o que, por certo, irá ajudar na harmonização da teoria em relação aos seus limites e metodologia de aplicação.

²⁴⁵ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 194/196.

²⁴⁶ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 73/173.

²⁴⁷ TARTUCE, F., 2012, p. 357/358.

²⁴⁸ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 512/513.

3.2 A responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance assemelha-se na maioria dos aspectos à teoria geral da responsabilidade civil, como já visto.

Sendo a responsabilidade desse profissional do tipo subjetiva, deve-se restar provada a conduta culposa do advogado, seja mediante ação ou omissão, tomando-se por base se o fez por negligência, imprudência ou imperícia comprovadas.²⁴⁹

Há, contudo, peculiaridades no que se refere ao nexo causal e na qualidade do dano, decorrentes do próprio conceito da teoria da perda de uma chance.

No que se refere ao nexo de causalidade, este deve ser investigado entre o ato ilícito praticado pelo advogado e a chance perdida por seu cliente, já que foi a conduta ilícita desse profissional que fez cessar uma cadeia de eventos que poderia trazer alguma vantagem para o cliente.²⁵⁰

Já no que se refere ao dano, nesse caso ele se constitui na perda de uma chance, e não pode ser tratado como um dano *in re ipsa*, devendo ser verificada no caso concreto a seriedade e realidade da chance perdida, uma vez que este é o limite da responsabilidade civil pela perda de uma chance.²⁵¹

Os critérios para verificação da realidade e seriedade da chance perdida já foram devidamente expostos no tópico 1.4.3 deste trabalho, sendo necessário apenas reiterar o fato de que o valor da indenização será sempre inferior ao da vantagem final definitivamente perdida e sua quantificação será feita por meio de cálculos de probabilidade e estatística. Claro que haverá casos em que a quantificação não será tarefa fácil, admitindo-se que o julgador recorra à equidade e fixe o valor por arbitramento.²⁵²

No que se refere ao ônus da prova, relembre-se aqui as considerações já feitas no tópico referente aos pressupostos da responsabilidade civil do advogado no capítulo anterior. Assim, sendo a atuação judicial do advogado uma obrigação de meio, caberá o ônus da prova da culpa à vítima, conforme artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil e, caso admita-

²⁴⁹ FIGUEIREDO, Sílvia Bellandi Paes de. A perda de uma chance. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil., São Paulo, v. 12, n. 85, set./out. 2013, p. 51.

²⁵⁰ ASSIS JR., Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo, v. 12, n. 85, set./out. 2013, p. 12.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 13.

²⁵² *Ibid.*, p. 15.

se a inversão do ônus da prova afim de facilitar a comprovação da culpa à vítima, incumbirá ao advogado comprovar que agiu de forma diligente, sem culpa.

3.3 A aplicação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance nos Tribunais Pátrios Brasileiros

Atualmente, conforme refere Rafael Peteffi da Silva, ainda é impróprio afirmar que a perda de uma chance já goza de aplicação geral e irrestrita por parte da jurisprudência brasileira, em parte pelo fato de alguns tribunais brasileiros ainda não terem tomado real contato com a teoria, em parte pelo fato de que a teoria ainda parece estar em desenvolvimento na doutrina no que se refere aos seus limites e metodologia na aplicação, a despeito dos progressos nos últimos anos. Apesar disso, não se pode apontar qualquer linha na jurisprudência que, tendo efetuado profundo estudo da teoria, tenha tomado posição definitivamente contrária à sua aplicação. Conta o autor que há acórdãos isolados que negam algumas aplicações da teoria, no entanto os que foram citados não dizem respeito ao caso de perda de uma chance por advogados, bem como se tratam de julgados antigos, julgados há mais de 10 (dez) anos.²⁵³

No que tange à aplicação da perda de uma chance aos casos de advogados em sua atuação judicial, esse se constitui talvez no terreno mais fértil e no qual há maior aceitação e aplicação da teoria da perda de uma chance por parte da jurisprudência brasileira.

Realizado levantamento na jurisprudência dos Tribunais de Justiça sobre a questão, encontrou-se um interessante resultado. Para tanto foi realizada pesquisa nos sítios virtuais dos Tribunais de Justiça pátrios, utilizando-se variações do termo “perda de uma chance”.

Entre os Tribunais de Justiça da Bahia, Ceará, Acre, Alagoas, Amazonas, Amapá, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Roraima e Tocantins foram encontrados pouquíssimos ou nenhum acórdãos que tratem da teoria da perda de uma chance, sendo que são quase nulos aqueles que dizem respeito à responsabilidade civil pela perda de uma chance provocada por advogados. Além disso, observa-se que as decisões que chegam a tratar da perda de uma chance são recentes, basicamente a partir do ano de 2011.

²⁵³ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 194/196.

Em contrapartida, nos domínios virtuais dos Tribunais do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Distrito Federal são incontáveis os acórdãos que tratam da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Os demais não mencionados, como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tiveram números de acórdãos sobre o assunto entre esses dois extremos.

