



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
PROGRAMA DE MESTRADO**

CLARISSA MEDEIROS CARDOSO

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RELAÇÃO
ENTRE CLIENTE E ADVOGADO: UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL DA COMPREENSÃO DO TEMA PELOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS**

**FLORIANÓPOLIS
2016**

CLARISSA MEDEIROS CARDOSO

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RELAÇÃO
ENTRE CLIENTE E ADVOGADO: UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL DA COMPREENSÃO DO TEMA PELOS
TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, sob a orientação do Professor Doutor Rafael Peteffi da Silva.

**FLORIANÓPOLIS
2016**

Cardoso, Clarissa Medeiros

A teoria da perda de uma chance na relação entre cliente e advogado : uma análise jurisprudencial da compreensão do tema pelos tribunais brasileiros / Clarissa Medeiros Cardoso ; orientador, Rafael Peteffi da Silva - Florianópolis, SC, 2016.
278 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Responsabilidade civil. 3. Teoria da perda de uma chance. 4. Advocacia liberal. I. Peteffi da Silva, Rafael. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. A teoria da perda de uma chance na relação entre cliente e advogado : uma análise jurisprudencial da compreensão do tema pelos tribunais brasileiros

Autora: Clarissa Medeiros Cardoso

Título: A teoria da perda de uma chance na relação entre cliente e advogado: uma análise jurisprudencial da compreensão do tema pelos tribunais brasileiros

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, aprovada com ____.

Florianópolis, Santa Catarina. 10 de junho de 2016.

Professor Orientador Dr. Rafael Peteffi da Silva

Coordenador de Curso Dr. Arno Dal Ri Jr.

Autora: Clarissa Medeiros Cardoso

Título: A teoria da perda de uma chance na relação entre cliente e advogado: uma análise jurisprudencial da compreensão do tema pelos tribunais brasileiros

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, aprovada com ____.

Florianópolis, Santa Catarina. 10 de junho de 2016.

Professor Orientador Dr. Rafael Peteffi da Silva

Professor Dr. João dos Passos Martins Neto

Professor Dr. Guilherme Henrique Lima Reining

Professor Dr. Orlando da Silva Neto

“Tua vida é um pedaço da vida que eu não sabia viver.

E no dia que você chegar, aquecer com seu raio de sol, seu calor e brilhar, brilhar, brilhar, brilhar..

Vai trazer um pouco mais de vida, alegria e esperança pro nosso lugar. Trazer um pouco mais de vida, alegria e esperança pro nosso lugar.

Tal como uma linda manhã de sol, você já surgiu.

Saindo da noite para ser o sol, você brilha”.

Jackson Roberto Cardoso

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A presente dissertação pretende, essencialmente, contribuir à discussão acerca da teoria da perda de uma chance, mormente com relação à compreensão da teoria pelos operadores do direito, a partir de um levantamento jurisprudencial sobre o tema. O presente trabalho faz um recorte, limitando-se a analisar com mais profundidade a compreensão da teoria na seara envolvendo advogados. Os julgados analisados tratam, exclusivamente, de demandas em que em razão do inadimplemento contratual por parte do procurador, o cliente ajuizou ação pleiteando indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance. Para esse fim, o estudo divide-se em duas partes. A primeira inicialmente esclarece os conceitos essenciais da teoria da perda de uma chance, bem como trata de seus requisitos de aplicação. Já a segunda parte trata, inicialmente, das atividades desenvolvidas pelos advogados. Num segundo momento parte-se à análise sistemática dos julgados elencando-se os principais problemas acerca da incompreensão da perda de chances. Por intermédio dessa pesquisa, almeja-se identificar os principais problemas acerca da assimilação da teoria pelos operadores jurídicos.

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance. Responsabilidade civil do advogado.

ABSTRACT

This dissertation essentially intends to contribute on the debate concerning the loss of chance theory in Brazilian law, particularly in what regards to how it is perceived by judicial operators, from a jurisprudential raising on the subject. The present study aims specifically to analyze with depth how the concept of the chance lost is understood in lawsuits implicating legal practitioners. The selected judicial precedents deal exclusively with lawsuits filed by plaintiffs who aim reparation after contractual breach incurred by the defendants, their former lawyers, on the grounds of loss of chance. For this purpose, then, this dissertation is divided into two main parts. In the first part, one aims to establish and clarify the essential concepts of the loss of chance doctrine, as well as one investigates the requirements made to apply the theory in legal actions. In the second part, one initially explores the activities performed by lawyers. Then, one systematically examines the selected judicial precedents, pointing out facts and causes of the theory's miscomprehension. By means of the present research, one intends to identify the main problems surrounding the understanding of the theory of loss of chance by judicial operators.

Keywords: Loss of chance theory. Civil responsibility of lawyers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	29
1.1. Breve relato histórico nos principais países europeus em que se desenvolveu a teoria da perda de uma chance	29
1.2. A teoria da perda da chance e sua chegada ao Brasil.....	37
1.3. Requisitos para a configuração da reparação por perda de uma chance	47
1.3.1. Análise da causalidade que se faz necessária à compreensão das chances perdidas.....	47
1.3.1.1. Teoria da equivalência de condições.....	48
1.3.1.2. Teoria das condições mais relevantes ou teoria da causalidade adequada.....	53
1.3.1.3. Teoria do dano direto e imediato.....	56
1.3.2. A seriedade das chances	61
1.3.3. O problema da quantificação.....	68
1.3.4. Perda definitiva da vantagem esperada.....	73
1.4. Natureza jurídica das chances perdidas	76
1.4.1. Perda das chances como dano específico e como utilização da causalidade parcial.....	76
1.4.2. Necessária diferenciação das chances perdidas e lucros cessantes.	92
1.4.3. Perda da chance e sua natureza jurídica de dano emergente e a incidência do princípio da reparação integral	94
1.4.4. Perda da chance como expressão de dano moral e dano material e possibilidade de cumulação	98
1.5. Recepção da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro	103
2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICABILIDADE AO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO	106

2.1. Reconhecimento da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao advogado atuante como profissional liberal.....	106
2.2. O advogado e seu <i>munus</i> público	107
2.3. Natureza jurídica da prestação do serviço de advocacia e responsabilidade eminentemente contratual do advogado.....	109
2.4. Distinção entre obrigação-meio e obrigação-fim.....	113
2.5. Responsabilidade subjetiva do advogado e inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor	119
2.6. As possibilidades de responsabilização	125
2.6.1. Responsabilidade por erro de fato. O erro de direito e as causas de responsabilização	126
2.6.2. Omissão de providências preliminares.....	127
2.6.3. Não ajuizamento da demanda dentro do prazo prescricional e decadencial	128
2.6.4. Não observância de prazos processuais.....	130
2.7. Análise dos precedentes.....	133
2.7.1. O problema da fundamentação.....	134
2.7.1.1. Incompreensão do conceito de chance.....	134
2.7.1.1.1. Caso em que o resultado foi obtido através de ação rescisória – ausência do requisito perda definitiva da vantagem esperada -, mas, mesmo assim, o juiz concedeu indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance.....	134
2.7.1.1.2. Casos em que a vantagem esperada ao final do processo aleatório foi obtida através de ação rescisória e o acórdão corretamente reconheceu a ausência de chances passíveis de reparação	138
2.7.1.1.3. Sentença que constituiu título executivo judicial, mas, diante do atraso no início do cumprimento de sentença, o crédito foi prescrito. Pleito com base na teoria da perda de uma chance.....	143
2.7.1.1.4. Casos em que não houve o ajuizamento da demanda pelo advogado, reconhecendo-se, posteriormente,	

a prescrição do direito do cliente. Condenação do procurador ao ressarcimento do valor prescrito	150
2.7.1.1.5. Casos em que em razão da resolução do contrato houve a devolução de valores ao cliente com fundamento na perda de chances	157
2.7.1.1.6. Exigência de demonstração do resultado final do processo aleatório interrompido para a reparação do dano material com fundamento na perda de uma chance, havendo o reconhecimento do dano moral a título de chances perdidas	163
2.7.1.1.7. Chances perdidas utilizadas como sanção pelo inadimplemento contratual através da condenação por dano moral. Reconhecimento expresso de que as chances não eram sérias e reais	172
2.7.1.1.8. Refutação da teoria da perda de uma chance pela baixa chance de êxito e reconhecimento do dano moral pelo inadimplemento contratual.....	179
2.7.1.1.9. Casos em que a análise da seriedade é realizada de forma correta reconhecendo-se a seriedade das chances, mas há incompreensão do julgador ao com relação aos danos morais advindos da perda de chances porque considerados <i>in re ipsa</i>	181
2.7.1.2. O problema da fundamentação adstrito à observação dos requisitos de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance	193
2.7.1.2.1. Precedentes que reconheceram ou não a aplicação da teoria da perda de uma chance, mas que a fundamentação não se mostrou adequada porque não levou em consideração a prova dos autos e a matéria de direito discutida na ação originária	193
2.7.1.2. A aplicação correta da teoria da perda de uma chance	205
2.7.1.2.1. O acerto dos casos em que se refutou a teoria da perda de uma chance.....	205
2.7.1.2.2. O acerto dos casos em que se aplicou corretamente a teoria da perda de uma chance	235

2.8. Outras considerações extraídas dos precedentes judiciais examinados	240
2.8.1. Fraca representação dos clientes lesados ao advogado inadimplente na jurisdição administrativa das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil	240
2.8.2. A questão da incidência do Código de Defesa do Consumidor não está tão bem consolidada	241
2.8.3. Ausência de unanimidade sobre o prazo prescricional para se pleitear valores oriundos do inadimplemento contratual pelo advogado	242
3. CONCLUSÃO	248
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	253

INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance, originária da França, começou a ser debatida pela doutrina e jurisprudência francesa já nas primeiras décadas do século passado. Expandiu-se pelos países vizinhos, não se limitando àqueles de ordenamento de origem romano-germânica, desenvolvendo-se, também, em meio à Common Law, especialmente Inglaterra e Estados Unidos.

Passa a ser aceita pela doutrina e jurisprudência para que sejam reparadas as chances perdidas da vítima que teve seu processo aleatório interrompido pelo agente cometedor do ato ilícito. O dano em questão se configura na subtração das chances da vítima obter uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido.

A teoria possui arcabouço teórico delimitado e exige, para sua aplicação, a existência de chances sérias e reais, evitando-se a indenização de mera expectativa, bem como a perda definitiva da vantagem esperada. Ou seja, deve-se aferir se o resultado esperado ao final do processo aleatório foi retirado da vítima de forma definitiva.

Sua aplicabilidade ocorreu nas mais variadas esferas cotidianas, como nos casos de erros de advogado, de ilícito cometido por transportador que não entregou o cavalo em tempo de participar do páreo, dentre outras hipóteses. Mereceu destaque, também, a aplicação da teoria aos casos ligados à seara médica, situação esta que ganhou atenção da doutrina francesa.

A produção doutrinária trouxe a sistematização da teoria da perda de uma chance em dois grandes grupos. No primeiro, localizam-se, normalmente, os casos clássicos, compreendidos como aqueles em que o processo aleatório, no qual a vítima se encontrava, é totalmente interrompido pela conduta do agente causador do ilícito, subtraindo-lhe as chances de obter o resultado final que aguardava. No segundo grupo, incluem-se os casos em que a conduta do agente causador do ilícito não interrompe o processo aleatório no qual a vítima se encontrava, fazendo com que haja tão somente a diminuição das chances de se obter a vantagem esperada, de modo que a estatística será a ciência utilizada para se aferir o grau de contribuição do réu para o acontecimento do dano. No Brasil, essa sistematização está apresentada de forma aprofundada na obra de Rafael Peteffi da Silva e hoje é debatida por vários autores.

Solidificadas as bases da teoria da perda de uma chance, ela passa a ser utilizada nas mais variadas hipóteses pela jurisprudência, chegando ao Brasil, com maior força, entre o final da década de 1990 e o início dos anos 2000. Mesmo antes desse período, tanto os doutri-

nadores clássicos, quanto alguns julgados esporádicos, já vinham tecendo considerações acerca da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance.

A partir da virada do século, então, os tribunais brasileiros passam a discutir de forma mais detida a teoria da perda de uma chance, e sua aplicabilidade encontra menor resistência nos operadores do direito. Ao ser introduzida pelos tribunais pátrios, com o auxílio da doutrina, não se verificou uma seara específica para sua aplicação. Os mais variados casos, quando preenchidos os requisitos da perda de uma chance, mereciam a aplicação da teoria.

Sob essa conjuntura, começou-se a observar alguns equívocos de julgados que invocaram a responsabilidade civil do agente com fundamento da perda de uma chance. A imprecisão dos julgados chamou ainda mais a atenção nos casos em que advogados eram demandados por ex-clientes em razão de falha cometida durante a condução do processo para o qual foram contratados para atuar.

Diante dessa constatação, decorre a necessidade, aqui intentada, de demonstrar como os tribunais têm dirimido as demandas em que advogados foram acionados por motivo de inadimplemento contratual, seja ela a perda de prazo, o não comparecimento em audiência, a não observância do lapso prescricional para o ajuizamento da ação, dentre outras situações. O objetivo desta pesquisa é constatar as principais incompreensões da teoria da perda de uma chance não só por parte dos tribunais, mas, também, por parte dos próprios advogados. Tudo isso porque a má aplicação da teoria da perda de uma chance acarreta em julgamentos injustos, tanto para o cliente lesado, quanto para o advogado comitente da falta. Com relação a esse segundo personagem, ainda há a agravante de que uma condenação injusta com fundamento na perda de uma chance pode apresentar um reflexo negativo na carreira no procurador.

A estrutura do trabalho é, dessa forma, concebida em dois momentos.

O primeiro capítulo é centrado na apresentação da teoria da perda de uma chance. Inicialmente, faz-se um breve histórico da teoria da perda de uma chance nos países europeus, berço do desenvolvimento teórico da perda de uma chance. Apresenta-se sumariamente o desenvolvimento da perda de uma chance em França, Inglaterra e Itália, países cuja produção doutrinária acerca da teoria influenciou mais o Brasil. Posteriormente, faz-se uma análise mais detalhada de como ocorreu o estabelecimento da teoria no Brasil.

Num segundo momento, passa-se à exposição dos requisitos da perda de uma chance, tratando-se, primeiramente, das teorias da causalidade, a fim de fornecer ao leitor elementos para a compreensão do conceito de chances. Na sequência, apresentam-se os requisitos práticos para aplicação da teoria. Discorre-se sobre a necessidade de aferição da seriedade das chances para que possa ser possível o reconhecimento da responsabilidade civil do agente com fundamento na perda de uma chance. Como o objeto de nosso estudo está adstrito à aplicação da teoria aos casos de advogados demandados por ex-clientes, fala-se, também, na delimitação do aspecto temporal para aferição da seriedade das chances, mormente porque, para a verificação da seriedade das chances, o entendimento jurisprudencial, na maioria das vezes, serve de porto para a constatação da seriedade das chances perdidas, mostrando-se necessária a delimitação temporal.

Em seguida, trata-se dos requisitos relativos à necessidade de se verificar a perda definitiva da vantagem perdida, especialmente porque, em alguns julgados analisados, esse critério não foi observado, seja pelos julgadores, seja pelos advogados. Finalizando essa Seção, aborda-se a problemática afeta à quantificação nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

O segundo capítulo, por sua vez, inicia abordando aspectos da atividade do advogado liberal, bem como apresenta as possíveis situações de responsabilização do advogado pelo inadimplemento parcial do contrato. Abarca-se, também, a questão da inaplicabilidade do CDC à relação entabulada entre cliente e advogado, além de se discorrer acerca da modalidade de obrigação do advogado, se de meio ou de resultado.

A segunda etapa do segundo capítulo consubstancia-se no objetivo principal desta pesquisa: analisam-se os julgados dos tribunais estaduais brasileiros envolvendo a responsabilidade civil do advogado que cometeu alguma falha na condução do processo para o qual fora contratado. Cerca de cem julgados foram analisados e, para sistematizar a pesquisa, fez-se a classificação dos precedentes de acordo com a compreensão que se deu às chances perdidas no caso concreto. Os problemas relacionados à incompreensão das chances são organizados em nove grupos distintos. Há, também, dois grandes grupos envolvendo a correta compreensão da teoria da perda de uma chance. Um em que se demonstra que a teoria foi refutada de forma correta, e outro em que tanto a aplicação, quanto o arbitramento da indenização, ocorreram de acordo com os fundamentos teóricos da teoria da perda de uma chance.

Busca-se, destarte, especialmente pelo delineamento confeccionado a partir dos julgados analisados, demonstrar as principais incom-

preensões das chances a partir de casos concretos, permitindo ao leitor a compreensão da teoria da perda de uma chance, seja através do arcabouço teórico apresentado no decorrer do trabalho, seja através da análise dos casos práticos, já que se apontam os principais equívocos dos julgados através dos conceitos referenciais da teoria da perda de uma chance.

1. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

1.1. Breve relato histórico nos principais países europeus em que se desenvolveu a teoria da perda de uma chance

De origem francesa, ainda no século XIX, a teoria da perda de uma chance desponta no ano de 1889¹, quando a Corte de Cassação da França garantiu indenização a um postulante que a requereu diante da atuação culposa de oficial do *parquet* que extinguiu todas as possibilidades de êxito do autor, caso a demanda percorresse seu procedimento natural. Trata-se do *leading case* francês que utilizou a teoria na prática^{2,3,4}. Isso não quer dizer, evidentemente, que, desde 1889, a teoria da

¹ Embora não tenhamos nos debruçado sobre as obras francesas que trataram sobre a perda de uma chance, ao analisar a doutrina nacional acerca do tema, nos deparamos com certa divergência de autores que sustentam não ser esse o caso francês mais antigo que tratou sobre as chances perdidas. Daniel Amaral Carnaúba ressalva que “É comum, mesmo em obras francesas, remeter a origem da teoria da perda de uma chance a um julgado proferido em 17.07.1898 pela *Chambre de Requêtes* da Corte de Cassação. Uma análise mais minuciosa da decisão e daquelas que a sucederam revela o quanto essa concepção é equivocada”. O autor sustenta, ainda, que o equívoco cometido pela doutrina francesa e brasileira em considerar o julgado de 1889 como *leading case* das chances perdidas, decorre irresponsável prática da citação indireta, permitindo que mal-entendidos como o presente sejam perpetuados. (CARNAÚBA, 2012, p. 139-171). Na mesma linha, Flávio da Costa Higa relata que “[...] o relato é inverídico, conforme destacado, de forma pioneira, por Daniel Amaral Carnaúba, razão pela qual se optou por uma breve digressão, a fim de proceder à recuperação histórica do mencionado julgamento”. Continua relatando que a *Chambre de Requêtes* sequer teria competência para julgar um caso desses naquela época e conclui que o primeiro caso que tratou sobre a perda de uma chance na jurisprudência francesa ocorreu em 1932. Segue o autor dizendo que “[...] no mesmo ano (1932), a Corte de Cassação prolata seu primeiro acórdão concedendo reparação pela perda de chances. Tratava-se do caso em que um notário, Sr. Grimaldi, provocou um duplo prejuízo aos seus então clientes, o casal Marnier, em consequência de suas falhas e de sua conduta dolosa, que fez com que eles perdessem a chance de adquirir o imóvel que desejavam e, ainda por cima, tivessem de arcar com o pagamento de despesas de diversos atos notariais completamente inúteis” (HIGA, 2012).

² PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 11.

³ Corroborando com Rafael Peteffi da Silva, o autor português Rui Cardona Ferreira ensina que “A perda de *chance* é uma figura de criação pretoriana que remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de julho de 1889, no

perda da chance tenha sido aceita de forma sistemática nos tribunais gauleses. Antes de se pacificar e amadurecer o entendimento sobre a possibilidade de reparação das chances perdidas, a jurisprudência francesa compreendeu a questão de maneira diferente até chegar à atual concepção das chances perdidas⁵.

qual foi concedido o provimento a um pedido de indenização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa”. (FERREIRA, 2011, p. 114).

⁴ Também corrobora com Rafael Peteffi da Silva outro autor português, Nuno Santo Rocha, leciona: “Em 17 de Julho de 1889, através de uma decisão da *Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation* francesa, aceitou-se a indenização pela *perte de chance* de ganham uma acção judicial provocada pelo comportamento negligente de um *officer ministériel* que impediu a normal tramitação do processo. A partir desse momento, a teoria foi sendo aplicada às mais variadas circunstâncias, desde a perda da possibilidade de vitória em jogos de sorte ou azar, em competições desportivas e em concursos públicos, à perda da oportunidade de se obter uma promoção profissional, ou um emprego mais lucrativo, e até mesmo à perda de oportunidade de se conquistar um determinado mercado”. (ROCHA, 2014).

⁵ De acordo com Daniel Carnaúba houve um desenvolvimento da teoria pelo direito francês que se consegue visualizar com clareza. A primeira posição adotada pela jurisprudência foi aquela em que não se reconhecia a reparação das chances perdidas. O problema era discutido especialmente nos casos em que o transportador impossibilitava o cavalo de chegar a tempo à corrida para disputar o torneio. Entendia-se que o óbice à reparação do cavalo não chega a gerar um direito indenizatório ao dono do cavalo. Os fundamentos principais para o afastamento da possibilidade de reparação era a ausência do nexo causal entre a perda do prêmio e a conduta imputada ao transportador e a falta de certeza de que o cavalo levaria o prêmio. Os inconvenientes dessa corrente jurisprudencial eram: ao se recusar a reparação, significava em uma negação de que o agente atingiu um interesse legítimo da vítima, bem como admitia que o interesse aleatório era nulo, deixando de fora da esfera de proteção da responsabilidade civil todos aqueles interesses acerca de interesses aleatórios. A segunda posição adotada pela jurisprudência passou a admitir a possibilidade de reparação das chances perdidas com base na utilização da técnica das presunções de fato, o qual consistia num raciocínio probatório, por meio do qual o juiz poderia afirmar a existência de um fato controverso com base em elementos indiretos capazes de indicar a probabilidade de o fato ocorrer ou não. Assim, só era possível se valer da técnica quando os elementos existentes no caso concreto eram fortes os suficientes, de modo que o juiz, no lugar de admitir a incerteza das chances, eliminava-a buscando, através de presunções, a certeza da vantagem esperada. Superando essas duas correntes jurisprudenciais franceses, é se consolidou o

Após complexa construção doutrinária e jurisprudencial sobre a teoria da perda de uma chance, a jurisprudência daquele país consagrou a reparação das chances perdidas nos moldes atuais, passando a observá-la tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual, quanto nos casos de ilícitos extracontratuais, além das hipóteses regulamentadas pela responsabilidade objetiva⁶.

Henri Lalou foi o primeiro jurista a fazer referência à reparação das chances perdidas no ano de 1914 e, em 1920, o autor expressou a ideia de maneira mais sistematizada em nota publicada no *Recueil Dalloz*, em que comenta sobre um julgado de janeiro de 1920⁷. Alguns anos mais tarde, mais precisamente em 1928, a nota de Henri Lalou foi incorporada à primeira edição da obra *La Responsabilité Civile*. Nessa época, os tribunais franceses ainda não haviam acolhido, expressivamente, a tese da reparação das chances. No entanto, as chances perdidas passaram a ser explorada pelos juristas após tratado de Henri e Léon Mazeaud, sendo a partir desse momento que a jurisprudência francesa

entendimento atualmente adotado pelos tribunais franceses. (CARNAÚBA, 2013, p. 82 et seq).

⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 11-12.