Já no Superior Tribunal de Justiça, é crescente o número de acórdãos que analisa a questão, a despeito de muitos esbarrarem nos requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Feita essa análise quantitativa, passar-se-á a uma análise dos principais aspectos acerca da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance em sua atuação judicial na jurisprudência brasileira.

O primeiro julgado que trata da perda de uma chance ocasionada por advogado é do ano de 1991, de relatoria do então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior e versava sobre o caso de um advogado que havia tentado uma demanda judicial e nunca mais a impulsionou, deixando de informar sua cliente, durante anos, sobre o extravio dos autos.²⁵⁴ Nesse caso, o dano da perda da chance foi reconhecido, contudo a quantificação da indenização foi remetida para liquidação de sentença, sem que tivessem sido fixadas as premissas a serem observadas pelo juízo liquidante.²⁵⁵

Sérgio Savi traz trecho do voto do relator em que está fundamentada a indenização da chance perdida:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la' ('La perte d'une chance em Droit Français', conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) [...]

[...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.²⁵⁶

²⁵⁴ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 204.

²⁵⁵ SAVI, S., 2012, p. 48.

²⁵⁶ Ibid., p. 49.

A partir desse julgado, começaram a surgir diversos outros enfrentando a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, podendo ser constatado que nos dias atuais a maioria deles versa sobre a falta de propositura de ação antes de consumado o prazo prescricional ou a perda de prazos para apresentação de recursos ou contestação.

Inicialmente, far-se-á um cotejo de alguns julgados que tratam da aplicação da teoria, mormente em relação à constatação da seriedade e realidade das chances perdidas.

Referente à falta de propositura de ação judicial, mister destacar um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que verificou que havia notável possibilidade de o cliente vencer a demanda que pretendia mover contra a seguradora contratada pela empresa em que trabalhava, na qual, após ter negado seu requerimento administrativo, pleitearia a concessão da cobertura securitária em virtude de doença que gerou sua aposentadoria por invalidez, já concedida pela Previdência Social. Ocorre que o advogado contratado pelo demandante, embora tenha sido contratado a tempo, deixou transcorrer o lapso prescricional para exercício do direito de ação do cliente, motivo que o levou a ajuizar demanda pela perda de uma chance. Veja-se a ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA. INVALIDEZ PERMANENTE. NÃO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. PRAZO PRESCRICIONAL IMPLEMENTADO. PERDA DE UMA CHANCE. PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. A responsabilidade civil do advogado é subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC. Ademais, a obrigação assumida pelo profissional do direito é de meio e não de resultado.
2. Neste tipo de contrato o objeto da obrigação não é o êxito na causa ou a absolvição do cliente, e sim o desempenho cuidadoso e consciente do mandato, dentro da técnica usual.
3. No caso dos autos, o autor possuía seguro de vida, contratado pela empresa na qual trabalhava, Perdigão Agroindustrial, o qual previa cobertura para casos de invalidez permanente total por doença. O demandante foi aposentado por invalidez pela Previdência Social em 21/01/2005, tendo requerido administrativamente a cobertura securitária, a qual foi negada pela seguradora, sob o argumento de que a doença do segurado não é passível de indenização.
4. Neste diapasão, cumpre destacar que a possibilidade de sucesso do demandante na ação que possuía contra a seguradora era considerável, tendo em vista a presunção da incapacidade laborativa permanente decorrente da concessão da aposentadoria por invalidez pelo órgão oficial, devendo a seguradora, mediante provas robustas, infirmar esta presunção.
5. Ressalte-se que o demandante tão logo teve ciência da negativa da seguradora (02/06/2005) procurou um advogado para patrocinar sua postulação em juízo. O contrato de honorários foi firmado em 04/07/2005, quando havia prazo hábil para a propositura da demanda, levando em consideração o prazo prescricional para o exercício do direito de ação, que, na situação em tela, é de um (01) ano. Inteligência do art. 206, § 1º, II, do CC.
6. Frise-se que no caso em exame o autor logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que o demandado foi negligente no exercício dos poderes a

ele conferidos, deixando implementar o prazo prescricional sem ajuizar a ação para a qual foi contratado.

7. Denota-se pelas provas carreadas ao feito que o advogado atuou de forma negligente e desidiosa. Assim, comprovada a falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizado o demandado pela incorreção do procedimento adotado, conduta abusiva na qual assumiu o risco de causar lesão ao demandante, mesmo os de ordem extrapatrimonial, daí ensejando o dever de indenizar.

8. Deste modo, restou configurada a prestação deficitária dos serviços pelo apelante, na medida em que, na condição de bacharel em direito habilitado ao exercício da advocacia, deve pautar a sua conduta pela irrestrita obediência a lei.

9. Danos materiais. No caso em tela, o direito à indenização está lastreado na teoria da perda de uma chance, não sendo possível determinar ao certo se o demandante obteria êxito na demanda contra a seguradora, bem como o valor da indenização a que faria jus, motivo pelo qual reputo correta a decisão que fixou em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a indenização devida a título de danos materiais.