⁷ O julgado comentado pelo jurista francês tratava de um pai de uma criança falecida em um acidente que demandava a indenização referente à prestação alimentar que seu filho lhe forneceria no futuro. O Tribunal de Meaux rejeitou o pedido sob a justificativa de que se tratava de um prejuízo meramente puramente eventual. O jurista criticou a decisão da seguinte maneira: “Uma transportadora entrega o cavalo após o fim da corrida da qual ele deveria participar; um huissier intima o apelado depois do prazo legal; em uma hasta pública, um *avoué* se esquece de fazer um lance em favor de seu cliente: poderíamos então afirmar que a transportadora, o *huissier* ou o *avoué* não devem perdas e danos porq eu o prejuízo alegado é eventual ou hipotético, visto que o proprietário do cavalo, os clientes do *huissier* ou o do advogado não podem comprovar que, se o cavalo tivesse corrido, ele teria ganhado a corrida, se a apelação tivesse sido conhecida, a reforma seria obtida e o lance tivesse sido proposto, seu proponente adjudicaria o bem? Tal raciocínio está correto, mas ele não é peremptório. A verdade é que, em todas estas hipóteses, houve a privação de uma chance: a chance de ganhar a corrida, de reformar a sentença e de se tornar um adjudicatário; e esta privação é um dano atual. Igualmente, o responsável pelo acidente mortal priva atualmente os ascendentes da vítima direta da chance de obter, em um futuro mais ou menos próximo, a prestação alimentar da vítima”. (CARNAÚBA, *op. cit.*, p. 139-171).

passou a discutir de forma mais efetiva o conceito da reparação pelas chances perdidas^{8,9}.

No ano de 1932, a Corte de Cassação Francesa proferiu dois julgamentos, que ganham relevância para esta monografia nada obstante não sejam tão referenciados pela doutrina, dado que ambos versaram acerca da reparação das chances perdidas com relação ao inadimplemento contratual de um notário e de um advogado¹⁰. No primeiro caso, houve a confirmação da decisão de segunda instância em que se condenou um notário que, com culpa, privou seu cliente da chance de adquirir a propriedade rural que desejava¹¹. Dois anos mais tarde, a mesma Corte julgava outra hipótese afeta às chances perdidas na seara da responsabilidade profissional: um advogado deixou prescrever a ação de seu cliente e, por esta razão, foi responsabilizado, ainda que não se tivesse certeza do êxito da demanda que seria ajuizada por seu mandante¹². Interes-

⁸ CARNAÚBA, *op. cit.* p. 139-171.

⁹ Flávio da Costa Higa sustenta ter havido o *leading case* francês em 1932.

¹⁰ HIGA, 2012, p. 22.

¹¹ O voto do acórdão consignou: “Considerando, no que concerne o prejuízo e o nexo causal entre o ato culposo e o prejuízo, que os juízes de instância inferior declararam que, em razão das falhas no exercício de sua profissão e de sua conduta dolosa, o notável Grimaldi provocou um duplo prejuízo aos consortes Marnier, que perderam toda a chance de adquirir a propriedade rural que eles desejavam, e que, de outro lado, eles tiveram de arcar com as custas de diversos atos inúteis; Considerando que, a partir destas constatações e declarações, o acórdão ora recorrido pôde concluir que a responsabilidade de Grimaldi estava configurada e apreciou, ato contínuo, soberanamente o montante das perdas e danos que ele deveria pagar aos consortes Marnier”. (CARNAÚBA, *op. cit.*, p. 139-171).

¹² Daniel Amaral Carnaúba assevera que “Dois anos mais tarde, a mesma Corte proferiria seu primeiro julgado sobre a reparação de chances no campo da responsabilidade dos profissionais de justiça. Na decisão atacada, a Corte de Apelação de Angers havia condenado um advogado [*avoué*] que deixara prescrever a ação de seu cliente. A despeito da incerteza sobre o resultado do processo comprometido, a Corte de Apelação constatou que havia uma perda certa, apta a gerar o dever de indenizar: “há uma certeza, visto que, proposta no prazo previsto em lei, a ação poderia resultar em uma decisão favorável, conquanto, intentada depois do prazo, ela estaria fatalmente fadada ao fracasso”. E Esse argumento seria aprovado pela Corte de Cassação. É então essa chance perdida que estará sujeita à reparação.” (CARNAÚBA, *op. cit.*, 2013, p.106.) No mesmo sentido, Flávio da Costa Higa assevera que “Dois anos após, a Corte de Cassação teve a oportunidade de se pronunciar favoravelmente à reparação das chances perdidas, na seara da responsabilidade dos profissionais de justiça, ao

sante notar que o segundo caso, como se verá a seguir, continua sendo objeto de alguns acórdãos proferidos pelos tribunais brasileiros.

A teoria, então, se difundiu pelos tribunais franceses¹³:

Na medida em que permite que os juízes contornem as condições da responsabilidade, a reparação de chances lhes oferece um grande potencial, e é por esta razão que os magistrados não tiveram qualquer parcimônia em empregá-lo. Dali em diante, a técnica seria aplicada aos mais diversos campos, a tal ponto que um julgado de 1952 pôde afirmar ser “cedição na jurisprudência que a perda de uma chance constitui não um prejuízo eventual, mas um prejuízo certo, ensejando o direito à indenização”. Em seu turno, a Corte de Cassação reforçou a importância desta técnica, tendo inclusive reformado, em 1956, um julgado no qual os magistrados haviam ignorado a possibilidade de reparar as chances perdidas pela vítima¹⁴.

Em 1911, tem-se a primeira aparição da teoria da perda de uma chance na Inglaterra. Era o caso *Chaplin vs. Hicks*, em que a autora era participante e finalista, junto com outras 49 modelos, de concurso de beleza. No entanto, a Sra. Chaplin apenas recebera a carta de convite para comparecimento à última fase do concurso no *Aldwich Theatre* no mesmo dia em que se realizaria a etapa final do evento, impossibilitando-a de se apresentar no local designado junto com as demais concorrentes. A Corte Inglesa “[...] entendeu que o Sr. Hicks não proporcionou meios razoáveis para dar a Sra. Chaplin uma oportunidade de se apresentar à seleção, e avaliou os danos em 100 libras¹⁵”. Ou seja, além de

rejeitar o recurso contra a decisão do Tribunal de Angers, que condenou um advogado que havia deixado prescrever a pretensão de seu constituinte” (HIGA, *op. cit.*, p. 23).

¹³ Em que o objetivo do nosso estudo não seja esmiuçar a teoria da perda de uma chance na jurisprudência francesa, além porque excelente é a obra de Rafael Peteffi da Silva nesse sentido, é importante destacarmos que esse breve relato histórico é relevante porque foi o direito francês que tratou forma mais detida e analítica a teoria da perda de uma chance, vindo a ser referência no que tange ao reconhecimento da indenização pelas chances perdidas. No Brasil, os principais autores que estudaram a teoria possuem como marco teórico os grandes doutrinadores franceses.

¹⁴ CARNAÚBA, *op. cit.*, p. 139-171.

¹⁵ HIGA, *op. cit.*, p. 32.

ter aplicado a teoria da reparação das chances, a decisão inovou também na utilização de um coeficiente de redução na avaliação dos danos¹⁶, reconhecendo a probabilidade de 25% de chances de ganhar um dos prêmios¹⁷.

Já na Itália, embora tenha sido inicialmente refutada pela doutrina e jurisprudência, o primeiro estudo a abarcar a teoria da reparação pelas chances perdidas, a partir do exame da casuística francesa¹⁸, foi lançado apenas em 1940, e nele se discutiu a possibilidade de indenização nos casos em que inexistia, de fato, um dano final a reparar, concluindo-se, ao final, pela impossibilidade de se conferir às chances um valor de mercado^{19,20}.

Foi, então, com Adriano De Cupis que a doutrina italiana reconheceu a possibilidade de reparação pela perda de uma chance. Diferentemente dos seus precursores, ele conseguiu visualizar objetivamente um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante^{21,22}.

¹⁶ *idem*.

¹⁷ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸ SAVI, 2009, p. 07. O autor expõe que os casos franceses sobre os quais se debruçou Giovanni Pacchioni foram os seguintes: (a) um jóquei que deverá montar um cavalo e corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, no tempo hábil para participar do Grande Prêmio; (b) um ponto que envia seu quadro a uma exposição, mas por culpa dos correios ou de terceiros, a obra é destruída ou não é entregue em tempo de participar da exposição; e, (c) um advogado perde o prazo para interpor recurso de apelação, impossibilitando que seu cliente tenha a possibilidade de obter reforma da decisão recorrida ou a própria cassação da sentença que lhe foi desfavorável.

¹⁹ O embasamento desta conclusão seria o fato de que, ao contrário do que ocorria no ordenamento jurídico francês, na Itália daquela época, a reparação civil estaria restrita à esfera dos danos patrimoniais, não estabelecendo relação com outras espécies de dano moral. (SAVI, *op. cit.*, p. 08).

²⁰ Posteriormente, mais precisamente em 1965, Francesco Donato Busnelli, apesar de admitir que seria possível estabelecer o nexo de causalidade entre o ato ilícito de terceiro causador do dano e o dano causado, confirma a conclusão de Pacchioni, porquanto compreendia que a pretensão indenizatória encontrava óbice no fato de se referir a um dano que não teria origem na lesão de um direito subjetivo ou num interesse juridicamente tutelado. Arremata que a possibilidade prevista no ordenamento jurídico francês decorria do fato de que naquele país havia um elástico dos limites da responsabilidade civil para além das situações subjetivas juridicamente tuteladas. (SAVI, *op. cit.*, p. 09).

²¹ SAVI, *op. cit.*, p. 10.

Apesar de a doutrina italiana ter reconhecido a possibilidade de admissão da teoria da perda de uma chance²³ na década de 1960, so-

²² Nas palavras do autor italiano: “Riguardo a tali casi, deve però aggiurnersi: se non può parlarsi di un danno consistente nella mancata *vittoria* (dela corsa ippica, dela gara pittorica, dela causa giudiziaria), non può, d’alta parte, contestarsi che la prestazione del fantino, del corriere, dell’avvocato assicuri una *possinilità di vittoria*, e che próprio in vista di questa sai stata dedotta in una convezione impegnativa. In consequenza, sembra giusto ammettere che in relazione all’esclusione dela possibilità di vittoria sussita um danno giuridico. La vittoria è assolutamente incerta, mas la possibilità di vittoria, che il creditore há inteso garantirsi, già existe, magari in proporzioni ridotte, al momento in cui si verifica il fato per effetto del quale resta esclusa: cosichè si è in presenza non già di um danno lucro cessante in ragione dell’impedita futura vittoria, m adi um dano emergente in ragione dela frutrata atuale possibilità di vittoria. L’ammontare di tale danno sarà valutabile secondo i critério che esporremo sucessivamente a proposito dela valutazione equitativa del danno”. Em tradução livre: “A respeito de tais casos, deve-se, no entanto, acrescentar: se não se pode falar de um dano consistente na vitória perdida (da corrida hípica, do concurso artístico, da causa judiciária), não se pode, de outra parte, contentar-se que a prestação do cavalo, do concorrente, do advogado, assegure uma possibilidade de vitória, e que justamente em vista disso seja deduzida em uma acordo que gera um compromisso. Em consequência, parece justo admitir que em relação à exclusão da possibilidade de vitória subsista um dano jurídico. A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor quis garantir, já existe, talvez em proporções reduzidas, no momento em que se verifica o fato por efeito do qual esta fique excluída. Assim, está-se na presença não já de um lucro cessante em razão da obstada futura vitória, mas de um dano emergente em razão da futura possibilidade de vitória. O montante de tal dano será avaliado segundo o critério que exporemos sucessivamente a propósito da valoração equitativa do dano”. (DE CUPIS, Adriano. *Teoria generale dela responsabilità civile*. 1966, 2ª ed., p. 264)

²³ SAVI, *op. cit.*, p. 11 et seq. Sustenta o autor que o grande mérito da obra de De Cupis não se consubstancia apenas no reconhecimento da indenização patrimonial da chance de vitória por si só considerada, mas, principalmente, pelo fato de que o autor enquadrou a chance como uma espécie de dano emergente, o que afastaria as objeções acerca da incerteza do dano que influenciaram negativamente os trabalhos dos autos que precederam De Cupis. É que a simples alteração de enquadramento da perda da chance de lucro cessante para dano emergente, torna muito mais tranquila a admissão da possibilidade de indenização nos casos exemplificados por Pacchioni. Além disso, De Cupis fixa outras importantes premissas para a compreensão adequada da teoria da perda de uma chance. Primeiramente, o autor italiano consagra que a chance de vitória terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que reflete no montante da inde-

mente em 1983 é que a *Corte di Cassazione* italiana veio a dar guarida à teoria da perda de uma chance²⁴, sendo referidos em geral dois arestos lançados sobre procedimentos destinados à admissão ou promoção de trabalhadores^{25,26}.

Posteriormente, a aplicação da perda de uma chance passa a ser conhecida também na seara da responsabilidade profissional, mormente na questão discutida no presente trabalho: a responsabilidade civil do advogado, a qual, como dito anteriormente, é base do desenvolvimento da teoria. São três os casos que se pode dizer como paradigmas sobre o

nização. Em segundo lugar, define, também, que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis, consagrando que chances aleatórias não são passíveis de indenização.

²⁴ SAVI, *op. cit.*, p. 12 et. seq. Assevera o autor que entre os estudos do mestre De Cupis e a decisão da corte de cassação italiana, Maurizio Bocchiola publicou importante artigo intitulado de *Perdita di una chance e certezza del danno*, através do qual se conseguiu compreender adequadamente os estudos de De Cupis, refletindo, ainda, sobre outras questões importantes para a aceitação da teoria no ordenamento jurídico italiano. Para Bocchiola o grande problema enfrentado na responsabilidade civil pela perda de uma pode ser representado pela seguinte indagação: “Mas não se não é possível determinar qual teria sido o resultado dos eventos, do quais se dependia a realização da chance, pode-se falar, ainda, de dano certo e, portanto, ressarcível?”.

²⁵ FERREIRA, *op. cit.*, 2011, p. 148. Os julgados são: Ac. de 19.11.1983, n. 6906; e, Ac. de 19.12.1985, n. 6506.

²⁶ No primeiro julgado italiano, a corte de cassação manteve decisão de primeiro grau em que se condenou determinada empresa que impediu certos candidatos de permanecerem em processo seletivo a vagas de motoristas após terem se submetido a vários exames médicos, sendo que ainda faltavam provas de direção e de cultura elementar para conclusão do processo seletivo iniciado. Por aquela corte restou conhecida a responsabilidade da empresa pela perda da possibilidade de conseguir o emprego, em virtude de não terem completado o processo seletivo. (SAVI, *op. cit.*, p. 27). Já no segundo caso, a mesma corte italiana reiterou o entendimento anteriormente, afirmando que estava em jogo um dano certo (ainda que não no seu montante), que consistia não num lucro cessante, mas, sim, num dano emergente da perda de uma possibilidade atual e não de um resultado futuro. Assim, não se confundiria com uma mera expectativa de fato, mas de uma de chance séria e real. No que se refere à quantificação, esse acórdão deixou também uma diretriz no sentido de que “[...] o valor da própria chance há-de consistir no valor atribuído ao resultado que constitui seu objeto (no caso de espécie, o montante da remuneração que o trabalhador deixou de auferir), reduzido segundo um coeficiente que tenha em conta o grau de probabilidade de obtenção desse mesmo resultado”. (FERREIRA, *op. cit.*, 2011, p. 150/151).

tema na jurisprudência italiana, todos da *Corte di Cassazione*: o primeiro de 1996, o segundo de 1998 e o terceiro de 2001²⁷.

1.2. A teoria da perda da chance e sua chegada ao Brasil

No direito brasileiro, a teoria da perda de uma chance começou a ser discutida de forma mais sólida por volta dos anos 2000. No entanto, apesar de ser um tema recente para a doutrina e a jurisprudência brasileiras, autores clássicos, ainda que timidamente, já acenavam para a aceitação da reparação civil pela perda de uma chance.

José de Aguiar Dias, ao comentar sobre a possibilidade de responsabilização do advogado no caso de falha no momento da interposição de recurso para seu cliente, já sinalizava para a possibilidade de reparação das chances perdidas. No caso comentado pelo autor, o 1.º Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu pela não responsabilização do advogado que perdeu prazo para interposição de recurso em reclamação

²⁷ O autor português Rui Carona Ferreira, com relação aos julgados em que se reconheceu a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance traz importante consideração: “[...] os arestos que acabámos de referir-nos traduzem uma inflexão numa orientação jurisprudencial longamente sedimentada, que remonta pelo menos ao acórdão tirado pela *Corte di Cassazione* em 10.02.1931 (n. 495), onde se reconhece o direito do constituinte concretamente lesado a ser indemnizado pelas despesas incorridas, mas não por um dano *incerto e eventual* relacionado com o êxito do recurso não interposto tempestivamente. Embora reconhecendo a impossibilidade de considerar demonstrado o nexo de causalidade entre a falta do advogado e a definitiva sucumbência do respectivo cliente, CALAMANDREI insurgiu-se, na sua anotação, contra a injustiça da solução, que deixa incólume a falta cometida, e propôs a atribuição de uma indemnização desse dano segundo o grau de probabilidade abstracta da respectiva ocorrência, tendo em conta a estatística relativa ao número de sentenças revistas em sede de recurso. É impressionante a proximidade entre a sugestão adiantada por CALAMANDREI há quase oitenta anos e a orientação adoptada nos arestos acima descritos, agora sob a invocação de um dano autónomo de perda de *chance*, especialmente tendo em conta a posição expressa pela *Corte di Cassazione* no acórdão tirado em 13.12.2001 (n. 15759), que tende a reconhecer sempre o direito a uma indemnização independente da viabilidade concreta do processo judicial em que a falta do advogado tenha ocorrido (revelando este aspecto apenas na determinação do *quantum* indemnizatório)” (FERREIRA, *op. cit.*, p. 159-160).

trabalhista²⁸. Sobre a existência de dano naquele caso, o doutrinador assinalou que

[...] sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia²⁹.

O mestre Agostinho Alvim também discorreu sobre o tema de forma indireta quando, em sua obra, explanou sobre a responsabilidade do advogado por ocasião da perda de um prazo para interposição de um recurso em favor de seu cliente. A lição é primorosa e merece transcrição integral:

Alguém vê julgada improcedente uma ação, que intentou para haver quantia certa. A sentença, pro-

²⁸ DIAS, 1997, p. 129. Importante trecho do autor que já visualizava tanto a noção da responsabilidade civil do advogado, quanto a noção de perda de uma chance em casos de erro do patrono que deixou de efetuar algum ato no processo, provando alguma possibilidade de dano ao seu cliente: “Parece assente entre os doutores que o advogado não é responsável pelo fato de não haver recorrido. Carvalho Santos, opinando contra os que reconhecem a responsabilidade, ensina que há exagero em exigir do advogado que recorra sempre. Se lhe é lícito, ao se convencer da falta de direito do constituinte, aconselhá-lo a desistir da demanda, assim também lhe deve ser permitida a omissão de recurso fadado a insucesso, só admitindo a responsabilidade quando haja probabilidade de reforma da sentença de que deveria ter o advogado recorrido, cabendo ao cliente a prova de que tal aconteceria. Se o advogado, porém, deixa de recorrer, não obstante os desejos do cliente, incorre em responsabilidade. Por que desobedecer-lhes às instruções, tanto mais que tem o direito, se com elas não se conforma, de renunciar o mandato, desde que o não faça intempestivamente? Por pensar assim é que não nos podemos conformar à opinião manifestada pelo Tribunal de São Paulo, ao decidir que a simples possibilidade de ser reformada uma decisão mediante interposição de recurso, não preparado no prazo pelo advogado, não autoriza a ação de reparação contra o profissional. Esse aresto, além de encarar a espécie à luz do art. 159 do Código Civil, fazendo referência a ato ilícito (o que pode, reconhecemos, ser uma consequência de erro do autor), deixou de decretar uma responsabilidade que, da sua própria leitura, nos parece irrecusável, porque não há advogado digno desse título que não avalie a gravidade da falta de não preparar o recurso. Contudo – e é o que sucederá na maioria dos casos – o autor não fizera prova do prejuízo e, nessas condições, não obstante reconhecida a responsabilidade, não seria, realmente, possível uma condenação.

²⁹ *ibidem*, p. 297.

ferida por juiz inexperiente, certamente não subsistirá, por haver apreciado mal a prova. Todavia, o advogado, por negligência, deixou de apelar. Impossibilitado o recurso, e não sendo o caso de ação rescisória, não poderá o autor obter o restabelecimento de seu direito. Pensará, então, em voltar-se contra o seu advogado, a fim de conseguir que este o indenize. Mas a prova do prejuízo é absolutamente impossível. Com efeito, a causa apontada do dano é a não-interposição do recurso. Mas, como fazer a prova de que, interposto teria logrado provimento?

Para estes casos há o preventivo da cláusula penal, que autoriza o credor a cobrar a multa prevista, bastando que prove a infração do avençado, dispensado da alegação de prejuízo (Cód. Civ., art. 927). Dado, porém, que o credor não tenha usado deste preventivo, será de todo irremediável o seu mal? Tal conclusão seria exagerada. Com efeito, se êle está inibido de provar a existência direta do dano, tam como o supusemos, outro dano há, resultante da mesma origem, o qual se pode provar e é, portanto, indenizável.

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos. Tanto é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença de primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.

O crédito valia fez. Suposta sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco. Se este cálculo não traduz

exatamente o prejuízo, presente em todo o caso, o dano que pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido³⁰.

Caio Mario da Silva Pereira, já no final da década de 1980, tecia comentários sobre a possibilidade de reparação das chances perdidas, concluindo que “[...] será devida se se considerar, dentro na ideia de perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a *certeza do dano*³¹”. Também Serpa Lopes apontava para o valor da chance em si quando defendia a possibilidade de indenização, por exemplo, do cliente que teve a pretensão rejeitada porque seu advogado não interpôs o recurso no prazo certo, ou, ainda, quando o dono do cavalo não teve a chance de ver seu animal participar da corrida em razão de falha do transportador, dentre outros autores³².

³⁰ ALVIM, 1972, p. 191-192.

³¹ O autor naquela época já trazia a discussão da possibilidade de reparação das chances perdidas: “O problema surge, notadamente, quando o demandante, por sua culpa, priva o defendente de realizar um ganho ou evitar uma perda. Figura-se o fato de uma situação que já definitiva e que nada modificará; mas por um fato seu o defendente detém o desenvolvimento de uma séria de acontecimentos que poderiam oferecer a chance de ganhar ou de perder. Foi o que decidiu a Corte de Cassação, afirmam os Mazeaud, dizendo que ‘o fato do qual depende o prejuízo está consumado’. Formulando algumas hipóteses de chances de ganho ou de perda, o que se configura na categoria de ‘perda de uma chance’ (*perte d'une chance*), discutem se há um dano reparável. E exemplificam: vencer uma corrida de cavalos, ganhar um concurso, ser vitorioso numa demanda. [...] A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou. [...] é claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na ideia de perda de uma oportunidade [...] e puder situar-se a *certeza do dano*. Daí dizer Yves Chaartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza: que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.” (PEREIRA, 1989, p. 46).

³² Nas palavras de Serpa Lopes: “O requisito da certeza do dano e a perda de uma probabilidade ou ‘chances’. A perda de uma *chance* ocorre quando o causador de um dano por ato ilícito, como o seu ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de lucro ou o afastamento de um prejuízo. Cumpre indagar, então, se, em tais circunstâncias, o dano deve ser ressarcido. Dentre outras hipóteses que se apresentam como exemplos caracterizadores dessa situação, há o caso da perda de uma causa, por não ter o advogado interposto recurso da sentença contrária ao seu constituinte ou a do cavalo de corridas que perece antes da disputa do páreo, para o qual se encontrava inscri-

Em 1999, foi produzida no Brasil a primeira obra que tratou exclusivamente da perda de uma chance, a qual, aliás, versou sobre a aplicação da teoria na esfera objeto da presente dissertação, com o estudo de sua incidência nos casos em que o advogado, na condução do processo, comete falha prejudicial a seu cliente. Trata-se da obra *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*³³, de Sérgio Novais Dias.

No entanto, em que pese a inegável contribuição de sua obra, o jurista não recorreu à doutrina estrangeira que cuidou do tema de forma mais detida nas décadas de 1960 e 1970, acabando por não reconhecer o valor das chances em si consideradas, dando à chance perdida o estatuto de lucro cessante³⁴, assinalando que “[...] é sempre da parte autora ou cliente o ônus de demonstrar judicialmente que teve perdida uma chance de exame de sua pretensão judicial e ainda o dano que suportou, seja *dano efetivo ou lucro cessante*”³⁵.

A conclusão daquele trabalho foi no sentido de que a indenização da vítima deveria ser a mesma que a totalidade da vantagem esperada³⁶, indo de encontro, assim, ao desenvolvimento da teoria³⁷. Bastante perti-

to. Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia uma *probabilidade suficiente*, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a *chance*, cuja natureza é sempre problemática em sua realização”. (LOPES, 2000, p. 391).

³³ DIAS, 1999. Mais adiante trataremos de forma mais detalhada alguns entendimentos do autor que, sob nossa compreensão, são equivocados.

³⁴ Ao analisar julgados recentes, o que se fará de forma mais aprofundada na segunda parte desse capítulo, verificaremos que até hoje o judiciário, eventualmente, compreende as chances perdidas como lucros cessantes.

³⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 95 (sem grifos no original). Além disso, o autor defende, também, que nas relações entre cliente e advogado deveriam ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor.

³⁶ Da mesma forma da nota anterior, em alguns dos precedentes analisados reparam as chances perdidas na totalidade da vantagem esperada, o que demonstra a incompreensão da teoria tanto do advogado que assim formula seu pedido, quanto do judiciário que não individualiza as chances da forma correta.

³⁷ Conclui em sua obra Sérgio Novais Dias que “Ao tratar de lucro cessante, estamos acostumados a conviver com a ausência de certeza absoluta dessa forma de dano, pois nunca se saberá, com absoluta precisão, se o credor teria ou não aquele lucro esperado, que se indeniza. Na situação da *perda de uma chan-*

nente é a crítica que Rafael Peteffi da Silva faz à obra de Sérgio Novais Dias, ao identificar que o autor em questão não procedeu a uma análise profunda da metodologia que deveria ter sido empregada na quantificação das chances perdidas, concluindo-se dos exemplos apresentados na obra que a indenização que seria recebida pela vítima seria, na realidade, a totalidade da vantagem esperada³⁸.

Debruçando-se de forma mais efetiva e profunda sobre a gênese da teoria e seus impactos, sobretudo com base na doutrina francesa, a dissertação de mestrado defendida por Rafael Peteffi da Silva³⁹ tratou do tema e fez difundir com maior fervor a discussão acerca da recepção da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, outros autores⁴⁰ passaram a debater a questão, de modo que, nos dias de hoje, a teoria da perda de uma chance, muito embora ainda não seja assunto consolidado pela doutrina e jurisprudência, é extremamente discutida pelos operadores do direito.

Fernando Noronha⁴¹, outro clássico autor contemporâneo, também se dedicou à questão da possibilidade de indenização das chances perdidas. Ao discorrer acerca dos danos suscetíveis de reparação, sustentou o doutrinador que as chances perdidas puderam ser aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da diminuição das exigências – como a flexibilização da causalidade –, para o reconhecimento de certos danos, abrindo-se caminhos para a aceitação da reparabilidade de danos cuja natureza é aleatória⁴².

Atualmente, os doutrinadores mais conhecidos, como Sérgio Cavalieri Filho⁴³, Silvio de Salvo Venosa⁴⁴, Judith Martins Costa⁴⁵, dentre

ce, os danos materiais emergentes têm sua certeza equipara à certeza dos lucros cessantes, ou seja, à certeza baseada na probabilidade”. (DIAS, *op. cit.*, p. 95).

³⁸ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 195.

³⁹ PETEFFI DA SILVA, 2001. A dissertação de mestrado de Rafael Peteffi da Silva é reconhecida pela doutrina como o primeiro trabalho a explorar profundamente o tema, permitindo que a teoria da perda de uma chance iniciasse sua difusão entre os juristas.

⁴⁰ Atualmente, os principais autores que escrevem sobre direito civil e, especialmente, responsabilidade civil, já dedicam em suas obras um trecho para as chances perdidas. Ao logo deste trabalho citaremos alguns deles.

⁴¹ A referência ao autor é relevante, porquanto mais adiante trataremos de alguns entendimentos do autor português, naturalizado no Brasil.

⁴² NORONHA, 2010, p. 567.

⁴³ Em sua obra, Sérgio Cavalieri Filho ensina que “A teoria da *perda de uma chance* (*perte d’une chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez

que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela fala do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81).

⁴⁴ Sílvio de Salvo Venosa em sua obra sustenta que “Em muitas oportunidades, ao ser concedida a indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente. À expressão, à *perda de oportunidade* ou *perda de chance*, frequentemente citada na doutrina estrangeira: atleta profissional, por exemplo, que se torna incapacitado para o esporte por ato culposo, deve ser indenizado pelo que presumivelmente ganharia na continuidade de sua carreira. *Chance* é termo admitido em nosso idioma, embora possamos nos referir a esse instituto, muito explorado pelos juristas franceses, como *perda de oportunidade* ou *de expectativa*. No exame dessa perspectiva, a doutrina aconselha efetuar um balanço das perspectivas contra e a favor da situação do ofendido. Da conclusão resultará a proporção do ressarcimento. Na mesma senda do que temos afirmado, não deve admitir a concessão de indenizações por prejuízos hipotéticos, vagos ou muito gerais” (VENOSA, 2003, p. 200).

⁴⁵ Judith Martins Costa, sobre a perda da chance “o aspecto probabilístico da chance perdida constituiu terreno fértil para a construção da categoria jurídica que tem larga aplicação nos Tribunais franceses e, vez por outra, também na jurisprudência brasileira. Em apertadíssima síntese: na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante. As chances devem ser ‘sérias e reais’, como no caso de alguém que ingressa em juízo, mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p. Ex., perde o prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Nesse caso, não se trata de uma mera subjetiva ‘esperança de vencer a causa’, nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior. Será necessário provar – para além da seriedade das chances perdidas – a adequação da indenização à álea inerente às chances perdidas e a perda da ‘aposta’ (ou vantagem) esperada pela vítima. A comprovação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis – e, portanto, indenizáveis – daqueles danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada. Nessa acepção a chance não é o mesmo que uma ‘hipótese’: é uma *probabilidade real*, como averbou a Câmara Criminal da Corte de Cassação francesa ao estabelecer

outros, dedicam parte de suas obras às chances perdidas como dano passível de indenização efetivamente aceito pelo ordenamento jurídico pátrio⁴⁶.

Na jurisprudência brasileira, a teoria foi referida pela primeira vez em junho de 1990 num acórdão⁴⁷ oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, num caso em que a autora pedia indenização pela perda da chance porque havia passado por cirurgia corretiva de miopia e, como resultado, foi acometida de hipermetropia e de cicatrizes na córnea. O relator, no entanto, entendeu pela não aplicação da perda da chance, mas, sim, de um dano direto e imediato, porquanto evidenciava o nexo causal entre a conduta do médico e os danos causados à paciente⁴⁸.

que existirá perda de uma chance toda vez que é constatado o desaparecimento, por efeito de delito, da probabilidade de um evento favorável, ainda que, por definição, a realização de uma chance nunca seja garantia (*certaine*). 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 meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo 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” (MARTINS COSTA, 2003, p. 358-362).

⁴⁶ Em sentido contrário, Flávio Tartuce não reconhece a possibilidade de reparação pela perda de uma chance fazendo a ressalva de que após estudos pode alterar seu entendimento: “Pois bem, nas edições anteriores desta obra este autor já havia manifestado a não adesão à reparação civil pela perda de uma chance. Isso porque tais danos seriam, em muitos casos, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o *se*. Além disso, a perda de uma chance pode representar barreiras intransponíveis para a vítima, que ficará sem o valor indenizatório se não provar que a chance é séria e real. Em muitos casos, as categorias dos danos materiais e dos morais parecer ser mais adequadas para a resolução do caso concreto, reparando-se integralmente o dano sofrido. Essa ainda continua sendo a opinião alinhada. Todavia, o presente autor está acompanhando as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais e, no futuro, pode ser que esse parecer seja alterado. A propósito, no momento, o autor estuda o trabalho de Daniel Amaral Carnaúba, fruto de sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbone). [...]. Eventuais mudanças de posicionamento serão expostas nas edições sucessivas desta obra” (TARTUCE, 2016, p. 450).

⁴⁷ SAVI, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL, 1990. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RE-

Um ano mais tarde, o mesmo Tribunal proferiu o primeiro julgamento⁴⁹ pela aplicação da teoria da perda de uma chance, em demanda que discutia a falha do advogado que, tendo ciência do extravio dos autos de processo judicial anterior, não promoveu sua restauração de forma correta, nem informou da situação seu cliente, sendo condenado, ao final, a indenizar o cliente pela perda da possibilidade de obter prestação jurisdicional⁵⁰.

O protagonismo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos em que se discutiu a responsabilidade decorrente da perda da chance, aliás, provavelmente se encontra aliada ao fato de que, no início da década de 1990, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul promoveu palestra intitulada “La perte d’une chance en droit français”, proferida pelo professor François Chabas, citado nos precedentes da Corte Gaúcha.

O Superior Tribunal de Justiça, no início da década de 1990, julgou, também, pedido indenizatório pela chance perdida de vencer licitação pública, muito embora a causa de pedir da demanda não encontrasse fundamento na teoria, no Agravo Regimental n. 4.364/SP. Foram os

SULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE”.

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL, 1991. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO Á SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR Á MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE”.

⁵⁰ Do corpo do acórdão se extrai: “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 chance* e nisso residio o 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 alcança-la’ (La Perte d’une chance en 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 chance perdida” (RIO GRANDE DO SUL, 1991).

primeiros passos à possibilidade de discussão acerca da teoria da perda de uma chance; não se rechaçou veementemente a aplicação da tese, mas, no caso, entendeu a Corte Superior que a chance não possuiria valor econômico indenizável⁵¹. O mesmo ocorreu com o Recurso Especial n. 32.575/SP⁵². Até julgar, no final daquela década, o primeiro caso que versou explicitamente sobre a reparação pelas chances perdidas, o STJ, esporadicamente, fazia referência expressa da teoria da perda de uma chance. No entanto, via-se obrigado a julgar pretensões que, embora não apresentassem na causa de pedir a teoria em questão, se enquadravam nos preceitos das chances perdidas⁵³.

Em 1997, a Corte Superior pela primeira vez tratou expressamente da teoria da perda de uma chance, embora por maioria não tenha conhecido o Recurso Especial n. 57529/DF⁵⁴.

⁵¹ BRASIL, 1990. Também em PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 198.

⁵² BRASIL, 1997a. Ementa: “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO OBRIGATORIA PARA A CESSÃO DE USO DE BENS PUBLICOS. HIPOTÊSES EM QUE O DIREITO DE TERCEIROS, INTERESSADOS NESSE USO, NÃO VAI ALEM DA ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. SE O ESTADO DISPENSA A LICITAÇÃO PARA A CESSÃO DE USO DE BEM PUBLICO, AS EMPRESAS ASSIM ALIJADAS DA CONCORRENCIA DEVEM ATACAR O ATO ADMINISTRATIVO QUE DEIXOU DE SEGUIR O PROCEDIMENTO PRÓPRIO; SEM A ANULAÇÃO DESTA, O HIPOTÉTICO LUCRO QUE TERIAM SE VENCESSEM A LICITAÇÃO NÃO É INDENIZÁVEL, NA MEDIDA EM QUE O ARTIGO 1.059 DO CÓDIGO CIVIL SUPÕE DANO EFETIVO OU FRUSTRAÇÃO DE LUCRO QUE RAZOAVELMENTE SE PODERIA ESPERAR - CIRCUNSTÂNCIAS INEXISTENTES NA ESPÉCIE, EM RAZÃO DA INCERTEZA ACERCA DE QUEM VENCERIA A LICITAÇÃO, SE REALIZADA. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO CONHECIDO E PROVIDO; PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO PELA CAMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA”.

⁵³ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴ BRASIL, 1995. Do corpo do acórdão do voto vencido se extrai: “Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no artigo 159 do Código Civil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese da perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, e por isso incluído no âmbito do artigo 159 do CC, pois foi causado por culpa da transportadora. Trata-se de indenização fundada no direito comum, com suporte no artigo 159 do CC, daí porque não se confunde com a indenização tarifada prevista na lei especial, que se destina a reparar o dano material, decorrente da perda do valor patrimonial dos objetos transportador”.

Difundida, então, a partir do final da década de 1990, atualmente a teoria é aplicada nos Tribunais País afora, mormente nos Tribunais das Regiões Sul e Sudeste. Em que pese a sua adoção, há ainda inúmeras incongruências dos Tribunais pátrios, pois, conforme se demonstrará no decorrer do presente trabalho, e mais intensamente em sua segunda parte, há uma dificuldade evidente em se compreender os conceitos da teoria da perda de uma chance. Adverte-se, no entanto, que tal conclusão se fundamenta com base na análise dos julgados colhidos para esse trabalho que tratam especificamente da possibilidade de aplicação ou não aplicação das chances perdidas nas demandas ajuizadas por ex-clientes em face de advogados a quem anteriormente outorgaram poderes para a representação em juízo e que, por algum motivo, incorreram em falha contratual.

Faz-se, portanto, a ressalva de que a conclusão da incompreensão da teoria pelos operadores do direito, pelo menos com base nessa pesquisa, não se pode estender a todas as searas em que se invoca sua aplicabilidade, porquanto, nesse momento, a análise dos julgados se ateve àqueles que versavam sobre o objeto do presente estudo.

1.3. Requisitos para a configuração da reparação por perda de uma chance

1.3.1. Análise da causalidade que se faz necessária à compreensão das chances perdidas

Um dos requisitos para caracterização da responsabilidade civil, tanto em sua modalidade subjetiva quanto objetiva, é o nexa causal⁵⁵. Para a devida compreensão da teoria da perda de uma chance, necessário analisá-lo e estudá-lo, mormente porque, tratando o presente trabalho do estudo que abrange a teoria da perda de uma chance, o estabelecimento

⁵⁵ Trabalharemos no presente trabalho apenas o nexa causal, porquanto não há qualquer discussão com relação aos demais elementos – dano e ato ilícito – no que tange possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance. O nexa de causalidade é o elemento que gera esse debate, mormente quando se tratar das hipóteses de utilização da causalidade parcial, de modo que se mostra relevante analisar as principais teorias da causalidade para se verificar se é possível que algumas das teorias do nexa de causalidade são suficientes para abarcar a teoria pela perda de uma chance (PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 21).

do nexo de causalidade se apresenta como requisito inexorável da responsabilidade civil⁵⁶.

Pelos diversos ordenamentos jurídicos existem teorias tradicionais⁵⁷ acerca do nexo de causalidade, a fim de que se possa amoldar a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

No entanto, para a proposta do presente trabalho, elucidaremos as teorias que debateram os principais doutrinadores brasileiros, apontando, em último lugar, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio e sua vinculação com a teoria da perda de uma chance.

1.3.1.1. Teoria da equivalência de condições

⁵⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁷ Costuma-se falar em três teorias da causalidade: a *Teoria da Equivalência de Condições*, a *Teoria da Causalidade Adequada* e a *Teoria da Teoria do Dano Direto e Imediato*. No entanto, existem algumas teorias menos famosas para explicar o nexo de causalidade e que se considera importante sua exposição neste trabalho. A primeira delas é a Teoria da Causa Próxima desenvolvida por Francis Bacon, no século XVI, conhecida nas passagens das *Maxims of law*, num apeço ao rigor científico foi fundada na distinção entre causa próxima e causa remota, sustentando que para a finalidade da responsabilização do agente bastaria considerar a causa imediata, observando-se as ações segundo esta última e sem a necessidade de se remontar à causa mais distante. Partia do pressuposto de que seria para o Direito uma tarefa infinita analisar a causa das causas e as influências de umas sobre as outras, ocorrendo uma concatenação interminável. Sua principal crítica se deu com base na sua redução a responsabilidade do agente à mera questão cronológica quando, na verdade, muitas vezes a carga de nocividade não está no último fator atuante, mas, sim, em outro que o precede. A segunda que podemos citar é a *Teoria das Causas Eficiente* – também denominada *Teoria da Condição mais eficiente ou mais ativa* – não interessa o acontecimento que precedeu imediatamente o dano, mas, sim, aquele que estabeleceu a relação causal de maior grau de eficiência no resultado. A corrente doutrinária que mais ganhou força dentro desta teoria, liderada por Karl von Birkmeyer acolhia o critério quantitativo para determinar a condição mais ativa. Por outro lado, formulou-se, também, a *Teoria da Causa Preponderante*, a qual prescrevia que se devia reputar causa apenas aquela condição que rompe o equilíbrio entre os fatores favoráveis e adversos à produção do dano, pois se devia identificar o ato que por seu maior peso imprime a direção decisiva para o efeito operado. A crítica dirigida a estas duas teorias consistia em estabelecer, no caso concreto, qual das diversas condições de um resultado é a mais eficiente ou preponderante para a produção de um dano, razão pela qual as duas teorias, nos dias de hoje, estão absolutamente superadas (CRUZ, 2005. p. 53 et seq.).

Com relação às teorias da causalidade, a *Teoria da Equivalência de Condições* ou da *conditio sine qua non* ou da *Teoria da causalidade naturalística*⁵⁸ “[...] traduz-se na afirmação de que são causas de um dano todas as condições sem as quais este não se teria produzido⁵⁹”. Criada pelo criminalista Von Buri, na Alemanha do século XIX, conforme ensina Gisela Sampaio da Cruz⁶⁰, referida teoria foi baseada nas ideias de Stuart Mill que, em seus estudos, defendia que “[...] todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzimos, de uma forma ou de outra, todas elas⁶¹”. Mais do que isso, a teoria procurava justificar o porquê de o cúmplice de um crime poder ser considerado responsável pelo delito praticado pelo autor⁶².

A teoria da equivalência de condições prescreve que, para saber se uma determinada condição é causa, num processo abstrato e hipotéti-

⁵⁸ Ainda pode ser chamada de *Teoria Objetiva da Causalidade* (CRUZ, *op. cit.*, p. 35).

⁵⁹ NORONHA, 2003, p. 735.

⁶⁰ CRUZ, *op. cit.*, p. 37 et seq.

⁶¹ MILL, 1984.

⁶² NORONHA, *op. cit.*, p. 736, assevera que a Teoria da Equivalência de Condições na realidade fora uma teoria elaborada para o direito penal e que até hoje pode ser considerada substrato essencial da causalidade na seara criminal, sendo manifesta sua influência no art. 13 do Código Penal brasileiro o qual prevê que “O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. No entanto, faz a ressalva de que no âmbito da responsabilidade penal, diferentemente do que ocorre com a aplicação da teoria na esfera da responsabilidade civil, a questão do nexo causal é bem menos problemática, porquanto no direito penal existem dois filtros consideráveis que restringem sobremaneira o número de eventos que podem ser considerados para a responsabilização do agente. São eles: (a) a tipologia legal, já que só interessa as condutas que estão tipificadas como crime, pois, do contrário, não podem sofrer sanção, conforme previsão constitucional; e, (b) só tem importância os casos que, via de regra, são oriundos de condutas dolosas, de modo que neste caso, os fatores causais, em princípio, atuam como meios que o agente preordena para a consecução dos efeitos almejados, o que não ocorre no âmbito da responsabilidade civil. No mesmo sentido, Gisela Sampaio da Cruz afirma que “Em seu auge, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais chegou a influenciar estatutos penais de diversos países, inclusive o Código Penal brasileiro em vigor [...]. Mas aos poucos foi perdendo prestígio entre os penalistas alemães até quando, fora das fronteiras da Alemanha, seus país de origem, acabou sendo acolhida por ilustres civilistas” (CRUZ, *op. cit.*, p. 40 et seq.).

co, basta eliminar tal condição. Se a retirada da condição eliminar, por consequência, o resultado dano, a condição será causa; permanecendo o resultado, a condição não o será⁶³. Assim, toda condição será aquela que não se possa retirar sem que modifique o resultado, de modo que a ocorrência de qualquer outra circunstância não é relevante para o efeito de excluir o nexo de causalidade.

Fernando Noronha ensina que

De acordo com esta teoria, seria indiferente falar em causas ou em condições do dano. Um acontecimento deveria ser considerado causa de um dano sempre que se pudesse afirmar que este não teria acontecido se aquele não tivesse ocorrido: todas as *condiciones sine quibus non* (“condições sem as quais não”) do resultado seriam causas deste. Toda e qualquer condição indispensável para o evento seria causa; mesmo uma qualquer causa da causa seria sempre causa do resultado: *causa causae causa causati*.⁶⁴

Para se saber se determinada condição é causa ou não, deve-se eliminá-la mentalmente. Caso o resultado desapareça, a condição, necessariamente, é causa do dano. No entanto, se o evento persiste, ela não se caracteriza como condição. Sob essa formulação, conclui-se que condição seria todo o evento antecedente que não poderia ser eliminado mentalmente sem que venha a se ausentar o efeito⁶⁵.

Tendo em vista sua simplicidade e o fato de que, em muitos casos, a teoria da equivalência de condições fornece um grande leque de agentes imputáveis, a doutrina a criticou fortemente, porquanto ela cria um lastro de responsáveis por danos de maneira infinita. Sua aplicação ensejava “[...] regressões infinitas a causas anteriores, que quase sempre levam a decisões injustas⁶⁶”. Quanto mais se procurava remontar à causa primeira do evento, mais se aprofundaria, numa verdadeira progressão geométrica, numa infinita cadeia de antecedentes causais⁶⁷.

⁶³ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 21-22.

⁶⁴ NORONHA, *op. cit.*, p. 733-752.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51.

⁶⁶ CRUZ, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷ Nas palavras do autor: “E assim, ensejando uma regressão infinita às causas anteriores, tal teoria da equivalência das condições, inegavelmente exata sob os ângulos da filosofia e da lógica, poderia, pelos transbordamentos inevitáveis, sancionar injustiças” (SILVA, 1974, p. 118).

Rafael Peteffi exemplifica com clareza a implicação da adoção da teoria da equivalência de condições e assinala a crítica⁶⁸ corroborada por tantos outros autores:

Imagine-se um motorista de taxi que, devido à falha sua, faz com que um passageiro se atrase e perca o avião. O passageiro é forçado a tomar o avião seguinte, que acaba caindo, causando a morte de todos.

Neste caso não há dúvidas de que a falha do motorista de táxi representa *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano, visto que se o atraso não tivesse ocorrido o passageiro teria embarcado no avião que alcançou, incólume, o seu destino. A condenação do motorista de táxi pela morte de seu passageiro demonstra a flagrante iniquidade patrocinada pela teoria da equivalência de condições⁶⁹.

Fazendo um paralelo com o ordenamento jurídico pátrio e as possibilidades de responsabilização do sujeito – subjetiva e objetiva –, temos que admitir que no âmbito da responsabilidade subjetiva, ainda que não fosse uma tarefa fácil, “[...] seria possível de certa maneira filtrar, como no Direito Penal, dentre todos os fatos verificados, aqueles pelos quais se pudesse dizer que o agente era culpado⁷⁰”. No entanto, quando se parte para a esfera da responsabilidade civil objetiva este filtro não seria aplicável, já que o elemento culpa não é levado em consideração nesta modalidade de responsabilidade. Dessa forma, evidente que a extensão dos danos indenizáveis ficaria sem possibilidade de determinação⁷¹.

Nesse sentido, é possível concluir que o art. 403⁷² do Código Civil de 2002, reprodução fiel do art. 1.060 do Código de 1916, afastou a

⁶⁸ Gisela Sampaio da Cruz ensina que embora superada, no âmbito da seara cível, pelos ordenamentos jurídicos existentes, em seu auge, a teoria da equivalência de condições chegou a influenciar estatutos penais em diversos países, incluindo o Brasil (CRUZ, *op. cit.*, p. 41 et seq.).

⁶⁹ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁰ NORONHA, *op. cit.*, p. 738.

⁷¹ *ibidem*, p. 736 et seq.