10. Danos morais. O demandado deve ressarcir os danos morais ocasionados, na forma do art. 14, § 4º, do CDC, cuja incidência decorre da prática de conduta culposa, a qual se configurou no caso em tela na modalidade de negligência, cuja lesão imaterial consiste na frustração do postulante. 11. No tocante ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, a capacidade econômica do ofensor, advogado, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Negado provimento ao apelo.²⁵⁷

De modo inicial, a partir do exame do caso em cotejo com arestos da Corte, foi constatado que as chances de sucesso do postulante na ação que possuía contra a seguradora eram consideráveis, uma vez que a concessão de aposentadoria por invalidez pela Previdência Social, como ocorreu no caso, gera presunção de sua incapacidade laborativa permanente. Assim, tendo em vista a seriedade das chances perdidas, fundamentou-se como possível a indenização com base na perda de uma chance, desde que comprovada a responsabilidade civil do advogado.

Assim, após ser destacado que a responsabilidade do advogado é subjetiva, que este assume obrigação de meio para com o cliente, obrigando-se a desempenhar seu múnus de forma cuidadosa e dentro da técnica que lhe é exigida, passou-se ao exame das provas trazidas aos autos a fim de se verificar se houve conduta culposa por parte do profissional, consubstanciada em falha ou omissão em sua atuação.

Neste ponto, fundamentais foram as provas carreadas aos autos pelo cliente, as quais comprovaram que contratara o advogado em tempo hábil à propositura da ação, deixando o profissional, em conduta negligente, transcorrer o prazo prescricional. Aliás, o demandado, a despeito de fazer alegações de que teria informado o autor acerca da falta de documentos tidos como essenciais ao ajuizamento da ação e de que não havia condições de ingressar com a

²⁵⁷ TJRS, Apelação Cível n. 70027291202, relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, Quinta Câmara Cível, julgado em 25/03/2009.

ação, pois o cliente não preenchia os requisitos para o recebimento da indenização, não se desincumbiu do ônus de provar tais fatos que seriam desconstitutivos do direito do autor. Além disso, a prova oral produzida durante a instrução corroborou as afirmações do demandante, reiterando as testemunhas que o postulante sempre mencionava que quando procurava o advogado, este lhe informava que em breve receberia sua indenização.

Dessa forma, comprovada a conduta culposa do advogado, o nexo de causalidade com as chances perdidas e consideradas essas como sérias e reais a ponto de ensejar a aplicação da teoria da perda de uma chance, passou-se à avaliação acerca da quantificação da indenização.

Destaque-se que, no caso, houve a aludida diferenciação entre a indenização por danos materiais, por meio do uso da teoria da perda de uma chance, obedecendo-se à regra de ouro da teoria de que a indenização baseada na perda de uma chance sempre terá valor menor que a vantagem esperada (dano final); e a indenização por danos morais, os quais, no caso, diziam respeito à frustração e sofrimento do postulante decorrente da prática culposa do advogado.

A respeito da verificação da seriedade e realizada das chances perdidas, importante destacar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que reflete a necessidade de sua verificação no caso concreto para aplicação da teoria, não sendo suficiente apenas a demonstração de que o advogado perdera o prazo para contestar ou interpor recurso:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição.

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 detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.

Precedentes.

3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduziu da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior.

5. Recurso especial não provido. (grifou-se)²⁵⁸

Interessante trazer também o exemplo de um julgado que deixou de acolher a teoria da perda de uma chance aventada pela demandante, diante da ausência de demonstração in concreto de que as chances perdidas eram sérias e reais. Ilustrativo é o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por propiciar o exame das provas dos autos sem esbarrar nos requisitos de admissibilidade presentes no Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PERDAS E DANOS. MANDATO.

I. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO ADVOGADO É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO, DEVENDO ESTE ATUAR COM DEDICAÇÃO, ZELO E TÉCNICA A FIM DE ALCANÇAR O MELHOR RESULTADO AO CLIENTE, NÃO PODENDO SE CONSIDERAR DESCUMPRIDO O CONTRATO PELO INSUCESSO DA DEFESA JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE ATO DESIDIOSO OU NEGLIGENTE DO ADVOGADO A PONTO DE GERAR RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONDUTA PROFISSIONAL.

II. TEORIA DA PERDA DE CHANCE INAPLICÁVEL NO CASO DOS AUTOS.

III. SENTENÇA E SUCUMBÊNCIA MANTIDAS.

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.²⁵⁹

Trata-se o caso de análise acerca da (in)ocorrência responsabilidade do advogado pela perda de uma chance por ter deixado de interpor recurso contra decisão desfavorável à sua cliente nos autos de ação de partilha de bens decorrente de reconhecimento de união estável. Sustentou a autora que o advogado ficou-se inerte quando deveria ter recorrido da decisão, assim pleiteou a sua condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, correspondentes aos valores que deviam ser pagos ao ex-companheiro na ação de partilha e danos morais, tudo em virtude da perda da chance de recorrer nos autos daquele processo.

Da leitura do acórdão restou claro o fato de que a responsabilidade do advogado, por decorrer de preexistente vínculo obrigacional é de natureza contratual. De igual forma, cristalina a obrigação de meio no que tange ao caso concreto, destacando-se a obrigação do causídico de conduzir a lide com toda diligência necessária, pontuando-se ainda a incidência da responsabilidade subjetiva do agente.

No que se refere ao mérito da demanda, embora tenha o advogado deixado de apresentar recurso contra a sentença que julgou a ação de partilha ajuizada contra sua constituinte, tal fato, por si só, não enseja a responsabilização do advogado, uma vez que para a caracterização de um ato ilícito por parte do advogado que enseje a aplicação da perda de uma chance é necessária a comprovação de que as chances se mostravam como sérias e reais.

²⁵⁸ STJ, REsp n. 993936/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012.

²⁵⁹ TJRS, Apelação Cível n. 70043518158, relator Desembargador Ergio Roque Menine, Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 30/01/2014.

Colhe-se do corpo do acórdão:

Tal situação, entretanto, por si só, não configura ato ilícito a ensejar responsabilização por danos materiais e morais, sendo necessária a comprovação de que tal fato (não interposição de apelação cível) inviabilizou uma real possibilidade de provimento do recurso, e, por consequência, a modificação da decisão a quo, ou seja, o ato omissivo deve proporcionar a perda de uma oportunidade única, em que certamente traria resultado benéfico à constituinte, não mera expectativa. Assim, é o entendimento deste Colegiado

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INOCORRÊNCIA. Cuidando-se da aplicação da Teoria pela Perda de uma Chance na espécie, impõe-se, primeiramente, verificar se houve culpa do causídico na alegada prestação do serviço para, após, constatada a conduta indevida, adentrar no exame da demanda patrocinada pelo réu, a fim de saber quais seriam suas reais probabilidades de obter êxito naquele feito. Caso em que, embora demonstrada a falha na prestação do serviço decorrente da não interposição de recurso, não se desincumbiu a autora de comprovar a probabilidade, real e séria, de reverter o julgado que lhe foi desfavorável, se houvesse recorrido. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70035771054, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 29/03/2012).

APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. PERDA DE UMA CHANCE. NEGLIGÊNCIA. NÃO-VERIFICADA. Nos termos do art. 206 § 3º, inc. V, do Código Civil de 2002, é trienal o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de reparação civil. Prescrição não consumada. A perda de uma chance leva a caracterização da responsabilidade civil do causídico não quando há mera probabilidade de reforma de uma decisão lançada no processo, porém quando a alteração dessa vai além da eventualidade, tangenciando a certeza. Ainda, a responsabilidade civil do patrono é subjetiva, sendo necessária a comprovação de culpa ou dolo (art. 14, § 4º e art. 32 do CPDC). A advocacia trata-se de atividade de meios e não de resultados, não podendo o profissional ser responsabilizado pelo insucesso no certame. Não comprovação de desídia dos profissionais contratados no exercício do mandato outorgado a ensejar a responsabilização pelos prejuízos materiais suportados. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045921194, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 15/03/2012).

Ocorre que na ação de partilha de bens **restou comprovada a união estável havida entre a demandante/apelante e o Sr. Elizeu dos Santos Júnior**. Tal situação restou insofismável em face das testemunhas ouvidas em juízo (fls. 247/250).

Destarte, denota-se que mesmo com a interposição de recurso de apelação cível dificilmente a decisão de primeiro grau seria modificada. (grifo no original)

Trata-se, em verdade, da correta verificação para aplicação da teoria, a qual consagra como verdadeiro critério a verificação em concreto se as chances perdidas eram extremamente prováveis ou se não passavam de mera possibilidade aleatória. Muito embora o corpo do acórdão fale em demanda que “certamente traria resultado benéfico à constituinte”, não se tratando de certeza, pois não se tem a certeza de que a reforma na decisão ocorreria, mas sim de alta probabilidade de êxito nisso, tal equívoco no emprego da palavra, embora evidencie ainda a falta de precisão na jurisprudência quanto à teoria, não retira o acerto no uso

dessa, até porque já se houvera pontuado que a verificação deveria ser quanto à “real possibilidade de provimento no recurso”.

Por outro lado, também se encontram acórdãos que acabam por não aplicar corretamente a teoria da perda de uma chance, de forma que se passa agora a destacar alguns desses julgados e certas tendências encontradas na jurisprudência pátria. Importante ressaltar que os julgados a seguir relacionados foram escolhidos unicamente em virtude do fato de melhor exemplificarem essas tendências, sem qualquer predileção por um ou outro Tribunal.

O primeiro exemplo disso e a primeira tendência encontrada dizem respeito a inúmeros casos de aplicação equivocada da teoria. Foi o que ocorreu em um julgado em que, apesar de ter sido feita a exposição acerca da forma de aplicação da teoria da perda de uma chance, é concedida essa indenização mesmo após concluir que as chances de êxito no recurso eram muito remotas. O referido acórdão restou assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO.