⁷² Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela

teoria da equivalência de condições⁷³. O Código Civil proclamado (faz-se referência à proclamação do diploma de 1916), no que diz respeito às causas do dano, estabeleceu aludida norma para orientar os juízes⁷⁴ “[...] a procurar formas de delimitar aquelas que deveriam ser tidas como relevantes⁷⁵”.

Conclui-se, portanto, que doutrina e jurisprudência abandonaram por completo a teoria da equivalência de condições no âmbito da responsabilidade civil⁷⁶. No Supremo Tribunal Federal, aliás, prevalece a teoria da causalidade do dano direto ou imediato, segundo entendimento

direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual (BRASIL, 2002). Reprodução fiel do art. 1.060 do Código Civil de 1916.

⁷³ NORONHA, *op. cit.*, p. 737

⁷⁴ Continua Noronha a ensinar que: “A fonte desse preceito foi o art. 1.151 do CC francês, que é de 1803. Segundo este dispositivo, “mesmo no caso em que a inexecução da convenção resulte de dolo do devedor, as perdas e danos não devem compreender, com relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho de que este tenha sido privado, senão o que é uma consequência imediata e direta da inexecução da convenção (*ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*)”. Do Código francês, o comando passou para diversos outros códigos, como os italianos de 1865 (art. 1.229) e de 1942 (art. 1.223), e os nossos, de 1916 (art. 1.060) e de 2002 (art. 403)” (NORONHA, *op. cit.*).

⁷⁵ NORONHA, *op. cit.*, p. 737.

⁷⁶ Ainda que a doutrina e a legislação tenham afastado a teoria da equivalência, esporadicamente pode-se esbarrar em julgados de tribunais de justiça que, subvertendo a evolução do conceito do nexo de causalidade, ainda aplicam teoria da equivalência de condições. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2011.041717-5, ainda que não cite diretamente a teoria nas razões do acórdão, condena a apelante com base na teoria da equivalência de condições ao responsabilizá-la por acidente de trânsito que não participou. No caso, a mulher e as filhas de um motociclista ajuizaram ação de reparação de danos morais e materiais, porquanto um caminhão cortou a frente do motociclista o levando a óbito. O caminho que se envolveu no acidente estava prestando serviços a uma empresa de gases, mas não de forma subordinada; inexistia qualquer relação de emprego no caso concreto. No entanto, o Tribunal entendeu que mesmo inexistente o vínculo empregatício, o simples fato de o caminhão estar prestando serviço a uma empresa (que poderia ser qualquer outra, pois o motorista prestava serviços a várias empresas concomitantemente) atrairia a responsabilidade dela para reparar as autoras. Evidente que se trata de uma aplicação da teoria da equivalência de condições, numa lógica de que se não tivesse prestando aquele serviço naquele momento, o acidente não teria ocorrido.

amplamente consagrado pela Constituição da República de 1988 e majoritariamente adotado pelos operadores jurídicos⁷⁷.

1.3.1.2. Teoria das condições mais relevantes ou teoria da causalidade adequada

Superando a teoria da equivalência das condições, exsurge a teoria da causalidade adequada que teve como precursores⁷⁸, ainda no final do século XIX, os alemães Von Kries e Rumelin e significou respeitável avanço com relação à teoria da equivalência de condições⁷⁹.

Para alguns doutrinadores, talvez a forma mais interessante para explicar a teoria da causalidade necessária se faz não “[...] pela diferença que esta guarda com a teoria da equivalência de condições, mas pela característica que une as duas teorias⁸⁰”. Explica-se. Esta teoria faz distinção entre causa e condição e verifica qual condição foi a mais adequada para o resultado, utilizando-se, para tanto, o mesmo processo hipotético⁸¹ citado anteriormente, de modo que a causa será aquela mais determinante, excluindo as demais que, a despeito de se incluírem, não são tão marcantes como a predominantemente responsável pelo evento danoso.

Isso quer dizer que não basta que um fato seja condição de um evento. É preciso, ainda, que se trata de uma condição tal que, normal ou regularmente, chegue-se a um mesmo resultado. Chama-se de *prognose retrospectiva* a tentativa de, a partir de determinado fato, tentar descobrir o que poderia vir a acontecer como sua consequência, e sua realização se dá de forma retrospectiva, porquanto ocorrerá depois resultado final; ou seja, depois de se saber o que efetivamente aconteceu⁸².

⁷⁷ TEPEDINO, 2002, p. 7.

⁷⁸ ALVIM, *op. cit.*, p. 345, comenta que a teoria é atribuída, na realidade, a Von Bar, mas que Von Kries foi quem a melhor desenvolveu. Fernando Noronha (2010, p. 627) sustenta que a teoria foi elaborada por Von Kries, mas desenvolvida a partir de Rumelin e Trager.

⁷⁹ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁰ *ibidem*, p. 23.

⁸¹ *ibidem*, p. 23 et. seq.

⁸² NORONHA, *op. cit.* Continua o autor: “Para determinar se o dano pode ser considerado consequência normalmente previsível, a teoria apela para o que chama de *prognose retrospectiva*. É *prognose*, porque constitui tentativa de adivinhar, a partir de determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua consequência; essa *prognose* é retrospectiva, porque o exercício é feito depois

A inovação trazida por esta teoria reside em que “estabelecido que várias condições ocorreram para o resultado, e isso é feito pelo mesmo processo mental hipotético [...], é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais⁸³.”

As palavras do mestre Agostinho Alvim resumem a *Teoria da Causalidade Adequada* da seguinte forma:

[...] apreciando certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas – pergunta-se –, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais?

Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância accidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada⁸⁴.

Sua formulação pode ser representada pela ideia de quem teve a melhor oportunidade de evitar a ocorrência do dano e não a evitou, já que torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção⁸⁵. Na aplicação desta teoria observa-se preponderantemente o caráter qualitativo da condição necessária, deixando-se de lado o caráter eminentemente temporal⁸⁶. A título de comparação, com relação ao exemplo do taxista citado na seção anterior, no caso da análise da mesma hipótese sob a égide da teoria da causalidade adequada, concluiríamos que o

de já se saber o que efetivamente aconteceu. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada. Nessa prognose retrospectiva, só se consideram os efeitos abstratos que, a partir do fato em causa, possam ser tidos como previsíveis. Se os efeitos concretos, efetivamente verificados, estiverem em conformidade com tais efeitos abstratos, existirá nexo de causalidade”.

⁸³ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁴ ALVIM, *op. cit.*, p. 345.

⁸⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 695.

⁸⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 25.

motorista de taxi não seria responsabilizado, porquanto o seu atraso não representa uma causa adequada para a morte do passageiro que embarcou no avião que caiu.

Com o passar do tempo, para a correta identificação da causa adequada duas formulações essenciais surgiram: a formulação positiva e a formulação negativa. Os adeptos da formulação positiva defendiam que um fato seria considerado causa adequada de um dano/evento posterior, sempre que o fato se constituísse como consequência normal ou típica dele; ou seja, quando favoreça a sua produção. Ou seja,

[...] o fato será causa adequada do dano, sempre que este constitua uma consequência *normal* ou *típica* daquele, ou seja, quando verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência *natural* ou como efeito provável dessa verificação⁸⁷.

Por outro lado, a formulação negativa sustentaria que “[...] causa adequada é a que, segundo as regras de experiência, *não é indiferente* ao surgir o dano⁸⁸”. Ao contrário da formulação positiva, no lugar de se apontar a adequação, aponta-se aquelas causas que seriam inadequadas ao dano. Esta segunda formulação restou acatada pela doutrina por diversas razões.

São os motivos da predileção da formulação negativa: (a) deixa-se clara a relação da subsistência do nexos causal mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso; (b) do ponto de vista prático, a formulação negativa aumenta o âmbito da causalidade. O nexos causal ficará evidente não só nas hipóteses estabelecidas a partir da formulação positiva, mas também em muitas outras hipóteses em que não se possa afirmar ser o dano verificado efeito provável da causa posta; (c) também do ponto de vista da praticidade, a formulação negativa favorece mais o lesado, porquanto facilita a prova do nexos causal; ou se, provado que o evento atribuído ao responsável apontado foi uma condição do dano, se presume a adequação; e, (d) também é vantajosa quando o caso seja de simples modificação dos riscos a que a coisa ou a pessoa estavam sujeitas⁸⁹.

⁸⁷ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10ª ed. Coimbra. Livraria Almedina, p. 890.

⁸⁸ NORONHA, *op. cit.*, p. 743.

⁸⁹ NORONHA, 2010, p. 630 et seq.

Ainda que tenha representado significativo avanço no que diz respeito à *teoria da equivalência das condições*, a crítica principal a direcionada à teoria da causalidade adequada é de que se trata de uma teoria demasiada filosófica, além de ser altamente complexa e imprecisa⁹⁰. É que, quando existem diversas causas do dano, sejam elas próximas ou remotas, por não existirem outras que expliquem o mesmo dano, definir quais são as necessárias torna-se tarefa absolutamente difícil⁹¹.

1.3.1.3. Teoria do dano direto e imediato

Atrelada à teoria da causalidade adequada, parte da doutrina^{92,93} defende que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico nacional é a *teoria do dano direto e imediato*, que possui como precursor o civilista Agostinho Alvim. De acordo com seus ensinamentos, quando existentes

⁹⁰ CRUZ, *op. cit.*, p. 78.

⁹¹ NORONHA, *op. cit.*, p. 628 et seq.

⁹² Entendem pela adoção da teoria do dano direto e imediato Cavalieri Filho, Agostinho Alvim, Gustavo Tepedino, Carlos Roberto Gonçalves, Rafael Peteffi da Silva, dentre outros.

⁹³ NORONHA, *op. cit.*, p. 635 et. seq. Diferente de parcela significativa da doutrina, Noronha defende que nosso ordenamento jurídico adotou a teoria da causalidade adequada no seguinte excerto de sua obra “Perante o direito constituído, parece-nos ser a causalidade adequada a teoria que, pela sua flexibilidade, faculta uma interpretação mais razoável do art. 403, permitindo em especial explicar por que razão, apesar de este preceito falar em “danos (...) efeito direto e imediato”, é possível a responsabilização do agente pelos *danos indiretos*, que não são produzidos eles mesmos pelo fato gerador, mas em que este desencadeia outra condição, que os provoca, de acordo com o curso normal das coisas. E nem se diga que o fato de se falar em “efeito direto e imediato” inviabiliza esta interpretação. A própria história do preceito, que remota ao século CVIII e a Porthier [8.2.3.b], mostra que, com ele, se pretende apenas pôr um limite à cadeia de consequências que poderiam ser consideradas todas indenizáveis, conforme a velha teoria da *condicio sine qua non*. A expressão usada é que não foi feliz, mas ao tempo dificilmente poderia ser encontrada fórmula melhor, em virtude de a matéria ainda não haver sido objeto dos esclarecimentos doutrinários que dispomos atualmente. Hoje em dia, aliás, até é possível encontrar certo apoio para a causalidade adequada no art. 335 do Código de Processo Civil, que, dispondo embora sobre apreciação da prova pelo juiz, consagra, como se verá melhor na secção que se segue, a velha regra do *id quod plerumque accidit*, ao determinar que o julgador “aplicará as regras da experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece”.

várias causas possíveis, irá se considerar somente aquela que se vincula diretamente com o dano⁹⁴. Nas palavras do nobre civilista,

Para explicar a teoria do dano direto e imediato, nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessidade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as conspirações que se-guem.

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, direta-mente.

Ela é causa necessária desse dano, porque êle a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas.

Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano⁹⁵.

Isso quer dizer que causa do dano é a condição necessária e suficiente dele. Seria condição necessária porque sem ele não teria havido o dano. Seria causa suficiente porque sozinha seria causa adequada para produzir o resultado⁹⁶. Isso porque a causa direta e imediata nem sempre será a mais próxima do dano, mas, será, aquela que fundamentalmente o ensejou, pois, com base nessa teoria, não será a distância temporal entre a inexecução e o dano que romperá o nexos causal⁹⁷.

A maior parte da doutrina brasileira entende que a teoria do dano direito e imediato é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro⁹⁸. Tal conclusão a que chegam doutrina e jurisprudência se dá, prin-

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁵ ALVIM, *op. cit.*, p. 356.

⁹⁶ Sustenta Fernando Noronha (2003, p. 740) que a teoria apresentada por Agostinho Alvim seria excessiva, porque “[...] dificilmente encontraremos uma condição à qual o dano possa com exclusividade ser atribuído”.

⁹⁷ CRUZ, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁸ Nesse sentido, Carlos Alberto Gonçalves concluiu que “Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente. Este foi, indubitavelmente, o seu ponto de vista. E o legislador, a nosso ver, está certo, porque não é justo decidir-se pela responsabilidade ilimitada do autor do primeiro dano” (GONÇALVES, 2014, p. 362). Cavalieri Filho aduz que a teoria do dano direto e imediato é a teoria consagrada

principalmente, em razão da interpretação gramatical⁹⁹ do então vigente e ora revogado art. 1.060 do Código Beviláqua, fielmente reproduzido no art. 403 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que “*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato.*”.

O precursor desta teoria, Agostinho Alvim entende que a expressão direto e imediato “são expressão sinônimas. [...] A expressão *direto e imediato* significa o nexa causal necessário¹⁰⁰”.

Como dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria do dano direto e imediato afastando a aplicação das duas outras teorias conhecidas pela dogmática do direito civil¹⁰¹: as teorias da equi-

pelo ordenamento jurídico pátrio (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 52). Gisela Sampaio aponta que a teoria do dano direto e imediato “É a teoria adotada no Brasil segundo grande parte da doutrina, não obstante a jurisprudência ainda vacile, invocando sem precisão científica outras teorias. (CRUZ, *op. cit.*, p. 107 et. seq.). Wilson de Melo da Silva, Humberto Teodoro Júnior, Orlando Gomes, dentre outros, também afirmam em suas obras que nosso ordenamento jurídico acatou a teoria do dano direto e imediato para estabelecer o paradigma da causalidade.

⁹⁹ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁰ ALVIM, *op. cit.*, p. 360. E continua o mestre: “Esta é, pelo menos, a nossa opinião, pois entendemos que a palavra propriedade, usada no art. 485 do Código Civil, é sinônima de domínio, sem embargo de, em direito constitucional, ter ela sentido mais amplo como decorre da interpretação do art. 141, § 16, da Constituição (de 1946), bem como de Constituições anteriores, a partir da do Império. E Constituição atual, art. 153, § 22. [...] O certo é o seguinte: aquelas expressões não traduzem duas ideias distintas”.

¹⁰¹ Em acórdão lavrado em 1992 já podemos observar a adoção do Supremo Tribunal Federal por essa teoria no Recurso Extraordinário n. 130764. Ementa: “Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexa de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexa de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexa causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras

valência de condições e a da causalidade adequada¹⁰². No entanto, ainda que expressamente adotada pela Corte Constitucional apenas a teoria do dano direto e imediato, sob a influência das três correntes trabalhadas nesta seção, os Tribunais passam a fixar o nexos de causalidade de forma intuitiva, sendo que por vezes se valem da teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexos causal e da *conditio sine que non*, pois buscam, na maioria das vezes, um liame de necessidade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo¹⁰³.

Conclui-se, portanto, que a ideia central da teoria é que o aparecimento de outra causa rompe o nexos causal e não a distância entre a inexecução e o dano.

Por fim, válido destacar que há autores que entendem que as teorias da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato em sua essência são idênticas, já que se dedicam a encontrar a causalidade necessária entre a conduta do agente lesador e o resultado danoso final¹⁰⁴. É que as duas teorias, na realidade, propõem enfoques distintos sobre o mesmo conceito de nexos causal¹⁰⁵.

A exposição das teorias do nexos de causalidade serve-nos para demonstrar que a responsabilidade civil sempre se valeu da adoção rigo-

duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexos de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexos de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL, 1992).

¹⁰² TEPEDINO, 2002, p. 09.

¹⁰³ *ibidem*, p. 11.

¹⁰⁴ *ibidem*, p. 10.

¹⁰⁵ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 43. Continua o autor ensinando: “Com efeito, acreditamos que a teoria da causa direta e imediata se ocupa, com maior profundidade, em estabelecer as hipóteses de incidência das “causas estranhas” à ação ou omissão do agente, constituídas pelos fatos de terceiros, fatos da vítima e pelas categorias de caso fortuito e força maior”.

rosa do nexo de causalidade para sua caracterização¹⁰⁶. Ocorre que para a para o estudo da teoria da perda de uma chance, a depender da situação em que o processo aleatório foi interrompido, para que fique caracterizado o dever de indenizar, deveremos nos valer do conceito de causalidade alternativa¹⁰⁷, conforme veremos mais adiante na Seção 1.4.1.

Não temos como objeto no presente trabalho aprofundar as correntes doutrinárias sobre a utilização do conceito de causalidade alternativa para a caracterização da perda de uma chance, mesmo porque Rafael Peteffi da Silva em sua obra enfrentou o tema com maestria. Registramos, no entanto, que se reconhece a reponsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica como um exemplo de utilização da causalidade alternativa valendo-se de duas soluções dogmáticas. A primeira delas se utiliza de uma espécie de presunção causal, enquanto a segunda solução propugna que a reparação das chances perdidas deve se limitar ao valor das chances perdidas¹⁰⁸.

As situações que serão analisadas no presente trabalho, quais sejam as falhas que os advogados contratados cometem no exercício de suas funções, são exemplos que a doutrina majoritária francesa entende como hipóteses de casos clássicos da perda de uma chance¹⁰⁹, motivo pelo qual nos dedicamos com mais afinco a essa categoria. No entanto, não se pode desconsiderar que existem situações excepcionais envolvendo advogados, que o reconhecimento das chances perdidas se valerá do conceito de causalidade parcial, ante a não interrupção completa do processo aleatório. Nos casos em que o advogado deixa de requerer uma prova na audiência de instrução e julgamento, por exemplo, o processo seguirá o seu curso até o final, saindo da esfera dos casos clássicos da perda de chances. Nos precedentes analisados na segunda etapa desta pesquisa nos depararemos alguns julgados nesse sentido.

De todo modo, é importante o estudo das teorias do nexo de causalidade, porque, como *conditio sine qua non* da responsabilidade civil, também nos casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, aludi-

¹⁰⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁷ *ibidem*, p. 49.

¹⁰⁸ *idem*. Em sua obra, o autor continua a aprofundando as correntes doutrinárias que passaram a estudar a utilização do conceito da causalidade alternativa, mormente a doutrina de Jacques Boré e John Makdisi, trabalhando, ainda, a obra do professor Joseph King Jr. Além disso, aponta os fundamentos teóricos para a adoção do conceito de causalidade parcial para adoção da teoria da perda de uma chance.

¹⁰⁹ *ibidem*, p. 112.

do liame sempre analisado para aferição da responsabilização do agente causador do ilícito, mormente quando tratarmos dos casos selecionados e examinados para os fins da presente monografia, pois a perda definitiva da vantagem esperada pelo lesado sempre será em decorrência da conduta comissiva ou omissiva do advogado inadimplente.

1.3.2. A seriedade das chances

Para a sua devida aplicação, as chances precisam ser sérias e reais, de modo que “[...] para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva¹¹⁰”. Devem, portanto, ser reais e sérias a fim de criar mecanismos de blindagem contra abusos¹¹¹.

Isso quer dizer que é necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, ou seja, daquele que não se conseguiu evitar. Este é o prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance se realize¹¹².

Grande parte da doutrina¹¹³ entende que os requisitos da seriedade e da realidade são essenciais para que as chances perdidas sejam

¹¹⁰ *ibidem*, p. 138.

¹¹¹ Sobre a questão do abuso das chances, Daniel Carnaúba adverte que “A técnica da reparação de chances tem assim uma forte tendência à vulgarização – uma tendência, aliás, bastante preocupante. O método redundaria no *direito ao sonho*: o sonho estaria obrigado a reparar todas as aspirações da vítima; o único limite dessa dívida seria a imaginação do prejudicado. Sem dúvida, uma solução absurda: ‘o jurista não é um romancista, livre para construir mil castelos em Espanha’. A proteção concedida às expectativas aleatórias não pode se tornar um subterfúgio às demandas aventureiras. É necessário impor barreiras conceituais a essa técnica, como forma de garantir sua contenção” (CARNAÚBA, *op. cit.* p. 123).

¹¹² KFOURI NETO, 2007, p. 67. Também Noronha assevera que “[...] o valor da reparação do dano certo da perda de chance ficará dependendo do grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado” (NORONHA, 2010, p. 697).

¹¹³ Sobre o assunto, o autor português Rui Cardona Ferreira ensina: “Tal orientação não é, contudo, inteiramente uniforme. A questão tem sido discutida, fundamentalmente, a respeito da responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário e que, como referimos acima, está historicamente na gênese da figura da perda de *chance*. Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na acção perdida (ou

juridicamente tuteladas e, assim, passíveis de indenização¹¹⁴. Em razão de a teoria da perda das chances ter como limite o caráter de certeza que deve apresentar o dano a ser reparado, para que prospere a demanda indenizatória que tem elas por base, é necessário que sejam apresentadas as chances como realidade muito superior à esperança meramente subjetiva, sob pena de que qualquer expectativa se torne passível de ressarcimento.

Em que pese a objetividade do requisito, no sentido de que para ser indenizável a chance precisa ser séria e real, nem sempre se revela tarefa simples constatar sua seriedade e realidade¹¹⁵.

No intuito de se tentar objetivar a aferição de seriedade e realidade das chances, parcela da doutrina¹¹⁶ defende que uma possibilidade de aferir se as chances são sérias e reais seria condicioná-las a uma porcentagem mínima, disso se extraíndo que, se a probabilidade estivesse abaixo de um valor determinado, a reparação das chances não ocorreria. Este critério matemático foi adotado pelo ordenamento jurídico italiano, de forma que, ao enquadrar as chances perdidas como uma espécie de da-

não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respectiva –, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, uma outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma acção judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte. De acordo com essa segunda linha de orientação, o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na acção primitiva não impede a atribuição de uma indemnização ao cliente lesado, mas apenas influi no respectivo *quantum* indemnizatório. Parece ser também esta a posição considerada preferível por GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, admitindo que haja lugar a indemnização sempre que a improcedência da acção primitiva não fosse certa e reconhecendo que a condenação no pagamento da indemnização teria, pelo menos, ‘*uma função de pena privada que pode ser útil*’”. (FERREIRA, *op. cit.*, p. 116).

¹¹⁴ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 138. No mesmo sentido, Fernando Noronha aponta que “A distinção entre danos certos e eventuais é necessária para evitar o risco de confusão de chances perdidas com danos eventuais. O dano da perda de chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado”. (NORONHA, *op. cit.*, p. 697).

¹¹⁵ Mais adiante trabalharemos de forma mais pormenorizada os casos em que não se aferiu corretamente a seriedade, realidade e atualidade das chances.

¹¹⁶ E aqui eu me refiro à doutrina nacional embasada na literatura estrangeira.

nos emergentes, o direito italiano passa a exigir, nos casos concretos, uma probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) de ocorrência como prova da certeza do dano e, também, como critério de sua liquidação, partindo do dano final multiplicado pelo percentual de probabilidade de obtenção do resultado útil que fora obstaculizado pela conduta do ofensor¹¹⁷.

Dois são os autores brasileiros que defendem o critério matemático para aferição de seriedade e realidade das chances. Sérgio Savi, ao apresentar a conclusão de sua obra, defende que “[...] somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento)¹¹⁸”. De igual forma, embora não tenha se debruçado com tanto afinco ao tema, Sérgio Cavalieri Filho defende que as chances somente serão passíveis de indenização quando houver probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento¹¹⁹.

O entendimento adotado no presente trabalho, no entanto, vai de encontro ao critério matemático defendido pelos autores acima. Sob a nossa perspectiva, a qualificação das chances com base no percentual matemático pode gerar discriminações injustificáveis¹²⁰.