1 – Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Alegação da ocorrência de greve por parte dos juízes federais, e conseqüente [sic] dedução de que houve a suspensão dos prazos processuais. Negativa de matrícula em disciplina na faculdade de Medicina. Mandado de segurança denegado. Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pela impetrante.

2 - Valor fixado na sentença a título de ressarcimento por danos morais (10 salários mínimos) que permanece inalterado já que consentâneo com as circunstâncias do caso concreto e com os parâmetros adotados pela Câmara.

3 – Em não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Ausência da comprovação da necessidade. Deserção verificada. Improveram os apelos da autora e do co-réu [sic] Luiz Carlos, e não conheceram do recurso do co-réu [sic] Guaraci.²⁶⁰

Da leitura do corpo do acórdão, percebe-se a perfeita exposição acerca da teoria da perda de uma chance a partir da doutrina colacionada, no entanto, entende-se como devida a indenização pela perda de uma chance mesmo após concordar o relator com as razões de decidir da sentença, que expressamente veiculou que “é verdade que as chances da autora obter a reforma da decisão de 1º grau que lhe foi desfavorável eram remotas”. Além disso, o acórdão vincula a perda de uma chance à indenização por danos morais, confundindo os conceitos, o que será melhor explanado a seguir.

²⁶⁰ TJRS, Apelação Cível 70006606487, relator Desembargador Paulo Antonio Kretzmann, Décima Câmara Cível, julgado em 06/11/2003.

No entanto, quer-se acreditar que tais equívocos não sejam mais cometidos, mormente diante da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já ressaltada, que é firme em afirmar que o exame da aplicação da teoria deve ser realizado de acordo com o caso concreto.

Dessa forma, conforme se percebe, apesar da jurisprudência em geral reconhecer a possibilidade da reparação da chance perdida, desde que séria e real, os tribunais pátrios ainda encontram dificuldades para harmonizar os conceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Além disso, também pode ser destacado como tendência na jurisprudência o fato de inúmeros julgados tratarem a perda de uma chance diretamente como ensejadora de indenização por danos morais. Conforme leciona Rafael Peteffi da Silva alguns julgados brasileiros “parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com as hipóteses em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial”.²⁶¹ Assim, os magistrados consideram a perda de uma chance não como um prejuízo em si, mas simplesmente como uma situação geradora de danos morais.²⁶²

É o que se verifica no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexos de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a ação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. **Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexos de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral.** RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (grifou-se)²⁶³

Como se percebe, uma vez caracterizada a perda de uma chance, entendeu-se configurado o dano moral, pois, conforme ditou o relator no corpo do acórdão “demonstrado está o dano moral, haja vista que, segundo a doutrina majoritária, o dano moral advém do

²⁶¹ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 209.

²⁶² CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 175.

²⁶³ TJRJ, Apelação Cível n. 2003.001.19138, relator Desembargador Ferdinando do Nascimento, Décima Quarta Câmara Cível, julgado em 07/10/2003.

próprio fato”. Assim, deixou-se de realizar o real exame da natureza das chances perdidas, tratando-se a perda de uma chance simplesmente como uma espécie de dano moral.

Merece também ser citado o exemplo fornecido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, Oitava Câmara, na Apelação Cível n. 680.655-1, do relator José Arnaldo da Costa Telles, julgado em 23 de outubro de 1996, trazido por Sérgio Savi:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA SÓ APÓS O DECURSO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE AVALIAR O DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE DE VER O PLEITO EXAMINADO PELO JUDICIÁRIO. MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO.²⁶⁴

No corpo do acórdão o voto do relator deixa clarividente o enquadramento do dano da perda da chance no conceito de dano moral:

Não obstante a certeza da obrigação de indenizar, exsurge aqui dificuldade na avaliação do quantum debeatur. De fato, se não houve análise da reclamatória pela justiça especializada, não cabe à comum examiná-la e definir quanto o autor teria de receber da reclamada, nos termos do pedido que formulou. Sendo assim, a orientação preconizada por alguns autores franceses é a que melhor se harmoniza com o direito vulnerado do autor. Indeniza-se não pelo que deixou de receber naquela demanda, mas a perda da chance de ver seu pleito analisado pelo judiciário. Nem é possível argumentar com a falta de disposição legal que sustente tal solução. A indenizabilidade do dano moral, constitucionalmente estabelecida (art. 5º, V) oferece respaldo mais que suficiente à condenação.

[...]

Por fim, considerando que se trata de indenizar a perda de uma chance, o arbitramento em quantia equivalente a cinquenta salários-mínimos releva-se suficiente para reparar o mal experimentado pelo autor e concitar a ré a atuar com mais diligência em sua atividade profissional. (grifo no original)²⁶⁵

Como afirma Daniel Carnaúba, tal entendimento é uma nítida desnaturação da teoria, uma vez que esta se propõe a indenizar o próprio interesse sobre a vantagem aleatória desejada e não as eventuais frustrações morais decorrentes da perda dessa vantagem.²⁶⁶

Rafael Peteffi da Silva relata que talvez a jurisprudência esteja criando uma corrente que tende a considerar os danos decorrentes da perda de uma chance como subespécies de danos extrapatrimoniais em virtude do maior subjetivismo, gerando menor rigor para arbitramento dos danos extrapatrimoniais do que aquele que vigora na quantificação dos danos patrimoniais.²⁶⁷

²⁶⁴ SAVI, S., 2012, p. 52.

²⁶⁵ SAVI, S., op. cit., p. 52.

²⁶⁶ CARNAÚBA, D. A., 2013, p. 175.

²⁶⁷ PETEFFI DA SILVA, R., 2009, p. 211.

Por outro lado, julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça já vêm acatando a tese de que a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada tanto aos danos materiais quanto aos morais, a depender da natureza do bem pretendido com a tutela jurisdicional. Ilustrativo é o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO.

NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ.

APLICAÇÃO.

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

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

- **A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.**

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

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

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido. (grifou-se)²⁶⁸

Destaque-se que, nesse caso, houve expressa menção à aplicação da teoria tanto a danos morais quanto a danos materiais visando a correção de entendimento exposto na decisão originária mantida pelo Tribunal de origem de que a aplicação da teoria da perda da chance só poderia levar ao ressarcimento por danos morais. No entanto, como ementado, os danos materiais já haviam sido objeto de ação autônoma, enquanto que o dano moral não pôde ser apreciado em virtude de consistir reexame de prova, o que não comporta análise em recurso especial.

Outra tendência observada deve ser salientada: a existência de julgados que embora mencionem o conceito da perda de uma chance concedem à vítima uma indenização equivalente não à chance perdida, mas ao próprio resultado esperado em sua integralidade. Esse é o caso do julgado que segue:

²⁶⁸ STJ, REsp n. 1079185/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL LIBERAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. COMPROVADA NEGLIGÊNCIA POR PARTE DOS RÉUS. DANO MATERIAL COMPROVADO NA FORMA DE LUCROS CESSANTES. CASO DE PERDA DA CHANCE. DANO MORAL INOCORRENTE.

1. O caderno probatório comprova a conduta culposa dos réus, o que acarreta a responsabilidade de indenizar os prejuízos experimentados pela autora.

2. Os danos materiais suportados restaram comprovados, tendo em vista a análise detalhada da prova e a indenização foi fixada por equidade [sic].

Recurso parcialmente provido.²⁶⁹

O grande problema desse julgado está na quantificação da chance perdida. Pela leitura do inteiro teor do acórdão fica evidente que, após ser feita uma estimativa do quantum a que a autora possivelmente teria direito na ação reclamatória trabalhista que fora arquivada em virtude da conduta culposa dos advogados que a representavam, atribuiu-se à indenização devida o mesmo valor, sem que sequer fossem apuradas as reais probabilidades envolvidas relacionadas ao possível sucesso da causa. Ou seja, mesmo se considerando que as chances de vitória da autora não eram certas, mas apenas bastante prováveis, caso de típico de perda de uma chance, a indenização foi arbitrada não em relação às chances perdidas, mas em valor equivalente ao valor da vantagem pretendida, o que viola a regra de ouro desse instituto: a regra de que o a reparação da chance perdida deve ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Aliás, como mencionado no acórdão, a indenização devida foi dada como lucros cessantes, apesar de se tratar de hipótese de perda de uma chance.

Por fim, registre-se o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que consagra que a teoria da perda de uma chance não se relaciona com um dano emergente, nem tampouco com um lucro cessante, mas a algo intermediário entre um e outro, nos mesmos moldes que defende o já citado doutrinador Sílvio de Salvo Venosa. Veja-se este julgado:

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

²⁶⁹ TJRS, Apelação Cível n. 71001196195, relator Desembargador Ricardo Torres Hermann, Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis, julgado em 12/07/2007.

do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

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. (grifou-se)²⁷⁰

No caso, o acórdão teve por objetivo corrigir a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, a despeito de ter caracterizado a hipótese como de perda de uma chance, considerou o dano sofrido pela vítima como danos morais, consubstanciado no “desapontamento da parte que, confiando na dedicação e na postura profissional dos advogados contratados, deparou-se com a desídia destes no trato dispensado à sua causa, situação nitidamente caracterizadora de danos morais”, muito embora a chance perdida se relacionasse com danos materiais. Assim, a quantificação da chance perdida foi realizada com base na forma de arbitramento de danos morais e não com base nos danos materiais experimentados, como deveria ter ocorrido conforme a correta aplicação da teoria da perda de uma chance.

Colhe-se do corpo do acórdão:

Primeiramente, cumpre delinear, com mais precisão, do que cogita a teoria aventada no acórdão recorrido, conhecida no direito brasileiro, por influência francesa, de "teoria da perda de uma chance".

É certo que, ordinariamente, a responsabilidade civil tem lugar somente quando há dano efetivo verificado, seja moral, seja material, este último subdividido na clássica estratificação de danos emergentes e lucros cessantes.