Se o objetivo é separar as chances relevantes daquelas que não devam ser desprezadas, nenhum percentual matemático poderá servir de critério. Os casos envolvendo a possibilidade de reparação das chances perdidas são os mais variados e podemos nos deparar com situações de que uma chance de pouca probabilidade tenha um interesse muito mais

¹¹⁷ SAVI, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁸ *ibidem*, p. 112.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82.

¹²⁰ Flávio da Costa Higa com propriedade sustenta que “O que há em comum entre os autores citados é a mais completa ausência de fundamento para considerar séria a chance apenas quando ela supera 50% (cinquenta por cento) de probabilidade, exceto, no caso brasileiro, em que o argumento é a remissão à doutrina italiana. Academicamente, porém, a ‘autoridade do argumento’ deve prevalecer sobre o ‘argumento de autoridade’, de modo que é necessário esquadriñar sua validade epistemológica. Ora, afirmar que, para uma chance ter probabilidade maior de se concretizar do que não se concretizar, é necessário que ela seja maior do que 50% (cinquenta por cento) soa tão frívolo quanto explicar a diferença entre zero e um. No entanto, confundir essa maior probabilidade com seriedade é um atentado lexicológico dantesco” (HIGA, *op. cit.*, p. 86 et seq.).

relevante à vítima. E, também, com o contrário. Chances com alta probabilidade, mas de pouco valor¹²¹.

Dessa forma, defendemos que a estipulação de um patamar mínimo de probabilidade, não interferindo qual o valor eleito, revela-se como uma solução simplista e inadequada, pois desconsidera a diversidade dos interesses sobre probabilidades¹²².

Para ser possível a reparação pela chance perdida, é necessário verificar que a chance apresenta grau de probabilidade ou verossimilhança razoável, e não seja uma chance meramente hipotética. Contudo, não se exige para aferição de sua seriedade a comprovação da certeza do resultado final, já que a certeza do resultado final do evento aleatório interrompido se tornaria condição de indenização integral do resultado final, e não da chance em si^{123,124}. Isso porque “[...] a certeza do dano indenizável é aqui *degradada* em mera probabilidade de ocorrência do resultado a que a *chance* se refere¹²⁵”.

Para fins de aferição de seriedade das chances, a jurisprudência brasileira refutou o critério matemático defendido pelos italianos e pelos dois autores brasileiros outrora referidos. A certeza dessa rejeição da doutrina e jurisprudência brasileira se obtém do Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹²⁶, proposta por Rafael Peteffi e acolhida pelos participantes, em que se determinou:

¹²¹ Daniel Amaral Carnáuba continua exemplifica “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. Seria ilógico afirmar que este interesse é suficientemente sério, mas não aquele” (CARNAÚBA, 2012, p. 165).

¹²² CARNAÚBA, 2013, p. 125.

¹²³ FERREIRA, *op. cit.*, p. 115.

¹²⁴ Em alguns julgados essa necessidade de demonstração certa do prejuízo ainda se confunde. Na apelação cível n. 0003003-46.2012.8.212.0029, do Mato Grosso do Sul, além se de valer de uma presunção a respeito do comportamento da parte contrária, exige a certeza do dano ao concluir que “Desta feita, não se verifica na hipótese a perda de chance razoável, séria e real, *haja vista a incerteza quando ao sucesso do apelante naquela demanda*”. (MATO GROSSO DO SUL, 2015a). Ora, a incerteza é característica obrigatória da reparação na perda de uma chance. Exigir a certeza significa exigir a comprovação do dano final, o que foge da seara reparatória na perda de uma chance.

¹²⁵ FERREIRA, *op. cit.*, p. 116.

¹²⁶ Rafael Peteffi da Silva ensina que “A limitação delineada em Itália nunca obteve respaldo jurisprudencial no Brasil e, recentemente, a doutrina pátria

Enunciado 444: Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chances 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 apriorísticos¹²⁷.

Da análise dos precedentes colhidos nesse trabalho, também se chega a essa conclusão, uma vez que, para a grande maioria dos julgados¹²⁸, a análise da seriedade das chances não se valeu de percentuais matemáticos para sua determinação. A aferição de seriedade das chances se faz com base na prova dos autos e no exame da jurisprudência sobre o tema, não subsistindo, em sua *ratio decidendi*, a conclusão de que as chances não teriam atingido um patamar numérico de probabilidades.

No que diz respeito à responsabilidade civil pela perda de uma chance do advogado que, em atuação contenciosa, incorreu em falha na prestação do serviço, merece destaque a observação feita por Rafael Luiz Lemos de Sousa¹²⁹, que tratou da questão da delimitação temporal da aferição da seriedade e realidade das chances¹³⁰. Para o objeto do estudo pretendido nesta dissertação, essa delimitação temporal, que chamaremos de atualidade das chances, também deverá ser aferida para fins de responsabilização do advogado.

também se mostrou refratária à tese, de maneira muito eloquente”. PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 142.

¹²⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012 (grifou-se).

¹²⁸ É o caso da Apelação Cível n. 0000308-83.2007.8.12.0033, de Eldorado, Mato Grosso do Sul. Nesse caso específico o julgador de valeu do critério matemático como aferidos da seriedade das chances ao assim concluir: “Logo, eventual interposição de recurso de apelação contra o desfecho produzido pela sentença proferida nos autos n. 033.03.000036-2, não geraria êxito superior a 50% (cinquenta por cento) na modificação do julgado, que condenou os autores ao pagamento da referida indenização. [...]. Portanto, ausente a demonstração de que o ato ilícito praticado pela ré-apelada retirou dos apelantes a chance de auferir benefício decorrente da reforma da sentença supramencionada, pela não interposição do recurso de apelação, não há como prosperar a pretensão recursal dos autores” (MATO GROSSO DO SUL, 2013).

¹²⁹ SOUSA, 2011.

¹³⁰ A observação feita pelo autor e que corroboramos no presente trabalho, convalidamos apenas para a situação específica do reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, sem defendermos esta ideia nas outras searas, porquanto fora do escopo de nosso estudo.

No caso da intempestividade na interposição de um recurso, uma tese ventilada na apelação poderia ser acolhida num determinado momento. Meses ou anos mais tarde, contudo, os Tribunais poderiam não mais recepcionar a tese defendida no recurso serôdio, fazendo com que essa delimitação temporal seja pré-determinada para fins de aferição da seriedade das chances nesses casos. Essa delimitação é necessária porque o entendimento jurisprudencial sobre determinado assunto pode sofrer modificações ao longo do tempo e o que hoje se mostra como chance séria e real pode, no próximo ano, não ser mais considerado dessa forma. Ou seja, a depender da época em que o recurso ou uma contestação foram apresentados intempestivamente, por exemplo, a responsabilidade do advogado pela perda uma chance poderá, ou não, se caracterizar.

A questão temporal não implica a desqualificação das chances em função da mudança do entendimento jurisprudencial. Isso porque, se uma tese era aplicada durante anos pelos Tribunais, havia, certamente, embasamento teórico sério e comprometido para sua defesa, de modo que a alteração do entendimento jurisprudencial não a torna irrelevante ou sem dotação de seriedade¹³¹ suficiente para o pleito indenizatório, apenas demonstra que, em razão de uma nova tese, a anterior foi superada, o que diminui a probabilidade das chances a serem reparadas.

Oportuno trazer o exemplo da Apelação Cível n. 0037296-50.2008.8.22.0014, do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia¹³².

¹³¹ A impossibilidade de se caracterizar o entendimento superado como desprovido de seriedade pode ser melhor compreendido quando nos deparamos com a situação de um recurso não ter sido conhecido em razão de alguma falha do causídico e que na época de sua interposição, a orientação jurisprudencial consolidada era diferente daquela orientação da época da ação indenizatória ajuizada pelo cliente lesado. Ao julgar a ação reparatória o juiz não pode considerar o entendimento superado como pouco sério, impossibilitado a reparação das chances, porque na época em que o advogado cometeu a falha aquele entendimento era o prevalecente, de modo que, as chances do cliente deverão ser consideradas sérias e reais, ainda que na época no pleito indenizatório tenha havido um *overruling*.

¹³² RONDÔNIA, 2012. Ementa: “Apelação cível. Perda de uma chance. Prestação de serviços. Advogado. Perda de prazo. Possibilidade de alteração do julgado. Dano. Ocorrência. O fato de o advogado prestar serviços de obrigação de meio, não o elide de prestá-lo de forma adequada e de acordo com os interesses do seu cliente. A perda de uma chance em razão da interposição de recurso intempestivo pelo advogado caracteriza a sua responsabilidade civil quando é provável a obtenção do êxito do cliente na reforma da sentença. O valor do dano

No julgado, o advogado havia perdido o prazo para recurso, que tinha como objeto discutir os termos iniciais dos juros de mora e da correção monetária na condenação obtida em provimento jurisdicional no primeiro grau, razão pela qual o ex-cliente demandou o procurador com fundamento nas chances perdidas.

Ao julgar o recurso, o Tribunal concluiu, a nosso juízo de forma correta, que “[...] não se poderia afirmar que haveria a reforma da sentença quanto à fixação da incidência dos juros e correção, pois na data em que foi proferida (dezembro de 2005), a Súmula 362, do STJ ainda não havia sido editada¹³³”. A corroborar esta afirmação, colacionou no acórdão decisões anteriores à edição da súmula referida que entendiam a questão da aplicação da incidência da correção monetária da mesma forma defendida no recurso intempestivo, demonstrando-se a seriedade das chances.

E veja que o acórdão, necessariamente, levou em consideração a delimitação temporal, pois corretamente enxergou que, ao tempo da falha do procurador, a Súmula ainda não editada fazia com que o recurso tivesse chances de prosperar. Caso esse mesmo processo tivesse se desenvolvido em data posterior à edição da Súmula 362, evidente que não poderia ter o mesmo desfecho, pois as chances de êxito do recurso, ainda que fosse tempestivo, seriam remotíssimas, pois violaria o preceito sumular acarretando, assim, a não responsabilização do procurador.

Portanto, para se aferir a seriedade e realidade das chances devemos levar em consideração as probabilidades envolvidas no caso concreto, a demonstração de que a chance em questão interessava seu beneficiário e, no caso de responsabilidade dos advogados, a delimitação temporal do entendimento jurisprudencial. No que diz respeito ao primeiro requisito, quanto menores as probabilidades representadas pelas chances perdidas, mais elementos têm os juízes para desconsiderar a indenização pela perda da chance¹³⁴. No que toca ao interesse do bene-

não é desarrazoado quando fixado levando em consideração tanto o provável benefício com a reforma da sentença quanto pelo caráter pedagógico relacionado com a seriedade da situação”.

¹³³ idem.

¹³⁴ Daniel Carnaúba continua sustentando que “A ideia foi expressa pela Corte de Cassação em um julgado proferido em 04 de abril de 2001, referente a uma ação de responsabilidade intentada contra um advogado negligente: A *ratio decidendi* não poderia ser mais clara: ‘considerando que, quando um dano consiste numa perda da chance de êxito em juízo, o caráter real e sério da chance

ficiário, quando nos julgados a seriedade das chances não estava atrelada às probabilidades do jogo, os tribunais franceses levavam em consideração a capacidade de comprovação da vítima do seu interesse particular naquela chance perdida^{135,136}.

1.3.3. O problema da quantificação

A responsabilidade pela perda de uma chance ocorre porque, no caso concreto, a vítima perde a possibilidade de obter a vantagem definitiva esperada em razão da interrupção do evento aleatório pelo agente causador do dano.

É, portanto, um dano que se verifica a partir da incerteza do prejuízo, mas na certeza da probabilidade de que ele ocorreria¹³⁷. Nas Seções seguintes, trabalharemos a natureza jurídica das chances perdidas. Porém, já adiantamos neste tópico que, no que toca à reparação do dano oriundo das chances perdidas, este deve ser integral, não se falando em

perda deve ser apreciado com relação à probabilidade de sucesso desta ação” (CARNAÚBA, 2013, p. 126).

¹³⁵ Continua Daniel Carnaúba dizendo que “Essa prova é normalmente extraída dos esforços que a vítima empresou na obtenção da vantagem aleatória. É por esta razão que a jurisprudência francesa adota uma postura severa em relação aos demandantes que se queixam de ter perdido a chance de exercer uma profissão, mas que não estavam até então engajados em uma atividade específica para o mister em questão. Assim, em um julgado proferido em 12 de maio de 1966, a Segunda Câmara Civil da Corte de Cassação negou a indenização requerida por uma jovem, que afirmava ter perdido a chance de ascender à profissão de farmacêutica. Segundo a Corte, a demandante ‘não havia empreendido qualquer estudo especial que poderia garantir seu acesso à profissão em questão’, e por isso ‘não poderia se queixar da privação das vantagens da carreira, que eram puramente hipotéticas” (ibidem, p. 126-127).

¹³⁶ No mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva ensina que “Especificamente na esteira desse comentário, Yves Chartier aponta como bom exemplo o caso julgado pela Corte da Cassação que impediu que o autor, um menino de nove anos de idade, recebesse reparação pela perda da chance de auferir profissão bem remunerada. O réu da demanda havia causado um acidente que comprometeu o bom desempenho escolar que a vítima havia apresentado durante toda a sua vida escolar, pois o impossibilitou de realizar certas tarefas manuais. O tribunal declarou que a falta de comprovação de certeza do prejuízo havia sido o principal motivo para a improcedência da demanda em relação à chance perdida” (PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 141).

¹³⁷ KFOURI NETO, 2007, p. 67.

reparação parcial do dano final¹³⁸. É comum o equívoco da jurisprudência quando justifica que a reparação, por ser inferior ao dano final, é, na realidade, uma reparação parcial¹³⁹.

Na indenização das chances perdidas “a reparação é integral, mas, como o dano é equivalente à chance (probabilidade), que é sempre menor do que o todo, o valor da indenização (total) da chance é necessariamente inferior a ele^{140,141}”. O Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino assinala com maestria:

[...] o princípio da reparação integral tem plena aplicação na responsabilidade por perda de uma chance. Sua incidência, porém, não é sobre o montante total do dano final, mas busca reparar, do modo mais completo possível, a chance perdida. A determinação de ressarcimento do valor correspondente ao dano final, salvo nas hipóteses em que a chance perdida seja efetivamente de 100% afrontaria a função indenitória do princípio da reparação integral, ultrapassando-se a extensão efetiva dos prejuízos sofridos¹⁴².

As chances sempre serão reparadas em sua integralidade, tendo sempre como parâmetro a vantagem final esperada pelo lesado. É esse o parâmetro para o estabelecimento de limites para a indenização das chances perdidas.

O ponto de partida, inegavelmente, é a referência do dano final¹⁴³, pois é sobre esse montante que se deverá aplicar o coeficiente de

¹³⁸ HIGA, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁹ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 143 et seq. E continua o autor: “[...] isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida”.

¹⁴⁰ HIGA, *op. cit.*, p. 132.

¹⁴¹ Continua o autor dizendo que “Tal equívoco decorre de uma fala percepção, pois o que de fato indeniza não é o resultado final, mas a chance em si mesma, entidade que compõe o patrimônio – material ou imaterial – da vítima e à qual se pode atribuir um valor econômico, ainda que meramente para compensar a frustração moral sofrida” (ibidem).

¹⁴² SANSEVERINO, 2010, p. 173.

¹⁴³ “Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação

redução com o intuito de encontrar a quantia equivalente ao percentual das chances de êxito que o lesado teria de conseguir o resultado^{144,145}.

O coeficiente redutor, no entanto, nem sempre será útil para se chegar ao valor da reparação de forma correta, porquanto não serão todas as vezes que teremos os elementos colocados de forma clara para aferir o resultado final¹⁴⁶. Em tais casos, será possível lançar mão da teoria da diferença, comumente utilizada para o arbitramento da reparação, para a qual “[...] o dano se estabelece mediante confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação¹⁴⁷”. Isso quer dizer que, nos casos em que não se consegue aplicar o coeficiente redutor, o magistrado deverá fazer um exercício mental e hipotético acerca da possível situação da vítima, de acordo com o curso esperado dos acontecimentos ou de acordo com as circunstâncias especiais do caso concreto, balizan-

da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma porcentagem do valor que seria concedido se houvesse nexa causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço. [...] Mesmo que se concorde com a corrente doutrinária que defende a independência das chances perdidas em relação ao dano final, é inegável que este será o grande referencial para a quantificação das chances perdidas” (PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 144).

¹⁴⁴ HIGA, *op. cit.*, p. 135. Continua o autor ensinando que “[...] a linha mestra da reparação pela chance perdida é a estrita conformação com o princípio da reparação integral. Não obstante, como a chance nada mais representa do que uma probabilidade (parte) em relação à obtenção do todo, cuja conquista ficou obstaculizada pela superveniência do evento danoso, por óbvio, o valor da indenização será inferior ao do dano final, pois sobre este montante deverá ser aplicado um coeficiente de redução correspondente ao percentual de chances de êxito que a vítima teria de conseguir o resultado”.

¹⁴⁵ Rafael Peteffi da Silva exemplifica a questão “Como bom exemplo desta afirmação tem-se aquele proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00” (PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 144).

¹⁴⁶ HIGA, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁷ AGUIAR DIAS, *op. cit.*, p. 760.

do-se sempre pela expressão *razoavelmente* consagrada pelo Código Civil Brasileiro¹⁴⁸.

No entanto, ainda assim essa atribuição será sempre especulativa, porquanto nunca se poderá ter certeza se outra circunstância poderia interferir na situação, de modo a obstar por completo os acontecimentos. Ou seja, o magistrado, ao se deparar com um caso de indenização das chances perdidas, deverá especular o que aconteceria, em tese, se os acontecimentos não tivessem sido interrompidos pelo evento danoso, levando em consideração o resultado final almejado no processo aleatório¹⁴⁹.

Outra ferramenta de que se pode valer para quantificar as chances perdidas é a estatística, *verbis*:

[...] a estatística é um método utilizado para que se possa afrontar a álea, mediante técnicas (como, v.g., as equações de probabilidades, as estimativas e as sondagens) que subvertem a estratégia de lidar com o desconhecido. A partir delas, não mais se tenta expungir o desconhecido, no tolo fetichismo da onisciência, mas sim admitir os limites de falibilidade e cognoscibilidade humana e buscar compreensões, a despeito disso. É a assimilação do acaso, pois a partir da ciência (indispensável) de que um ou mais elementos que determinam a resposta são incognoscíveis, busca-se uma resposta provável¹⁵⁰.

Para o objeto do presente estudo – a perda de uma chance aplicável aos advogados que incorreram em falha contratual –, tem-se, para além dos elementos expostos acima, o suporte jurisprudencial que, em quase todos os casos, auxiliará na quantificação do dano relativo às chances perdidas, a saber a probabilidade de êxito a ser aferida a partir da jurisprudência majoritária no que diz respeito à matéria ventilada,

¹⁴⁸ HIGA, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁹ *ibidem*. Continua o autor dizendo que, “Portanto, quando o juízo prospectivo sobre o resultado final na hipótese de não ocorrência do ato ilícito for incerto, cabe ao julgador, primeiramente, aplicar a ‘teoria da diferença’, a fim de formular um dado hipotético sobre a totalidade da vantagem buscada, para, num segundo momento, aplicar o ‘coeficiente de redução’ correspondente à probabilidade de que aquela chance de obtê-la viesse a se materializar”.

¹⁵⁰ *ibidem*.

podendo variar de zero a 100% do dano final o montante da indenização¹⁵¹.

Para a objetivação dessa análise estatística no caso da responsabilização do advogado, podemos levar em consideração um raciocínio trifásico: primeiro encontramos o *quantum* referente ao resultado da demanda originária em que, por exemplo, o recurso não foi interposto ou a ação não foi ajuizada por ato ilícito contratual do advogado, considerando-se tal valor como o resultado útil. Após identificar o valor representativo do resultado final esperado pelo lesado, no caso o cliente, quantifica-se estatisticamente a chance de o recurso que não foi interposto (da contestação não apresentada, da ação não ajuizada, dentre outras possibilidades de falta do causídico) obter resultado de sucesso pelo juízo de primeiro grau ou pelo tribunal respectivo. Por fim, aplicamos o resultado estatístico encontrado no segundo momento sobre o resultado útil identificado na primeira parte, alcançando-se, então, o valor a ser fixado na demanda pela responsabilização pela perda de uma chance¹⁵².

Com relação à segunda etapa, como explanamos no tópico anterior, imperioso que se verifique, ainda, a delimitação do tempo da pesquisa jurisprudencial, já que o entendimento majoritário de hoje sobre um tema do direito, poderia, em outros tempos, ter representado um entendimento minoritário¹⁵³.

Essas três etapas servirão para auxiliar o magistrado na quantificação das chances perdidas, seja nos casos em que a faceta econômica é facilmente apreciável, seja nos casos em que, pelo contrário, a pretensão não tem conteúdo econômico de fácil percepção¹⁵⁴, o que deve ser leva-

¹⁵¹ SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 173.

¹⁵² SOUSA, 2011.

¹⁵³ Tal constatação é importante, porquanto não são raros os casos em que as Câmaras dos tribunais possuem entendimentos diferentes com relação a um mesmo caso. A rigor, essa hipótese não deveria ocorrer. No entanto, a praxe nos demonstra quem a depender de qual Câmara se distribua um recurso, o recorrente já pode, de antemão, ter conhecimento do seu provimento ou não.

¹⁵⁴ Os casos em que não se visualiza uma faceta econômica de fácil reparação são aqueles (trabalhando sempre sob a égide apenas da responsabilidade do advogado pela perda de uma chance e não com as demais searas em que ela se aplica) em que não se consegue aferir com facilidade a vantagem perdida pelo lesado. Tem-se dificuldade na demonstração do que representaria economicamente o resultado final, como, por exemplo, o caso em que se tem como objeto

do em consideração, juntamente com o exposto no início desta Seção, para a obtenção da correta quantificação das chances perdidas.

Da análise dos julgados que trabalharemos mais detalhadamente na segunda etapa desta dissertação (Seção 2.7.1.1), pudemos concluir que, quando se entende pela aplicabilidade da perda de uma chance, a quantificação do montante indenizatório, na larga maioria das vezes, se revela equivocada. Ora se indenizam as chances perdidas pelo resultado final da vantagem esperada; ora se arbitra indenização pelas chances perdidas com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade sem se levar em consideração o resultado final como parâmetro indenizatório, incorrendo-se no risco de as chances perdidas, por vezes, possuírem valor expressão monetária superior ao resultado final que teve seu processo aleatório interrompido.

1.3.4. Perda definitiva da vantagem esperada

Outro requisito necessário à aplicação da teoria da perda de uma chance se consubstancia na necessidade de que a vantagem esperada pelo lesado tenha sido perdida efetivamente.

Isso quer dizer que, para o estabelecimento da reparação das chances, a interrupção do processo aleatório deve ser de tal forma que impossibilite à vítima, de modo definitivo, obter a vantagem esperada, porquanto se houver outros meios de chegar à vantagem esperada, além do processo aleatório interrompido, o agente não deverá indenizar a

a adoção de uma criança e, por equívoco do advogado, o julgamento foi de improcedência. Para esses casos, Rafael Luiz Lemos de Souza prescreve que “[...] quando for buscada a quantificação do dano na responsabilidade civil pela perda de uma chance (imaginem-se ‘Z’), caberá ao magistrado identificar fundamentadamente quanto seria o dano final da vantagem não obtida na pretensão inicial de adoção ou guarda, por exemplo, arbitrando-se de maneira detalhada e específica (suponha-se o valor ‘Y’). Após, encontrado o valor ‘Y’ deve o magistrado encontrar o índice estatístico que aponte a probabilidade de provimento do recurso caso fosse interposto com a mesma técnica e as mesmas ressalvas do tópico III (imaginem-se o valor ‘W’). A indenização a ser obtida na responsabilidade civil pela perda de uma chance será de ‘Y’ multiplicado pelo índice de possibilidade do recurso ser provido ‘W’, sendo a equação $Z = Y \times W$ ” (SOUZA, *op. cit.*). É claro que nos casos concretos a matemática nem sempre será tão simples e a determinação desses valores (Y e W) se revelará bastante complicada. Contudo, o raciocínio para a quantificação da indenização, de fato, deve seguir esse caminho, sob pena de tornar arbitrária a indenização das chances perdidas.

vítima pelas chances perdidas, mas, a depender do caso, apenas pelas despesas que o lesado teve de arcar para que, por outro caminho, obtivesse o resultado final esperado.

É bastante pertinente tal requisito, sobretudo na esfera de que se ocupa o presente estudo, porquanto na seara contenciosa é possível, mas não chega a ser comum, que a parte tenha à disposição mais de um caminho para a obtenção da vantagem final esperada, podendo se valer de outra via, como, por exemplo, a ação rescisória, para tentar modificar o resultado que lhe foi desfavorável. A depender do caso concreto, numa demanda judicial, um mesmo objeto pode ser perseguido através de ações distintas, de forma que, em determinadas situações, o advogado pode ter obstado seu cliente de chegar ao resultado pretendido numa ação, mas não inviabilizar que o mesmo resultado seja perseguido numa outra contenda.

Esta situação foi observada na pesquisa jurisprudencial que realizamos, conforme demonstraremos mais pormenorizadamente na Seção 2.7.1.1.1. Constatamos que, nos casos em que o cliente lesado conseguiu obter a vantagem outrora perdida por outra via, os Tribunais conferiram soluções diferentes à mesma hipótese, ora reconhecendo a responsabilidade pela perda de uma chance, ora reconhecendo que o fato de o cliente ter obtido a vantagem esperada através de outra medida, seja judicial ou extrajudicial, afastaria o reconhecimento das chances perdidas.

Da mesma forma, na seara médica, a título exemplificativo, pode-se observar que, em diversas situações, as falhas médicas não chegam a comprometer os objetivos dos pacientes de forma definitiva. Há situações em que um cirurgião, por exemplo, pode não utilizar a melhor técnica para realizar determinada cirurgia, mas o resultado acaba sendo alcançado, não podendo existir, nesses casos, a reparação da chance perdida, uma vez que o paciente obteve a vantagem que desejava através da cirurgia que valeu de técnica inferior ou menos segura¹⁵⁵.

Válido mencionar, ainda, que esse requisito por vezes é confundido com as hipóteses de reparação em decorrência da criação de riscos, tendo Rafael Peteffi realizado com maestria essa diferenciação:

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, todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, po-

¹⁵⁵ PETEFFI DA SILVA, 2001, p. 31.

de 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. [...]

Nos casos de simples aumentos de riscos, a vítima, também se encontra em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano. Entretanto, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. É possível saber se em momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será efetivamente observada¹⁵⁶.

Em acórdão proferido em novembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.079.185, de Minas Gerais, ponderou exatamente sobre esse requisito, assim consignando no corpo do acórdão:

Ainda por um motivo adicional é, na espécie, inaplicável a teoria da perda da chance. Com reconhece a recorrente “em razão desses gravíssimos erros cometidos pelo recorrido, teve o mesmo que postular uma novação, e apenas no final do ano de 2000, mais precisamente em 29 de novembro, foram depositados os valores indenizatórios em favor daqui recorrente (...)” (fls. 639). Com esta afirmação, a recorrente reconhece que não perdeu a chance de se ver ressarcida pelas benfeitoras introduzidas no imóvel do qual foi desapossada. Ao contrário, a chance ainda foi exercida com sucesso em momento posterior, em uma ação indenizatória. Importante esse destaque, porque, como dito, ao realizar a análise dos julgados nos deparamos com situações em que a vantagem esperada não restou definitivamente perdida, mas, mesmo assim, ensejou a reparação das chances perdidas. (grifos no original)¹⁵⁷.

¹⁵⁶ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 116 et seq.

¹⁵⁷ BRASIL, 2008.

Importante esse destaque porque, como dito, na análise de precedentes realizada neste trabalho identificamos situações em que houve a reparação das chances perdidas, mesmo inexistindo a perda definitiva da vantagem esperada.

1.4. Natureza jurídica das chances perdidas

1.4.1. Perda das chances como dano específico e como utilização da causalidade parcial

Como exposto na Seção 1.3.1, as teorias acerca do nexo de causalidade tiveram importância ímpar para justificar a formação do liame causal entre a ação ou omissão do agente causador do dano e o prejuízo sofrido pela vítima¹⁵⁸.

Sendo assim, importante considerar que as teorias tradicionais do nexo de causalidade não são capazes de fundamentar a reparação pela perda de uma chance, uma vez que a condição necessária, nesses casos, não se completa. É que sempre que estamos diante de um caso de perda de uma chance, a reparação do dano final nunca seria possível de acordo com as teorias tradicionais do nexo de causalidade, porque não se poderia qualificar a conduta do agente como condição necessária para o reconhecimento do dano final, pois, nos casos de perda de uma chance, não se chega ao resultado final¹⁵⁹.

Daí emerge o principal questionamento: se as teorias tradicionais do nexo de causalidade não são capazes de justificar a reparação pela perda de uma chance, onde está o fundamento da teoria? Não considerar a chance perdida como uma nova modalidade de dano implica, necessariamente, na compreensão de que é impossível conceber as chances perdidas, existindo de forma separada do prejuízo representado pela perda da vantagem esperada¹⁶⁰.

A discussão, então, ganha grande proporção e foi magistralmente enfrentada por Rafael Peteffi. No presente trabalho mostra-se necessário fazer uma explanação mais sintética sobre a justificativa da reparação da perda de uma chance através do conceito de causalidade adequada ou do seu enquadramento como um conceito de dano autônomo, pois tal problemática embasa a posição que adotamos no presente trabalho.

¹⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁹ *ibidem*, p. 48/49.

¹⁶⁰ *ibidem*, p. 51.

Sobre a natureza das chances perdidas como dano autônomo, repassando suas conclusões após estudo aprofundado da obra de Joseph King Jr., Rafael Peteffi explana:

A propósito, Joseph Ling Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexó de causalidade. O autor afirma que os tribunais tem falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão “tudo ou nada” da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável¹⁶¹.

Como se dedicou a estudar os principais autores franceses que trabalharam a teoria da perda de uma chance, de sua obra podemos inferir que a conclusão a que chega é que a doutrina tradicional francesa não aceita o conceito de causalidade parcial, compreendendo que as chances perdidas deveriam ser isoladas como um prejuízo independente¹⁶².

Por outro lado, após investigação percuciente dos autores franceses, Rafael Peteffi da Silva expõe, com a mesma clareza, que outra posição doutrinária apontou o equívoco de se considerar que todos os casos de reparação pelas chances perdidas seriam casos de dano autônomo. Esta doutrina, que se difere da tradicional e foi muito difundida na França, entende que, nos casos de perda de uma chance na seara médica, deve-se utilizar o conceito de causalidade parcial¹⁶³.

¹⁶¹ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 77.

¹⁶² *ibidem*, p. 104.

¹⁶³ *ibidem*, p. 104. Continua o autor a explicar que “Os doutrinadores estrangeiros utilizam a expressão “tudo ou nada” para caracterizar o padrão imposto pelo atual sistema de responsabilidade civil na aplicação do nexó de causalidade. Dessa maneira, não existe possibilidade de gradação causal; ou o vínculo

Após longa análise das duas correntes, conclui o autor que existem duas possibilidades de se sistematizarem as chances perdidas. A primeira é que se pode considerá-las como espécie de dano autônomo; a segunda considera as chances perdidas a partir do conceito de causalidade parcial que a conduta do réu apresenta com relação ao dano final. A sistematização das chances perdidas em dano autônomo e resultado da aplicação da causalidade parcial leva em consideração as duas possibilidades de verificação do processo aleatório, quais sejam: os casos em que se perdeu a chance de se evitar um prejuízo afinal ocorrido; e os casos em que se perdeu a chance de se auferir proveito futuro; ou seja, a cadeia causal deixa de ser interrompida, implicando numa redução das chances de se obter o ganho¹⁶⁴.

A primeira possibilidade – perda da chance como um dano autônomo – contempla os exemplos clássicos, podendo ser ilustrada pelos casos em que o advogado deixou de interpor recurso e apelação em favor do seu cliente ou o caso do motorista que, por sua culpa, envolve-se em acidente e deixa morrer o cavalo campeão esperando o torneio. Nesses casos, jamais se poderá ter certeza do resultado final do evento interrompido, mas fica claro que as chances foram efetivamente destruídas¹⁶⁵. E é por esta razão que se reconhece a independência dos prejuízos representados pela perda da vantagem esperada, traduzida no dano final, e a perda das chances^{166,167}. Esse é o entendimento que defende-

causal é totalmente provada, gerando todos os efeitos pertinentes, ou não é. Portanto, segundo a teoria tradicional, a adoção da causalidade parcial estaria impossibilitada. Contudo, já se sustentou que não existe certeza absoluta em relação à prova do nexa causal, bastando uma carga probatória que forneça os elementos de convencimento do magistrado ou, no sistema norte-americano, do júri. Pode-se assegurar, mesmo segundo os padrões ortodoxos, que o nexa causal já é determinado por meio de probabilidades. O que Jacques Boré e John Makdisi propõe é que a reparação seja concedida de acordo com a probabilidade efetiva e cientificamente provada. Jacques Boré assevera que a utilização da causalidade parcial não seria alto antinômico com a aplicação ortodoxa da causalidade. Na realidade, todo processo etiológico é uma combinação entre lei causal e lei aleatória. Tal combinação pode ser encontrada na responsabilidade pela perda de uma chance, visto que o dano é formado por fatores conhecidos e desconhecidos: uma determinada terapêutica é normalmente eficaz, mas não é possível afirmar que o tratamento implicaria, inexoravelmente, a cura do paciente” (ibidem, p. 128).

¹⁶⁴ HIGA, *op. cit.*, p. 165.

¹⁶⁵ SAVI, 2009, p. 44 et seq.

¹⁶⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 88.

mos no presente trabalho e será a hipótese que trabalharemos de forma mais aprofundada na segunda parte desta dissertação, pois nossa pesquisa se dedicou a analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de advogado liberal que foi contratado para patrocinar a causa de um cliente e, na execução de seu serviço, incorreu em falha. Ou seja, analisaremos os julgados sob o prisma da hipótese clássica da perda de uma chance.

A segunda possibilidade – perda de uma chance aferida a partir da utilização do conceito de causalidade parcial – pode ser exemplificada pela hipótese do médico que, ao agir com negligência, deixou de indicar a metodologia terapêutica adequada ao paciente, que posteriormente vem a óbito. Não se pode ter certeza que a correta medicação evitaria o evento morte, mas é certo que, com ela, haveria maiores chances de sobrevivência do paciente. Neste caso, é inquestionável que ocorreu, efetivamente, um dano: a morte. Daí que a aplicação da teoria se destinaria a verificar se houve chances perdidas indenizáveis¹⁶⁸. Vale-se do

¹⁶⁷ Válido trazer o posicionamento de Flavio da Costa Higa que, diferente de Rafael Peteffi da Silva, entende que nas hipóteses da perda de uma chance clássica a autonomia do dano “[...] não se deve à prolapada ‘independência’ do dano, mas, simplesmente, porque, nela, todas as oportunidades da vítima são destruídas desde logo, de forma que, sob esse prisma, a diferença está na desnecessidade de aguardar por algo que se consolida de imediato, ou seja, na perda de uma chance ‘clássica’, tanto o dano de chance quanto o dano correspondente ao resultado final acontecem simultaneamente, quando da ocorrência do ato ilícito que interrompe o curso dos eventos aleatórios. A perda do resultado final, nesse caso, é um evento presente e certo. Todavia, tal fato não tem o condão de tornar o prejuízo ‘autônomo’, no sentido de se realizar sem a intervenção de forças ou agentes externos” (HIGA, *op. cit.*, p. 166).

¹⁶⁸ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 84. O autor traz dois casos da jurisprudência francesa. Um de 1965 em que a Corte de Cassação decidiu não ter relação de causalidade absoluta com o dano final (sequelas) num caso em de um médico que ministrou terapêutica equivocada a um menino que machucou o braço e, por isso, ficou com sequelas. Afirmou a Corte de Cassação que o erro no diagnóstico apenas havia subtraído algumas chances de cura. Num outro caso de 1966, a Corte de Apelação julgou um caso em que uma mulher, após dar à luz, foi acometida por uma forte hemorragia, vindo a óbito. A Corte entendeu que o médico que tratou da paciente foi negligente ao deixá-la sem assistência adequada após o parto. No entanto, a indenização não foi integral, porquanto os peritos concluíram que em casos similares os pacientes possuem 20% de chance de virem a falecer. Continua ensinando que “Os dois casos narrados motivaram a primeira manifestação de René Savatier contra a utilização das categorias de perda de uma chance de cura e perda de uma chance de sobrevivência. O autor

conceito de causalidade parcial, porquanto nesses casos o processo aleatório a que está submetido a vítima chegará ao seu final, com a consumação do dano/resultado final, e a noção das chances ou oportunidades perdidas será utilizada para delimitar em que medida o comportamento do agente contribuiu para o resultado final já ocorrido. Ou seja, não será possível discriminar se foi uma causa ou um conjunto delas que determinou o resultado final. Apenas se aferirá o que o agente deixou de fazer e que ajudaria a reduzir ou evitar o prejuízo. Por esta razão é que, nessas hipóteses, não se conseguiria falar em dano autônomo¹⁶⁹.

Percebe-se, então, que a diferença entre essas duas classificações é que, na segunda hipótese, o dano já foi verificado, enquanto que, na primeira hipótese, os fatores aleatórios impedem essa afirmação. São os denominados casos clássicos, quando se reconhece a autonomia das chances perdidas, enquanto nas hipóteses da utilização da causalidade parcial chamamos de perda da chance na “seara médica” ou “perda da chance de cura”, muito embora esta categoria comporte casos não adstritos ao campo da medicina¹⁷⁰.

Forçoso ressaltar, porém, que, apresentadas as correntes doutrinárias estrangeiras acerca da perda de chances, e realizada a minuciosa análise jurisprudencial dos julgados brasileiros com relação à utilização da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico pátrio, Rafael Peteffi adverte:

A perda de uma chance, nos casos em que o processo aleatório foi até o seu final, sempre deveria

afirmou que essas decisões estavam em desalinho com os princípios de direito comum sobre a casualidade, divergindo completamente dos outros casos de aplicação da noção da perda de uma chance. Essa manifestação originou a corrente que, ainda hoje, é a mais aceita pela doutrina francesa, diferenciando a aplicação clássica da perda de uma chance, que significa o reconhecimento de um dano específico, da perda de uma chance em matéria médica. Os autores que respaldam essa posição doutrinária fundam suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas após o término do processo aleatório. Assim, a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise dos fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto. O escopo 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’”.

¹⁶⁹ *ibidem*, p. 86.

¹⁷⁰ *ibidem*, p. 84.

se constituir em uma opção subsidiária, utilizada somente após esgotarem as possibilidades da utilização ortodoxa do nexa causal.

Observando esses rígidos parâmetros, sem nunca olvidar da seriedade da chance perdida, a aplicação da teoria da perda de uma chance estaria de acordo com o novo paradigma solidarista. Visto por esse ângulo e sob essas circunstâncias, é possível afirmar que a perda de uma chance, aplicada em hipóteses nas quais o processo aleatório chegou ao seu final, não depende de uma desvirtuação do nexa causal, mas de uma evolução deste¹⁷¹.

Sedimentadas essas circunstâncias, convém debruçar-se, ainda, sobre o posicionamento de outros autores que também se prestaram a sistematizar as chances perdidas.

Tal como a posição ora adotada, Sérgio Savi concorda com a sistematização da teoria proposta por Rafael Peteffi da Silva. Alerta ele, no entanto, que, em sua obra, optou por explorar apenas a teoria clássica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, hipótese que não se vale do conceito de causalidade parcial¹⁷². Sua ressalva também se faz no presente trabalho, pois, como dito, exploraremos a hipótese da perda de uma chance tida como um dano autônomo, já que se analisamos somente aqueles casos que, em razão do inadimplemento contratual, o advogado foi demandado pelo cliente pleiteando reparação pelas chances perdidas.

Fernando Noronha em certo ponto diverge da posição defendida por Rafael Peteffi, adotada como nosso referencial teórico. O autor português classifica a responsabilidade pela perda de uma chance entre a frustração da chance de obter uma vantagem futura¹⁷³ e a frustração da

¹⁷¹ *ibidem*, p. 252 et seq.

¹⁷² SAVI, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷³ NORONHA, 2010, p. 699. “São hipóteses em que, devido a um fato antijurídico passado, fica frustrada a possibilidade de obter uma vantagem que era esperada no futuro, ou fica frustrada a possibilidade de evitar um prejuízo futuro. Como se vê, esta categoria abrange duas situações distintas, que vão constituir duas submodalidades dela: a *perda da chance de realizar um benefício em expectativa*, de um lado, e a *perda da chance de evitar um prejuízo futuro*, de outro.”

chance de evitar a ocorrência de um dano¹⁷⁴, dividindo-se esta segunda possibilidade em ainda duas outras categorias: perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda da chance por falta de informação¹⁷⁵.

Embora sua classificação seja mais extensa, ela está em absoluta consonância com a sistematização adotada neste trabalho, já que utiliza como critério de diferenciação dos casos o fato de o processo aleatório em que se encontrava a vítima ter chegado ao final. Contudo, o autor diverge quanto à natureza jurídica¹⁷⁶ da perda da chance, já que não aceita o conceito de causalidade adequada:

Como se vê, pelas três situações indicadas (e poderiam ser quatro, se considerássemos separadamente as duas sub-hipóteses que cabem na perda de chance clássica), no fundo a perda de chance é sempre referida a benefícios projetados para o futuro, que são de natureza mais ou menos aleatória. Mesmo nas hipóteses em que existe um dano pre-

¹⁷⁴ *ibidem*, p. 706. “Similarmente ao que acontece com relação à perda de chance de realizar um benefício em expectativa ou de evitar um prejuízo futuro, também agora, para que se possa falar em perda da chance de ter evitado um prejuízo que efetivamente se verificou (e por isso é dano presente), é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidades de ele ser interrompido por uma certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado. Também aqui o resultado almejado (evitar um prejuízo) tinha natureza mais ou menos aleatória”.

¹⁷⁵ *ibidem*, p. 715. “[...] é o que acontece, por exemplo, no caso do médico que não presta ao paciente as informações que seriam razoáveis sobre os riscos da intervenção cirúrgica a que este será submetido e que depois se verificam, causando um sofrimento que poderia ter sido evitado. Só se poderá falar em frustração de chances nos casos em que o risco de dano poderia ter sido diminuído, mas não evitado”.

¹⁷⁶ Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva sobre a divergência com Fernando Noronha “A divergência que se coloca reside unicamente na natureza jurídica dos casos de perda de uma chance em que o processo aleatório chegou até o seu ponto derradeiro. Nesse ponto, o pensamento de Fernando Noronha se distancia da posição aqui defendida, bem como da doutrina francesa majoritária, tendo em vista que acredita não ser necessário o conceito de causalidade parcial. O autor concorda com a teoria que defende que as chances perdidas sejam consideradas em qualquer tipo de espécie da teoria da perda de uma chance, como danos autônomos e distintos dos ‘eventuais benefícios que eram esperados’” (PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, 108).

sente, só se pode falar em perda de chances na medida em que, enquanto por um lado se sofreu um dano, por outro perdeu-se a possibilidade de se beneficiar de algo útil, que não poderá mais vir a acontecer.

[...] a perda de chance, qualquer que seja a modalidade em que se apresente, traduz-se sempre num dano específico, o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados, mas tal dano há de ser sempre consequência adequada do fato antijurídico que estiver em questão¹⁷⁷. (grifamos)

Não nos coadunamos com a tese defendida por Fernando Noronha de que todos os casos de perda de uma chance se caracterizariam como dano autônomo pelas razões acima mencionadas e expostas com mais rigor na obra de Rafael Peteffi.

Outro posicionamento que se revela interessante apresentar é aquele trazido por Flávio da Costa Higa. A partir da sistematização trazida por Rafael Peteffi^{178,179}, o autor almeja “[...] mostrar um enfoque ligeiramente diferente, no anseio de que seja objeto de reflexão e aprimoramento pelos que evoluam no estudo do tema¹⁸⁰”, classificando as chances perdidas como *típicas* e *atípicas*.

Na hipótese da perda das chances típicas, em que o exemplo clássico é o do jóquei cujo cavalo não chegou em tempo para disputar a corrida, explica o doutrinador que a cadeia causal de eventos em que se encontra a vítima é interrompida; tirando-se dela todas as chances de se

¹⁷⁷ NORONHA, *op. cit.*, p. 701.

¹⁷⁸ Sobre a concordância com a sistematização feita por Rafael Peteffi da Silva, Flávio da Costa Higa sustenta: “A categorização que traçamos parte da mesma síntese organizada por Rafael Peteffi da Silva (nas conclusões de sua obra) [...]. A resenha do autor atende ao traço construtivo que se pretende explicar. De fato, as hipóteses de perda de uma chance podem ser divididas em dois grandes grupos, exatamente na forma por ele exposta. Note-se que o autor utiliza a expressão dano ‘específico’ (em vez de dano ‘autônomo), correta para expressar que a perda de uma chance constitui um prejuízo ‘distinto’ do próprio interesse aleatório perseguido (resultado final)” (HIGA, *op. cit.*, p. 170).

¹⁷⁹ Válido apenas ressaltar, como explicado na nota n. 144 que embora se coaduna com a classificação proposta por Rafael Peteffi da Silva, Flávio da Costa Higa, no que diz respeito à justificativa da autonomia das chances perdidas, assume outro posicionamento.

¹⁸⁰ HIGA, *op. cit.*, p. 170.

chegar no resultado final. Duas seriam as características, então, dessa modalidade (típica): a uma, a vítima participa do processo aleatório somente até a prática do ato ilícito; e, a duas, a eliminação das chances em regra é concomitante ao resultado final, de maneira que, nesses casos, a perda do resultado final é um evento presente e certo em relação à oportunidade perdida. A álea estaria no dano¹⁸¹.

De outra banda, defende o autor que, na perda da chance atípica, o curso natural dos eventos não é interrompido, implicando na diminuição das chances de se obter vantagem ou de se evitar prejuízo. Os exemplos trazidos pelo autor são os casos dos advogados que deixam de adotar alguma medida no exercício de sua profissão. Teriam como características: a vítima participar do processo aleatório até o final; e a eliminação das chances ocorrer em momento anterior ao resultado final. Assim, nos casos de perdas das chances atípicas, conclui Higa que a perda do resultado final é evento futuro e incerto em relação à oportunidade perdida e a álea, aqui, está nonexo causal¹⁸².

Embora seja interessante a contribuição do autor, não vislumbramos que a classificação entre chances *típicas* e *atípicas* se apresentem

¹⁸¹ *ibidem*, p. 171. E continua o autor “Na perda de uma chance ‘típica’, a álea está no dano (resultado final). Nele reside a ignorância humana soabre os acontecimentos. Sabe-se que a vítima tinha um interesse aleatório; que foi usurpado pela interrupção do processo aleatório (ato ilícito); que esta interrupção foi a causa da perda do interesse aleatório (nexo causal), mas, como a vítima só participa da cadeia causal até a intervenção interruptiva, não se sabe se ela conseguiria ou não o resultado almejado (dano equivalente ao resultado final). Considerando que a técnica de perda de uma chance está, essencialmente, em absorver o desconhecido, o Direito assumia a sua ignorância sobre o dano equivalente ao resultado final (do qual o dano de chance é dependente), por considerá-lo ontologicamente indemonstrável, e arbitra a reparação de acordo com a probabilidade que a vítima possuía de alcançá-lo” (p. 176/177).