Nesse cenário, 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.

Dessa forma, o recurso especial, após fazer essa diferenciação de que a perda de uma chance pode se relacionar a um dano, seja ele moral ou material, ressalta também que a teoria busca a indenização de algo intermediário entre danos emergentes e lucros cessantes,

²⁷⁰ STJ, REsp n. 1190180/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010.

consubstanciada na perda da possibilidade de buscar posição mais vantajosa que teria sérias chances de êxito.

A partir disso foi possível a constatação do Superior Tribunal de Justiça de que o acórdão recorrido teve julgamento extra petita, uma vez que o autor deduziu pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial, enquanto que o acórdão baseou-se na teoria da perda de uma chance para acolher a pretensão do autor e condenar o réu ao pagamento de danos morais. Assim, anulou-se o julgamento em sede de apelação, sendo determinado que outro fosse proferido com base nos limites do pedido e da causa de pedir.

Diante de todo o exposto, percebe-se que os julgados vêm efetivamente aplicando a teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil de advogados, porém ainda com imperfeição. Ora deixa-se de analisar os critérios para a sua aplicação, ora a chance perdida é tida como uma espécie de dano moral, isso sem se esquecer dos casos em que a quantificação é dada não com base na chance perdida, mas na real vantagem que era esperada.

Como se demonstrou, apesar dos avanços na doutrina e na jurisprudência, ainda há inúmeras arestas a serem aparadas para a correta aplicação da teoria da perda de uma chance conforme defendido neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação, por parte da doutrina francesa da teoria da perda de uma chance busca embasar a responsabilidade civil nos casos em que um dano é gerado quando alguém age, mediante ação ou omissão, de forma a ocasionar a perda da chance de outrem de obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo.

O desenvolvimento da estatística e das probabilidades foi fundamental para a evolução da teoria, a fim de se determinar com razoável aproximação o valor desse dano dotado de certa autonomia em relação ao resultado pretendido que não se realizou.

Todavia, notou-se que nem todas as chances perdidas podem ser indenizadas, levando à criação de limites e ao estabelecimento de critérios para a aplicação da teoria. Assim, de acordo com a doutrina, ficou consignado que apenas aquelas situações consideradas como sérias e reais serão passíveis de indenização, as quais devem ser verificadas em cuidadosa análise do caso concreto com o objetivo de excluir os casos em que a chance perdida não passa de mera possibilidade aleatória, sob pena de criar-se uma “indústria da perda de chances”. A análise da seriedade e realidade das chances perdidas, entretanto, ainda encontra grande polêmica na doutrina, alguns autores vinculando-a à observação de percentuais mínimos de probabilidade, outros estabelecendo elementos diversos para a sua verificação.

Além disso, foi desenvolvida a regra de ouro da teoria: a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima, uma vez que o que a indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda dessa própria vantagem.

Já no que se refere à quantificação, esta se dará a partir de um juízo de estimativas e probabilidades, relacionando-se à probabilidade da vantagem que era esperada, embora haja casos de difícil estimação, sendo que o parâmetro mais confiável para o arbitramento da indenização ainda é a prudência do juiz.

Um dos terrenos mais férteis de aplicação da teoria se dá na seara da responsabilidade do advogado, modalidade que se enquadra nos casos chamados “clássicos” da perda de uma chance. Isso porque os advogados, cuja atividade é indispensável à administração da justiça, possuem uma série de deveres decorrentes da contratação advocatícia, dentre os quais se

insere a atuação judicial com zelo e diligência a fim de defender da melhor forma os direitos de seu cliente.

Assim, nesses casos, há a responsabilização do advogado que, em razão de sua inércia na atuação judicial impede a obtenção de uma prestação jurisdicional por seu cliente, sendo os principais casos a falta ou perda de prazo de interposição de um recurso e a perda do prazo de proposição de ação judicial sujeita a prazo prescricional.

Verificou-se então que a aceitação da teoria pela perda de uma chance e, em especial, a aplicação da teoria na responsabilidade de advogados encontra amparo pela grande maioria da doutrina nacional, embora o assunto ainda seja tratado de forma superficial em boa parte das obras. Ainda assim, o momento é de ebulição na produção doutrinária, o que contribuirá na harmonização da teoria, mormente em relação ao estabelecimento de limites e uma metodologia de aplicação.

A partir disso, foram estabelecidos os pressupostos para a responsabilização do advogado pela perda de uma chance, quais sejam, a verificação de uma conduta (ação ou omissão) culposa, uma vez que esse profissional responde mediante responsabilidade subjetiva; a observância do nexo causal entre o ato ilícito perpetrado pelo advogado e a chance perdida; e a observância do dano, nesse caso consistente na chance perdida e que deve ser examinado no caso concreto conforme os critérios para aplicação da teoria da perda de uma chance. Já no que se refere ao ônus da prova da culpa, considerando que na atuação judicial do advogado este assume obrigação de meio, este caberá à vítima, salvo nos casos em que for admitida a sua inversão a fim de facilitar a comprovação da vítima.