¹⁸² *ibidem*, p. 171 et seq. Continua o autor dizendo que “Nesse habita o desconhecimento sobre os fatos. Sabe-se que a vítima tinha um interesse aleatório; que este foi usurpado pela não interrupção do processo aleatório pelo ofensor (ato ilícito). Como a vítima continuou participando do processo aleatório até o seu fim, também se sabe que ela sofreu prejuízo ou não obteve o benefício que perseguia (dano equivalente ao resultado final). Porém, não se pode precisar se o ilícito do réu foi o causador do dano (nexo causal), embora haja a ‘certeza da probabilidade’. Do mesmo modo o Direito é réu confesso quanto ao seu desconhecimento do nexo causal, mas acolhe essa ignorância no momento de decidir, fixando a indenização de acordo com a probabilidade de o ato ilícito ter sido causador do resultado final danoso” (p. 177).

como uma nova sistemática, pois as hipóteses trazidas por ele foram contempladas nas sistematizações operadas por Fernando Noronha e Rafael Peteffi da Silva. O que Higa faz é, apenas, mudar o enfoque da classificação e confunde a questão do momento de aferição do dano.

A modalidade das chances *típicas*, a nosso ver, é abarcada pela hipótese clássica de perda de uma chance, já que, nas palavras do autor, “a obliteração das chances é, em regra, cronologicamente simultânea à do resultado final¹⁸³”. O exemplo citado é, outra vez, o do jôquei que fica impossibilitado de participar da corrida por culpa do transportador.

Já as chances *atípicas*, de acordo com a proposta Flávio da Costa Higa, sob nosso entendimento foram também alcançadas pela situação das chances perdidas através da aplicação do conceito de causalidade parcial elaborado por Rafael Peteffi, porque afinal Higa sustenta que, nessa hipótese, “[...] o curso natural dos acontecimentos não é interrompido, o que redundará na diminuição das chances de obter a vantagem ou obter o prejuízo¹⁸⁴”. O problema dessa modalidade está na sua exemplificação e na sua classificação em decorrência do momento do dano. Como hipótese de chances *atípicas*, o autor traz como exemplo o caso objeto desse estudo: do advogado que perde um prazo ou deixa de adotar alguma medida cabível na defesa de seu cliente, concluindo ele que, em tais hipóteses, a perda do resultado se classifica como evento futuro e incerto em relação à oportunidade perdida¹⁸⁵.

Os danos, na hipótese das chances atípicas apresentadas por Flávio da Costa Higa, ao contrário de sua conclusão, são certos e atuais, porquanto as consequências da perda de uma chance já foram observadas em sua plenitude no momento do provimento jurisdicional, constituindo-se, por isso, somente danos atuais e não danos futuros¹⁸⁶. Há certa confusão por parte do autor com relação ao momento em que o advogado perde a chance de interposição do recurso efetivamente e o momento do provimento jurisdicional que detecta o erro e inadmite o recurso, por exemplo. Ainda que a decisão judicial venha a suceder apenas posteriormente, as consequências da perda da chance são resolvidas todas naquele momento, diferente das situações de perda de uma chance na seara médica, que se valem do conceito de causalidade parcial.

¹⁸³ *ibidem*, p. 171.

¹⁸⁴ *idem*.

¹⁸⁵ *ibidem*, p. 172.

¹⁸⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 112.

A questão é esclarecida por Rafael Peteffi quando discorda do posicionamento de Fernando Noronha, que também trabalha com a classificação de acordo com o momento do dano¹⁸⁷, já que vincula os casos clássicos à modalidade de danos futuros os casos de frustração da chance de evitar um dano que aconteceu a danos presentes:

Nos casos clássicos do advogado que perde o prazo do recurso de apelação, do cavalo que é impedido de correr um páreo, ou do empresário que não pôde participar de uma licitação, as consequências da perda uma de chance já foram totalmente observadas no momento da sentença, constituindo, desse modo, somente danos atuais.

Por outro lado, também é possível encontrarem-se modalidades de danos futuros em espécie de perda de uma chance, como no caso do acidente que perde a chance de obter um emprego mais lucrativo no futuro. Aliás, poder-se-ia imaginar um exemplo em que haveria danos presentes e futuros, sendo observados no momento da decisão jurisprudencial: se o médico fez o paciente perder as chances de evitar uma deformidade física permanente, têm-se as dessas com possíveis próteses que já tenham sido adquiridas e implantadas como danos presentes, enquanto a diminuição da capacidade laborativa que subsistirá por toda a vida da vítima seria uma espécie de dano futuro. **Portanto, acredita-se que não existe correlação entre as modalidades de dano futuro e dano presente e as modalidades de casos “clássicos” e aqueles respaldados pela causalidade alternativa**¹⁸⁸. (grifamos)

¹⁸⁷ De acordo com Fernando Noronha “A distinção entre danos presentes e futuros, por seu turno, vai ser importante para podermos fazer a classificação que reputamos fundamental nesta matéria: é que mesmo que uma chance diga sempre respeito a algo imaginado para o futuro, a uma oportunidade que poderia ser aproveitada para alcançar qualquer coisa, a reponsabilidade pela perda de chance vai traduzir-se umas vezes em danos relativos e eventos que não aconteceram e que só poderiam vir a verificar-se no futuro (danos futuros), e outras vezes em danos que já aconteceram, mas que poderiam ter sido evitados (danos presentes)” (NORONHA, 2010, p. 697).

¹⁸⁸ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 112.

Discordando radicalmente da sistematização da perda de uma chance feita pelos autores acima referidos¹⁸⁹, Daniel Carnaúba entende que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é, na realidade, um método decisório criado pela jurisprudência francesa para contornar o problema concreto da reparação dos interesses aleatórios¹⁹⁰. Ao discorrer em sua obra sobre a sintetização realizada por Rafael Peteffi, Carnaúba sustenta:

Em nosso ver, essa corrente que enxerga a existência de dois conceitos de perda da chance, seja para refutar a utilização do conceito em casos de dificuldade causal, seja para aceitar essa utilização, não se sustenta. *De rigor, todo e qualquer caso de perda de chances envolve uma mesma dificuldade causal, e a existência de um conceito único de reparação de chances pode ser compreendida se recorrermos a duas noções lógicas: a noção de causa necessária e a noção de causa suficiente.*

Tomando como exemplo a classificação de Peteffi, a única diferença entre os dois grupos mencionados é que, no primeiro, a conduta do réu é causa suficiente da perda da vantagem aleatória desejada. Tendo-se em vista que essa conduta elimina todas as chances de obtenção do resultado, desse simples fato podemos deduzir que o resultado em questão não se concretizará. Essa mesma relação de suficiência não existe nas hipóteses do segundo grupo. [...]

¹⁸⁹ Embora em seu livro ele discorde expressamente da lição de Rafael Peteffi, ao entender a perda de uma chance como uma técnica de reparação, Daniel Carnaúba discorda não somente de Peteffi, mas de todos os outros autores, e aqui cito Fernando Noronha e Flávio da Costa Higa, que entendem pela sistematização das chances perdidas seja apenas como dano autônomo, ou como dano autônomo e como aplicação do conceito da causalidade parcial.

¹⁹⁰. Continua o autor sustentando que “[...] a perda de uma chance seria mais bem definida como uma técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica consiste no deslocamento da reparação: a responsabilidade deixa de se preocupar com a intangível vantagem aleatória desejada, e passa a considerar a chance como objeto a ser reparado” (CARNAÚBA, 2012, p. 144).

Em outras palavras, pouco importa se o fato imputável ao réu interrompeu ou não o processo aleatório, ou ainda, se em decorrência desse fato, a vítima perdeu todas as suas chances ou apenas parte delas. Ante a ausência de relação necessária entre fato e a perda da vantagem aleatória desejada, o problema da causalidade se impõe do mesmo modo a todas as hipóteses¹⁹¹. (grifamos)

Sob o seu entendimento, a possibilidade de reparação pelas chances perdidas seria

[...] uma técnica de deslocamento da reparação: ao invés de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto que não tem ligação causal com o ato do réu – os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter esta vantagem¹⁹².

O que aconteceria, na realidade, seria a sua realocação dentro do espectro da responsabilidade^{193,194}. Não concordamos com o posicio-

¹⁹¹ CARNAÚBA, 2013, p. 63-64.

¹⁹² CARNAÚBA, 2012.

¹⁹³ idem.

¹⁹⁴ Por entender ser a perda de uma chance uma técnica de julgamento, Daniel Carnaúba, diferente de todos os outros autores, sustenta que “É por essa razão nos casos de perda de uma chance nunca haverá um liame causal entre a conduta do réu e a perda do resultado aleatório desejado (ou a superveniência do resultado negativo). A incerteza contrafactual impede que o fato do réu satisfaça o critério da necessidade: se retirarmos esse fato da cadeia causal, o resultado final negativo nem por isso desaparece. Não podemos, por exemplo, afirmar que, sem o ato culposo do advogado, o resultado negativo – a improcedência da ação – deixaria de existir. Da mesma forma, a derrota no concurso não desaparece do curso causal pelo simples fato de considerarmos hipoteticamente que ele participou das provas. *O ato imputável ao réu não é, em nenhum dos casos, condição necessária à produção do resultado negativo.* Essa insuperável incompatibilidade entre os casos de perda de chance e a noção de causalidade jurídica passou despercebida pelos juristas franceses durante muito tempo. É curioso notar que os autores mais antigos, como os Mazeaud, Lalou ou Ripert, relegam o conceito de perda de uma chance às suas notas dedicadas ao prejuízo – em especial, à questão da reparação do prejuízo futuro e certo -, e que muitos juristas consideram, ainda nos dias de hoje, que a perda de chances não teria qualquer relação com os problemas causalidade. A utilização da técnica da reparação de chances para resolução de litígios envolvendo dificuldades causais,

namento do autor que, embora tenha dedicado um estudo aprofundado sobre o tema, a nosso sentir, não consegue superar a questão da perda da chance como dano autônomo e como uma utilização do conceito da causalidade parcial, porque considera que

[...] a perda de chance de obter um resultado jamais será independente ou autônoma em relação à perda desse resultado. De forma mais precisa, poderíamos afirmar que a lesão a um interesse aleatório é uma lesão subordinada, cuja existência não deixa de ser uma expressão atenuada da perda da vantagem em jogo. [...]. A afirmação de autonomia entre perda chance e da perda da vantagem desejada é uma busca fadada ao fracasso. O interesse sobre a chance é sem dúvida um interesse *distinto* do interesse sobre a vantagem final. Distinto – e é difícil de evitar tautologias – porque a chance de obter um bem não se confunde com esse próprio bem. Contudo, jamais poderíamos afirmar que o interesse sobre a chance é *independente* ou *autônomo* em relação ao interesse sobre a vantagem desejada. O interesse sobre uma chance apenas incorpora um grau de crença racional mais brando, se comparado ao interesse sobre a própria obtenção da em questão. Logo, para avaliarmos uma lesão ao primeiro, teremos de considerar a lesão ao segundo, inevitavelmente ¹⁹⁵.

Para o autor, seria impossível afirmar a existência de um nexos causal se não houvesse um prejuízo previamente determinado, fazendo sempre a correlação entre a conduta do réu (ato ilícito) e a vantagem esperada (resultado final do processo aleatório), não levando em consideração o nexos causal entre a conduta do agente causador do ato ilícito e a interrupção do processo aleatório subtraindo as chances da vítima. Para tanto, vale-se do argumento da técnica de reparação das chances perdidas, consignando que se considera a chance como o elemento que desapareceu do ato imputável ao réu, permitindo-se, assim, o pleito reparatório. Dessa forma, o deslocamento da reparação contornaria o

surgidas, em especial, na seara da responsabilidade médica, seria obra da jurisprudência mais recente, e não passaria de um mero abuso do conceito tradicional. [...]. Logo, é impossível afirmar a existência de um nexos causal se não houver um prejuízo previamente determinado” (CARNAÚBA, 2013, p. 61-67).

¹⁹⁵ ibidem, p. 130 et seq.

acaso e identificaria a certeza em meio ao litígio – a chance –, permitindo-se a aplicação da norma da responsabilidade¹⁹⁶.

O presente trabalho não tem o objetivo de se aprofundar nas correntes teóricas da perda de chance, mormente porque se prontifica a analisar a questão da compreensão da teoria pelos tribunais brasileiros numa seara específica. Contudo, ao expor o posicionamento dos principais autores brasileiros que enfrentaram o tema com maior rigor, com relação à posição adotada por Daniel Amaral Carnaúba, visualizamos a diferenciação na consideração da posição do nexu causal, de modo que a técnica de deslocamento por ele defendida muito se assemelha à questão enfrentada por Rafael Peteffi da Silva ao trabalhar a questão do nexu de causalidade entre o ato ilícito cometido pelo réu (interrupção do processo aleatório) e as chances subtraídas da vítima.

Expostas as posições dos autores brasileiros que se dedicaram de forma mais profunda ao estudo da perda de uma chance, neste trabalho seguiremos, como já nos posicionamos anteriormente, os trilhos de Rafael Peteffi, concluindo-se que, com relação ao dano, sob a perspectiva da teoria da perda de uma chance, temos duas modalidades. A primeira utiliza-se do dano específico, representado pelas chances perdidas. A segunda consubstancia-se na causalidade parcial que a conduta do agente apresenta em relação ao dano final.

Para aferição do reflexo do dano, e a fim de saber se a chance foi perdida para o passado ou para o futuro, deve-se analisar o processo aleatório como um todo¹⁹⁷, nos seguintes termos:

Quando a chance perdida interrompe o processo aleatório em que se encontrava, a vantagem esperada é vista como algo que poderia ter sido alcançado no futuro. Na outra modalidade, o processo aleatório chegou até o final, fazendo com que a vantagem esperada seja considerada como algo passado.

Contudo, o momento em que é possível fazer a diferenciação entre danos futuros e presentes é, como bem afirmam Eduardo Zannoni e Fernando Noronha, o de sua apreciação, ou seja, quando da prolação da decisão pelo magistrado. Nesse momento, o processo aleatório sempre terá chegado ao seu final, com a perda definitiva da vantagem

¹⁹⁶ *ibidem*, p. 103 et seq.

¹⁹⁷ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 112.

esperada. Restará determinar se os efeitos dano já se esgotaram ou se continuarão a se fazer sentir no futuro¹⁹⁸.

Assim, tem-se que a análise do dano deve ser feita caso a caso, sendo desnecessário, por ora, enquadrar todas e quaisquer análises sobre a espécie. Conclui-se que na chance perdida, o dano pode ser tomado como específico e independente¹⁹⁹, bem como ser relacionado com a causalidade parcial do réu, podendo tratar-se, em ambos os casos, de danos passados ou futuros, aferição possível apenas na análise prática.

Com relação ao objeto deste estudo – a análise da aplicação da teoria da perda de chances nos casos em que clientes demandam advogados por alguma falha/defeito na prestação do serviço –, trabalhare-

¹⁹⁸ *ibidem*, p. 113.

¹⁹⁹ Com relação a essa dicotomia, A Ministra Nancy Andrighi ao julgar caso de aplicação de perda da chance na seara médica destacou a questão de encarar as chances perdidas como um dano autônomo, *verbis*: “DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. *Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.* 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada”. (BRASIL, 2013; grifamos)

mos, na segunda parte da dissertação, com precedentes dos casos clássicos de perda de uma chance, porquanto todas as chances foram destruídas pelo procurador que inadimpliu o contrato de alguma forma, não se tendo outra opção que não a chegada do resultado final.

1.4.2. Necessária diferenciação das chances perdidas e lucros cessantes.

Com relação aos lucros cessantes, a confusão inicial de seu conceito com o de perda da chance pode ser compreendida porque a diferença é, de fato, sutil. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino propõe, no que toca aos lucros cessantes, um juízo de probabilidade a partir do desenrolar dos fatos, caso não tivesse ocorrido o evento danoso, aduzindo que “[...] eliminado mentalmente o ato ilícito, as vantagens pretendidas a título de lucros cessantes constituiriam desdobramento normal da vida²⁰⁰”.

Assim, a expressão “razoavelmente” empregada pelo art. 402 do Código Civil significa que, até prova em contrário, o credor há de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria. Segundo Agostinho Alvim, “há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes²⁰¹”.

A jurisprudência, em muitos casos, confunde ambos os institutos, sendo que os tribunais ora indenizam as chances perdidas como dano moral, ora a título de lucros cessantes²⁰². O único critério para diferenciação entre os conceitos de lucros cessantes e perdas das chances seria a certeza dos danos, de modo que a maior dificuldade encontrada na aplicação concreta desse critério de distinção reside no fato de que a certeza do lucro cessante sempre será uma certeza que chamamos de relativa, mas que pode se tornar absoluta com as questões atinentes ao ônus da prova²⁰³.

Isso porque não existe presunção de lucro cessante. Todo dano, para ser ressarcido, deve ser meticulosamente comprovado:

²⁰⁰ SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 186.

²⁰¹ ALVIM, *op. cit.*, p. 189.

²⁰² Continua: “Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral”. (CAVARLIERI FILHO, 2012, p. 84).

²⁰³ SAVI, 2009, p. 17.

É evidente que cumpre àquele que alega a lesão patrimonial demonstrar a existência dessa lesão. Deve proporcionar ao juiz *meios de provas que tornem convincente a frustração do lucro que teria ocorrido, se o fato lesivo não se tivesse interrompido e interrompido o curso normal do negócio* ou provocado a suspensão do desenvolvimento da atividade geradora de benefícios, para o atingido²⁰⁴.

A corroborar com a doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar sobre a questão, entendeu que, a partir da expressão contida no art. 402 do Código Civil Brasileiro, “[...] admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes²⁰⁵”, necessitando, no entanto, de prova robusta para a existência de seu reconhecimento.

Depreende-se, portanto, que nos lucros cessante há, tal como na perda de uma chance, o elemento desconhecido. No entanto, dentro das hipóteses de lucros cessantes, afasta-se aquilo que se desconhece e se resolve a dúvida como se soubesse, num exercício de uma presunção certa, o que aconteceria e isso só ocorre se, e somente se, existir prova nos autos apontando nesse sentido. Já na perda de uma chance, por mais conteúdo probatório que exista, nunca se saberá o que, de fato, aconteceria, assimilando o direito a ignorância do resultado final da situação e decidindo, ao final, com base no sistema de probabilidades. No caso da perda da chance, a prova que se fará remonta à configuração da seriedade da chance e não do resultado final efetivo²⁰⁶.

²⁰⁴ PEREIRA, 1947, p. 206. E ainda: “Se alguém alega ter sofrido prejuízo, não basta a simples asserção, sendo necessário comprová-lo, em seu quantum, em seu exato valor, que, vindo ao seu patrimônio, vai suprir o déficit causado pelo ato ilícito” (AZEVEDO, 1998, p. 243).

²⁰⁵ BRASIL, 1997b.

²⁰⁶ HIGA, *op. cit.*, p. 68 et seq. Continua o autor ensinando que “Nos lucros cessantes, o Direito responde ao desconhecido (presente nas duas figuras) obliterando-o pelo sistema de presunções. Ele artificializa o conhecimento no plano técnico, expurgando aquilo que desconhece e dirimindo a dúvida como se soubesse o que aconteceria, com base nos elementos que lhe foram fornecidos. Já na perda de uma chance, o Direito assimila a sua ignorância ontológica perante os fatos que não podem ser conhecidos e equaciona o problema mediante decisão que absorve essa ignorância na técnica de decidir, pelo sistema de probabilidades. Assim sendo, longe de se distinguirem pela aleatoriedade, que antes os

Com efeito, o juízo é de probabilidade, mas, para a perda das chances, esse juízo se elabora no sentido de se prever/calcular qual seria a probabilidade de o ofendido chegar ao resultado final esperado, enquanto que, no caso dos lucros cessantes, a probabilidade se restringe aos fatos idôneos que são necessários à percepção das vantagens, de modo que o legislador possibilitou a sua presunção, mediante a formulação de um raciocínio hipotético de como seriam os acontecimentos naturais caso o ilícito não ocorresse, cabendo à parte fazer prova desses acontecimentos²⁰⁷.

1.4.3. Perda da chance e sua natureza jurídica de dano emergente e a incidência do princípio da reparação integral

Sejam elas classificadas como dano autônomo ou reflexo da utilização do conceito da causalidade parcial, as chances perdidas, no que diz respeito à sua natureza jurídica, são, em verdade, uma espécie de dano emergente²⁰⁸.

A lição de Flávio da Costa Higa é bastante precisa e, por isso, merece destaque em nosso trabalho:

A proposta sugerida neste estudo – de olhar para a perda de uma chance com vistas a uma situação pretérita e certa que foi subtraída por conta de ato ilícito – permite lobrigar que a perda de uma

aproxima, a perda de uma chance e os lucros cessantes têm seu traço de fragmentação em técnicas diversas de indenização, pois no primeiro caso, o juízo é de probabilidade, mas não no sentido de se supor qual seria o estado atual da vítima diante da incorrência do ato ilícito (teoria da diferença), mas de se calcular qual seria a probabilidade de o ofendido obter o resultado final esperado, em termos percentuais”.

²⁰⁷ *idem*.

²⁰⁸ Sobre a questão do enquadramento dos danos emergentes como danos exclusivamente patrimoniais, Silvio Neves Baptista ensina que “Segundo alguns autores, a classificação do dano em dano emergente e lucro cessante é uma subdivisão dos danos patrimoniais, o que não nos parece correto, uma vez que é perfeitamente possível estendê-la a certas hipóteses de danos morais. No caso, por exemplo, de erro médico cuja lesão incapacita o paciente para o trabalho, o dano não consiste apenas em ofensa corporal (dano emergente), mas também na privação dos ganhos da atividade laboral do ofendido (lucro cessante); o dano estético que impede a atividade profissional de uma atriz deve ser indenizado pela lesão física em si (dano emergente), e pelo prejuízo financeiro que a artista vier a sofrer em razão do dano físico” (BAPTISTA, 2003).

chance estaria mais aproximada da figura do dano emergente, na medida em que havia uma pertença antecedente, material ou imaterial, que foi expungida, toando a situação da vítima pior do que aquela em que estava anteriormente. [...]

Assim sendo, afastada a concepção arcaica de que o dano emergente só pode ser patrimonial, ou, mais especificamente, que não contempla a lesão ao patrimônio imaterial, não há dúvidas de que a perda de uma chance estaria encaixada nesta categoria²⁰⁹.

Filiamo-nos à corrente de que as chances perdidas são uma espécie de dano emergente^{210,211 212,213}. Isso porque a perda de uma chance

²⁰⁹ HIGA, *op. cit.*, p. 79 et seq.

²¹⁰ Daniel Carnaúba também entende a chance perdida como dano emergente: “A essa concepção, pode-se replicar que a técnica da reparação de chances indeniza, não a perda da vantagem ou da melhora desejada, mas a privação da oportunidade de obter essa vantagem. Ora, se aquelas perdas configuravam a frustração de um ganho, esta constitui, sempre, uma piora efetiva imposta à vítima. A reparação de chances pressupõe que a vítima dispunha de uma oportunidade no momento do acidente e que seu desaparecimento representa uma deterioração dessa situação anterior. Trata-se, portanto de um dano emergente” (CARNAÚBA, 2013, p. 169).

²¹¹ Da leitura da obra de Sérgio Cavaliere Filho, embora o autor não diga expressamente em nenhum excerto, entendemos que ele enquadra as chances perdidas também como danos emergentes, pois o mestre referencia a obra de Sérgio Savi exatamente quando se trata da questão do enquadramento da perda da chance como dano emergente.

²¹² Embora não consigne expressamente em sua obra, Fernando Noronha, ao compreender as chances perdidas unicamente como dano autônomo e independente, consequentemente, entende que as chances perdidas estão numa categoria de dano emergente. Em sua obra ensina que “[...] o *dano da perda de uma chance* é ainda um *dano certo*, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro (dano futuro) ou à frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente); esse dano da perda de chance contrapõe-se a um *dano final* que, este sim, nas situações aqui consideradas, é dano meramente hipotético, eventual, incerto” (NORONHA, 2010, p. 698).

²¹³ Cristiano Chaves de Farias também classifica a perda de uma chance como uma espécie de dano emergente, sustentando que “o valor econômico dessa chance será indenizado com uma espécie de dano emergente, afinal, *ele efetivamente perdeu a chance*” (FARIAS, 2015, p. 264).

tem característica lesiva que pode gerar todas as espécies de reparação por responsabilidade civil, sejam danos morais ou materiais²¹⁴.