Por fim, a partir do exame de julgados dos Tribunais Pátrios e do Superior Tribunal de Justiça verificou-se que em alguns tribunais brasileiros não são encontrados acórdãos que tratam da teoria da perda de uma chance. Em outros, há pouquíssimas decisões, das quais são quase nulos os casos que tratam da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Por outro lado, principalmente nos tribunais do sudeste e sul há inúmeros julgados que tratam do assunto.

Sendo assim, ainda não se pode afirmar que há aplicação geral da teoria da perda de uma chance e mesmo desta à responsabilidade civil dos advogados. Isso ocorre muito como reflexo da parca produção doutrinária nacional, a despeito dos progressos dos últimos anos. Apesar disso, não foi verificada qualquer linha jurisprudencial que, embora tenha tido profundo contato com a teoria, tenha tomado posição refratária à sua aplicação.

No entanto, a forma como a teoria vem sendo aplicada pelos tribunais merece críticas em virtude da existência de inúmeros julgados que não empregam a teoria em sua forma correta, conforme defendido nesse trabalho.

Isso porque, como se demonstrou, embora haja inúmeros casos em que é repisada a necessidade de verificação da seriedade e realidade das chances perdidas de acordo com o caso concreto, há outros nos quais mesmo tendo sido pontuado esse critério, foi entendida como devida a indenização mesmo se tratando de chances remotas. Além disso, há casos em que a perda da chance embora de natureza patrimonial, ensejou indenização por danos morais, considerando-se a chance não como um prejuízo em si, mas como uma mera situação geradora de danos morais. Ademais, há os casos em que houve erro na quantificação, concedendo indenização à vítima não equivalente à chance perdida, mas à integralidade do próprio resultado esperado.

Registre-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça vem desenvolvendo sua tarefa ao tentar uniformizar a aplicação da teoria e seus critérios no território nacional de acordo com a sua melhor aplicação, merecendo destaque alguns recentes julgados, que, além de expressamente acatar a teoria por parte do ordenamento jurídico brasileiro, delinearam a necessidade de verificação da seriedade e realidade das chances perdidas em concreto e o fato de que a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada tanto aos danos materiais quanto aos morais, a depender da natureza do bem pretendido com a tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Jr., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. RT 718/27. São Paulo: Ed. RT, ago 2005.

ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antônio. Ética profissional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ASSIS JR., Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo, v. 12, n. 85, p. 9-21, set./out. 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de15452.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. Decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 maio 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788459/BA. BF Utilidades domésticas Ltda. e Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 993936/RJ. Solange Pereira Alves e José Pereira de Rezende Neto. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27/03/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1079185/MG. Aldeir Batista de Aguiar e Antônio Abdala Júnior. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1190180/RS. Manfredo Erwino Mensch e Onofre dal Piva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1228104/PR. Carlos Alberto Pereira e José Apolônio Lima. Relator: Ministro Sidnei Benediti, julgado em 15/03/2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce (Coord.). São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Programa de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONI JÚNIOR, Geraldo. Responsabilidade civil do advogado & a ética no exercício da profissão. Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEIREDO, Sílvia Bellandi Paes de. A perda de uma chance. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo, v. 12, n. 85, p. 49-67, set./out. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. III. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012(a).

_____. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012(b).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, tomo IV: arts. 127 a 135. v. 4. 2. ed. Saraiva, 2000.

MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. O advogado e a sua responsabilidade civil. In: FERRAZ, Sergio; MACHADO, Alberto de Paula (Coord.). Ética na advocacia: estudos diversos. v. 2. Brasília: OAB Editora, 2004.

- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. V. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2014.
- PASOLD, Cesar Luiz. O advogado e a advocacia. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 17 e 24 maio 2011. Notas de aula.
- PIETROSKI, Lisiane Lazzari. Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudências selecionadas. Florianópolis, OAB/SC Editora, 2003.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2003.001.19138. Sebastião Carneiro da Silva e Rápido Mineiro Ltda. Relator: Desembargador Ferdinando do Nascimento, julgado em 07/10/2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006606487. Simone Salvador Luz e Guaraci Lucas de Almeida e outro. Relator: Desembargador Paulo Antonio Kretzmann, julgado em 06/11/2003.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 71001196195. Nestor Alfeu Wuttke e Nair Lauxen Klein. Relator: Desembargador Ricardo Torres Hermann, julgado em 12/07/2007.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70027291202. Idelson Pierezan e Rodrigo Bordin. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 25/03/2009.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70043518158. Lindamir Antônia Schacht e Ricardo Ceolim. Relator: Desembargador Ergio Roque Menine, julgado em 30/01/2014.
- RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSSI, Júlio César. Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados. São Paulo: Atlas, 2007.
- SARAIVA, Paulo Lopo. O advogado não pede: advoga. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006.
- SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

VASSILIEFF, Sílvia. Responsabilidade civil do advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. Responsabilidade civil do advogado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil do advogado. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo, v. 4, n. 21, p. 127-161, jan./fev. 2003.