Com efeito, ao enquadrarmos a perda da chance no conceito de dano emergente, eliminamos a problemática da certeza do dano, porquanto indenizamos a perda da chance de se obter um resultado esperado, não havendo indenização do prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado²¹⁵.

Essa questão não está ainda muito clara para os tribunais. Dos precedentes analisados no presente trabalho, alguns compreendem que a perda de uma chance seria “[...] uma terceira modalidade de dano patrimonial, figurando entre o dano emergente e o lucro cessante²¹⁶”, ou que,

²¹⁴ HIGA, *op. cit.*, p. 81. Continua o autor “Assim sendo, afastada a concepção arcaica de que o dano emergente só pode ser patrimonial, ou, mais especificamente, que não contempla a lesão ao patrimônio imaterial, não há dúvidas de que a perda de uma chance estaria encaixada nesta categoria”.

²¹⁵ SAVI, 2009, p. 112.

²¹⁶ ESPÍRITO SANTO, 2014. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDEMNIZATÓRIA – ADVOGADO QUE APRESENTA RECURSO INADMITIDO – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – NÃO APLICAÇÃO – AUSÊNCIA DE CHANCE SÉRIA E REAL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 – O apelante ingressou com a presente ação indenizatória em face do apelado sob o argumento de que procurou o Sindicato para ajuizamento de reclamação trabalhista em face do seu ex-empregador, sendo esta julgada improcedente. Interposto o recurso ordinário, o juízo de admissibilidade foi negativo por irregularidade de representação. 2 – Em consequência, afirma que teve prejudicado seu direito por negligência e imprudência do requerido, perdendo a oportunidade de ter a sentença reformada. 3 – A Teoria da Perda de uma Chance, surgida na França (perte d'une chance), se caracteriza quando desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício para a vítima, em razão da conduta de outrem. 4 - Sobre o tema, Caio Mário aduz que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo (Responsabilidade Civil, 9. Ed., Forense, p. 42). 5 - É preciso que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade (Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. 2007. São Paulo). 6 – Sob tal enfoque, de um simples lançar de olhos sobre a documentação colacionada aos autos, verifico faltar ao autor a real probabilidade de vitória em seu pleito, sendo até mesmo incoerentes os fatos narrados na exordial trabalhista. 7 - Não há, portanto, como acolher a tese do recorrente, pois embora o serviço contratado não tenha sido prestado a contento, não se mostra plausível a tese defendida que, repito, foi considerada falha

por não ser qualificada como dano emergente ou lucro cessante, seria “[...] uma terceira espécie de dano material, cujo prejuízo final é de difícil quantificação²¹⁷”, ou que, por mesclar “[...] instituto do dano material com institutos do dano moral²¹⁸”, constitui “[...] uma nova

até mesmo na descrição fática, não havendo que se falar em responsabilidade do sindicato. 8 - Recurso conhecido e desprovido”.

²¹⁷ ESPÍRITO SANTO, 2010. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO - ADVOGADO - LEGITIMIDADE - SINDICATO - INÉRCIA - PRESCRIÇÃO - DEMANDA TRABALHISTA - PERDA DE UMA CHANCE - RESPONSABILIDADE DO SINDICATO E DO ADVOGADO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA. [...] 3. O sindicato e o advogado por ele contratado são responsáveis pelos danos causados ao sindicalizado, tendo em vista que o primeiro ofereceu o serviço e o segundo comprometeu-se em executá-lo. 4. Alegado fato modificativo do direito do autor, cabe ao réu o ônus da prova, na forma do art. 333, II, do CPC e, no caso de non liquet, o resultado do julgamento deve a ele ser desfavorável. 4. O não ajuizamento de demanda trabalhista dentro do prazo prescricional causou ao sindicalizado prejuízos materiais e morais, sendo que os materiais decorrem da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance e os morais decorrem da frustração sofrida pela parte que, após nutrir expectativas acerca de eventual condenação de ex-empregador na Justiça Laboral, toma conhecimento de que não será mais possível o ajuizamento da demanda em razão do decurso do prazo previsto para tanto. 5. Considerando que havia uma real chance de o autor ser beneficiado pela condenação trabalhista, caso a demanda houvesse sido ajuizada dentro do prazo prescricional previsto para tanto, a fixação do dano material no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para indenizar a perda da oportunidade do ajuizamento da ação. 6. Na fixação da verba indenizatória a título de dano moral, seguem-se os ditames do art. 944 do CC/02, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade recomendados pelo C. STJ e, no caso concreto analisado, é suficiente e necessária a fixação do valor de R\$ 2.000,00. 7. Recurso provido. Sentença reformada”.

²¹⁸ MINAS GERAIS, 2014a. Ementa: “INDENIZAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NEGLIGÊNCIA ADVOGADO. CONDUTA CULPOSA. DANO CARACTERIZADO PELA PERDA POSSIBILIDADE DE OBTER RESULTADO MAIS FAVORÁVEL. SENTENÇA REFORMADA. INDENIZAÇÃO PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. -A obrigação assumida pelo advogado é de meio e não de resultado, ou seja; o objeto da obrigação não é o sucesso da demanda, mas sim, o desempenho diligente e cuidadoso do procurador. -Embora a obrigação do advogado seja de meio e não de resultado, não se pode olvidar que o advogado tem o dever de prestar seus serviços da forma mais adequada e ainda sempre em favor dos interesses de seu cliente. - A conduta desidiosa dos procuradores da parte Re-

modalidade de dano²¹⁹”, evidenciando-se a falta de compreensão da natureza jurídica das chances perdidas.

Enquadrada a perda da chance como dano emergente, todavia, é de se salientar, como dito anteriormente, que a reparação das chances obedece ao princípio da reparação integral, devendo-se cuidar quanto à questão de não se perder a atenção para o fato de que, nesses casos, *não se indenizará o dano final, mas sim a chance perdida*²²⁰. O valor do resultado final que foi interrompido servirá como base para se estabelecer o teto da reparação, mas nunca poderá ser o valor a ser recebido pela vítima a título de indenização pelas chances perdidas.

A própria doutrina francesa, do ponto de vista dogmático, conclui que, nos casos de perda de uma chance, não se está diante de nenhuma exceção do princípio da reparação integral, mas que a redução do *quantum* indenizatório em relação ao prejuízo final evidencia que as chances perdidas são um dano específico e independente com relação ao dano final²²¹.

Conforme se demonstrará na segunda parte desse trabalho, a natureza jurídica das chances perdidas é muito importante, porquanto em muitos julgados analisados os conceitos se confundem, implicando na *ratio decidendi* ser a perda da chance, quando, em verdade, estão arbitrando indenizações claramente referentes resultado final esperado.

1.4.4. Perda da chance como expressão de dano moral e dano material e possibilidade de cumulação

Partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico recepcionou a teoria da perda de uma chance e, por isso, que a pretensão de sua reparação é regida pela cláusula geral da responsabilidade civil, conclui-se que a “[...] a indenização pode ter como corolário quaisquer bens

querida, que deixaram transcorrer “in albis” o prazo para especificar provas, bem como, não compareceram na audiência de instrução e julgamento e sequer avisaram seu cliente sobre a data da audiência, contribuiu e influenciou na sentença que acolheu inteiramente o pleito inaugural. - O dano resta evidenciado diante da perda da possibilidade da parte de conseguir um resultado mais favorável na demanda, ocasionado pela incúria de seu procurador”.

²¹⁹ idem.

²²⁰ SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 172.

²²¹ FERREIRA, *op. cit.*, p. 117.

protegidos constitucionalmente²²². Ou seja, ela pode ser tanto um dano material quanto um dano moral.

No entanto, há quem sustente que a indenização das chances perdidas se daria exclusivamente na seara do dano moral²²³. Tal conclusão não se justifica. Isso porque não há dúvida de que, dependendo da situação, a perda de uma chance, além de representar uma frustração patrimonial, poderá, também, ser considerada como um fator de agregação do dano moral²²⁴. Com efeito, entendemos que, em situações específicas, conquanto não todas, a perda de uma chance pode, de fato, representar dano exclusivamente imaterial^{225,226}.

Isso porque, se a perda de uma chance acarreta numa situação lesiva à vítima e, assim, gera o dever de indenizar, entendemos que esta reparação deve ocorrer nas variadas formas previstas constitucionalmente, incluindo-se o dano moral²²⁷. Defender que a perda de uma chance

²²² HIGA, *op. cit.*, p. 122.

²²³ Na análise de precedentes realizadas no presente trabalho, alguns tribunais dirimiram a questão sustentando que a perda de uma chance seria uma modalidade de dano moral.

²²⁴ SAVI, 2009, p. 57. Válido ressaltar que este autor, diferente da posição que ora se adota, entende que a perda de uma chance não poderá, em nenhuma hipótese, significar um dano exclusivamente moral, mas apenas ser caracterizada como um fator agregador do dano moral.

²²⁵ Higa (2012, p. 123), coerentemente ressalva que “[...] conforme já explanado, se a perda de uma chance é uma situação lesiva que acarreta o dever de indenizar – em sentido amplo –, logo, a reparação pode ser dada nas variadas formas previstas no texto constitucional. O postulado de que a perda de uma chance não pode gerar dano exclusivamente patrimonial nega, sem qualquer lastro de juridicidade, a indenização de uma espécie determinada de dano”.

²²⁶ Em que pese não concordarmos com a conclusão de seu trabalho, Sérgio Novais Dias (1999) também já cogitava a possibilidade de a chance perdida representar danos morais e materiais.

²²⁷ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Neto e Nelson Rosendal discordam nesse ponto e entendem que as chances perdidas só podem gerar dano patrimonial, *verbis*: “Porém, na classificação dos danos, acreditamos que a perda de uma chance é um dano patrimonial. O dano injusto – seja ele a privação de uma vitória judicial, de uma aprovação em concurso, ou de qualquer quebra de uma perspectiva real de lucros – representará uma ofensa a um interesse econômico. Não se nega que, excepcionalmente – tal como poderia ocorrer com os danos emergentes ou lucros cessantes –, o dano possa repercutir em situações jurídicas existenciais do ofendido ou de seus familiares. Todavia, se constatado o dano moral, será uma eventual consequência do dano econômico, a ela agregando. Nessa senda, aquele que foi excluído da fase derradeira do con-

só pode gerar dano exclusivamente patrimonial ou exclusivamente moral significa negar, sem fundamentação legal, as demais espécies de dano²²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a melhor doutrina, já sedimentou o entendimento de que “A perda da chance de aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais²²⁹”.

curso público por uma conduta antijurídica poderá, lateralmente à perda de uma chance, beneficiar-se de uma parcela compensatória pelo dano moral, verificada lesão concreta a um interesse existencial merecedor de tutela. Por vezes, o fato que a vítima reconhece como perda de uma chance não resultará no reconhecimento do dano patrimonial, por não se reputar demonstrado algum dos requisitos de sua aplicação – por exemplo, exiguidade das possibilidades de êxito do ofendido se não houvesse a intervenção do fato jurídico danoso. Ainda assim, aquele fato poderá impactar em uma ofensa a sua dignidade, gerando dano moral. Basta pensarmos na hipótese de um recurso inadmitido por extemporaneidade em razão da falha do serviço postal. Se o recurso perdido tinha poucas possibilidades de acolhimento, não caberá a indenização pela perda de uma chance. Porém, a perda de prazo poderá impactar na honra e credibilidade de um advogado perante o meio profissional, pois lhe sugere a pecha de relapso. Imprescindível será compreender que esse dano moral não representa a perda de uma chance. Simplesmente será um dano à honra, isto é, não se pode admitir que a perda de uma chance seja classificada como um dano exclusivamente moral. Por isso, reputamos como incorreto o Enunciado n. 443 do Conselho de Justiça Federal: [...]. A perda de uma chance será invariavelmente um dano patrimonial, pois o dano extrapatrimonial, se houver, será representado pela ofensa a qualquer outro bem jurídico que traduza um *plus* à privação da propriedade de um bem por um dano injusto”. (FARIAS, 2015, p. 262 et seq.).

²²⁸ HIGA, *op. cit.*, p. 123.

²²⁹ BRASIL, 2008. Ementa: 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

Nada obstante o entendimento majoritário de que as chances perdidas podem representar tanto prejuízo material quanto moral, nos precedentes analisados encontramos seis julgados que consignaram que a perda de uma chance seria uma modalidade de dano moral.

Entre eles está, por exemplo, a Apelação Cível n. 0001081-29.2011.8.05.0213²³⁰, do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), o qual, ao julgar ação de indenização ajuizada por cliente em face de ex advogado, consignou que “A indenização resultante da perda de uma chance é uma modalidade de dano moral, sendo possível a reparação decorrente da perda de uma oportunidade de alcançar o resultado esperado²³¹”. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) registrou, no corpo do acórdão da Apelação Cível n. 0003730-84.2013.8.07.0004, que a perda de uma chance “É, portanto, uma modalidade de indenização por danos morais²³²”.

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”.

²³⁰ BAHIA, 2014. Ementa: “APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAIS C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE, CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. PATRONO QUE AJUIZOU AÇÃO QUANDO A MESMA JÁ HAVIA ATINGIDO A PRESCRIÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELOS AUTORES. REJEITADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ADMISSIBILIDADE. NO MÉRITO NEGLIGÊNCIA NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, CONFIGURADO O DANO MATERIAL E MORAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR MANTIDO. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÕES IMPROVIDAS”.

²³¹ idem.

²³² DISTRITO FEDERAL, 2015. Ementa: “**DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS DECORRENTES DA NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO. CONFIGURAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. SENTENÇA REFORMADA.** 1. Embora a obrigação do advogado seja de meio, tal fato não elide o seu dever de prestar serviço adequado aos interesses do seu cliente. 2. O advogado que deixa de cumprir parcialmente a

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), quando do julgamento da Apelação Cível n. 0000369-87.2008.8.26.0042²³³, também chegou à mesma conclusão, fazendo constar no aresto que “[...] ocorreu na espécie a chamada perda de uma chance, modalidade de dano moral e não material, como a doutrina e jurisprudência mais atuais reconhecem²³⁴,”

A conclusão de que as chances são uma modalidade de dano moral, porém, não encontra guarida na teoria da perda de uma chance. É que a chance perdida não pertence a uma categoria exclusiva. O que se deve levar em consideração é o interesse das chances que pode vir a gerar um dano, seja ele material ou moral, pois as chances não estão vinculadas a nenhuma das duas categorias. “É a natureza do interesse em jogo que determinará a natureza da chance²³⁵,”

determinação judicial para emendar a petição inicial, não arrola testemunha, nem apresenta réplica ou impugna os documentos da parte contrária, deixa prescrever em parte a pretensão, não recorre da sentença trabalhista quando a jurisprudência lhe era favorável, comete desídia no patrocínio da causa e deve responder pelos danos daí decorrentes. 3. Nesse caso, a indenização é deferida pela perda da oportunidade processual, porquanto o autor não teve a justa defesa no processo trabalhista e, também, pela perda da possibilidade que teria se o escritório/réu tivesse interposto recurso e esse fosse apreciado pelo Segundo Grau da Justiça do Trabalho. 4. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido. 5. Recurso do réu conhecido e desprovido”.

²³³ SÃO PAULO, 2015a. Do corpo do acórdão também se extrai outro excerto “Frisa-se que o reconhecimento da situação fática dos autos como caracterizadora do dano moral foi expressamente pedida na inicial, afastados porém os danos materiais, que, como visto, são de impossível aferição em face do não ajuizamento da demanda trabalhista (ou, na prática, estar-se-ia julgando a própria reclamação se o exame do prejuízo visasse ao que teria o autor nela obtido; importante no entanto é repetir que a probabilidade de êxito havia e a frustração decorrente da prescrição amplamente legitimada e justificável).”

²³⁴ idem.

²³⁵ CARNAÚBA, 20013, p. 170. Continua o autor ensinando que “Assim, a perda da chance de vencer um processo judicial pode constituir um prejuízo patrimonial, na hipótese em que a pretensão veiculada tenha por objeto uma prestação pecuniária. O advogado que deixa transcorrer *in albis* o prazo para interposição de um recurso contra uma sentença que condenou seu cliente ao pagamento de uma dívida causa a este um prejuízo material. O interesse lesado é patrimonial, porquanto avaliável em dinheiro, e o montante da indenização será equivalente ao valor da condenação, multiplicado pelas chances de sucesso do recurso obstado. Por outro lado, o dano sofrido pelo cliente terá natureza moral se, por meio da demanda em questão, a vítima buscava a satisfação de um

A doutrina, em sua grande maioria, também concorda com tal assertiva, tanto que, durante a V Jornada de Direito Civil, ocorrida em novembro de 2011, aprovou-se o enunciado n. 444, citado alhures e que deixa claro que as chances perdidas podem ora serem encaradas como danos materiais, ora encaradas como danos morais.

1.5. Recepção da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro

Exposta classificação sistemática da perda de uma chance, imperioso consignar que entendemos que o ordenamento jurídico pátrio recepcionou a possibilidade de indenização pelas chances perdidas.

Chega-se a essa conclusão não só pela larga aplicação da teoria em inúmeros julgados pelo Brasil afora, mas também em decorrência da atenção a ela conferida pela doutrina que, há muito tempo, sinalizava para a possibilidade de reparação das chances perdidas, através dos ensinamentos dos civilistas mais clássicos²³⁶.

Embora a concretização da chance nunca seja certa, a perda da oportunidade pode, de fato, ser certa, de modo que, se visualizada nesses termos, a nosso ver não encontramos óbice em nosso ordenamento jurídico para a recepção da teoria. O art. 402 do Código Civil²³⁷, em verdade, afasta o dano meramente hipotético, o que não se confunde com as

interesse extrapatrimonial. Esse é o caso quando o erro do advogado ocorrer no curso de uma ação de reconhecimento de paternidade – abstraindo-se eventuais reflexos pecuniários dessa pretensão. Novamente, para aquilatar o prejuízo o magistrado deverá multiplicar as probabilidades perdidas pelo valor da vantagem almejada. Contudo, este último elemento não é um bem jurídico com valor econômico, daí por que a chance perdida constituirá um dano mora. Poderíamos também vislumbrar a hipótese em que um candidato é injustamente excluído de uma competição cujo prêmio era meramente simbólico, sem valor econômico. Também nesse caso a reparação concedida à vítima terá a natureza de compensação moral”.

²³⁶ Anteriormente trouxemos as lições de autores clássicos. Aqui interessante colacionar o excerto da obra de Fernando Noronha, o qual sustenta que “a possibilidade de reparação de danos relativos à perda de chances, de natureza um tanto aleatória, é um dos aspectos em que se revela o fenômeno contemporâneo da expansão dos danos suscetíveis de reparação, como tivemos oportunidade de referir no capítulo anterior [7.10.2.a]” (NORONHA, 2010, p. 698).

²³⁷ Art. 402 do Código Civil: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

chances perdidas. Se a vítima provar uma adequação do nexo causal entre a conduta do lesante e o dano efetivamente sofrido – dano este que será a chance perdida e o não o resultado final esperado – configurado estará o dever de indenizar²³⁸.

Cristiano Chaves de Farias também entende que nosso ordenamento jurídico recepcionou a teoria da perda de uma chance sustentando que

[...] cientes os estudiosos da responsabilidade civil que o mencionado artigo 402 é uma cláusula geral de danos e, portanto, não pode ser lida a partir de uma postura redutora ao binômio danos emergentes/lucros cessantes, devemos extrair do seu texto normativo todas as possibilidades valorativas que coincidam com as aspirações solidaristas da Constituição Federal. A hermenêutica do enunciado se faz com os olhos voltados à mais ampla proteção à integridade dos bens jurídicos patrimoniais da vítima²³⁹.

Não se revelando como uma nova categoria de dano, mas sim na visualização de um prejuízo distinto do resultado final perseguido apto a gerar qualquer espécie de reparação, “[...] a perda de uma chance é um instrumento de tutela dos valores constitucionalmente protegidos, na medida em que irá, em última análise, indenizar, com justiça, a esfera de bens violada, seja ela moral, material ou estética²⁴⁰”.

Aliada à cláusula geral contida no art. 402 do Código Civil, imperioso considerar que a importância conferida às probabilidades também auxiliou na recepção da teoria da perda de uma chance pelo nosso ordenamento jurídico. É que “[...] o progresso tecnológico e a ciência estatística acabam por desmistificar o acaso e as situações aleatórias²⁴¹”, de modo que, nos dias de hoje, a chance em si, ou a sua perda, consagram valor pecuniário passível de reparação²⁴².

Válido, porém, trazer o posicionamento isolado de Daniel Carnaúba, com o qual não concordamos. Ao entender a perda de uma chance como uma técnica de julgamento e refutar o escoramento das chances

²³⁸ COSTA, 2003, p. 358-362.

²³⁹ FARIAS, *op. cit.*, p. 264.

²⁴⁰ HIGA, *op. cit.*, p. 111. Continua o autor aduzindo que “Sua reparação prescinde de qualquer prescrição positiva específica, porquanto tem ampla guarida na cláusula geral de responsabilidade”.

²⁴¹ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 238.

²⁴² *Idem*.

perdas como um dano autônomo ou como uma possibilidade de mitigação da causalidade, o autor consigna que a responsabilidade civil estaria “[...] impotente perante esse tipo de lesão. Visto que suas condições de aplicação não estão reunidas, a vítima não teria, ao menos em princípio, direito à reparação²⁴³”.

Importante ressaltar que a aceitação da teoria da perda de uma chance não ocorre de forma homogênea pelos diferentes ordenamentos jurídicos. Em França, a teoria é aplicada nas mais diferentes situações, como nos casos de perda de uma chance pela quebra do dever de informar, perda de uma chance de ganhar uma demanda judicial em razão de constatação de alguma falha do advogado, perda de uma chance em matéria empresarial, perda de uma chance em lograr êxito em jogos de azar, perda de uma chance de auferir melhor condição social, dentre outras situações²⁴⁴. Talvez o maior leque de aplicação da teoria da perda de uma chance seja em França em virtude do fato de foi esse país que consolidou seu aporte teórico, mas também em razão de o ordenamento jurídico francês possuir uma cláusula geral aberta de responsabilidade civil, tal como existe no Brasil.

Já nos países da *common law*, em que uma tal cláusula inexistente, a aplicação da teoria da perda de uma chance passou a ocorrer de forma mais sistemática, “[...] permitindo a análise dos efeitos jurisprudenciais segundo a natureza jurídica das chances perdidas²⁴⁵,” e, diferentemente do ordenamento jurídico francês, a teoria ainda não é aplicada nas mais diversas situações.

No Brasil, similar ao que tem ocorrido em França, a aplicação da teoria da perda de uma chance tem sucedido nas mais variadas hipóteses. O presente trabalho não se propôs a analisar quais as situações de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aceitas pelo nosso ordenamento jurídico. Entretanto, podemos confirmar que, na hipótese ora analisada, a possibilidade de reconhecimento das chances perdidas em face do advogado que inadimpliu os deveres oriundos de seu mandato foi consagrada pelo ordenamento jurídico pátrio, não só pela recepção legal, a partir da hermenêutica dos artigos 402 e 403 do Código Civil, mas, também, em razão da quantidade de julgados existentes reconhecendo a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance ao advogado faltoso.

²⁴³ CARNAÚBA, *op. cit.*, p. 68.

²⁴⁴ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 158.

²⁴⁵ *ibidem*, p. 178.

2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICABILIDADE AO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO

2.1. Reconhecimento da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao advogado atuante como profissional liberal

Como bem explicitado ao longo do primeiro capítulo, a teoria da perda de uma chance, desde a sua gênese, trabalha com questões referentes à responsabilidade civil “[...] no âmbito do patrocínio judiciário e que, como referimos acima, [estão] historicamente na gênese da figura da perda de *chance*”²⁴⁶. Tanto é que a maioria da doutrina retrata, como o primeiro caso a cuidar da perda de uma chance, o julgado da *Cour de Cassation*, estabelecido em 17 de julho de 1889, em que se concedeu a indenização pela perda da possibilidade de consecução de um processo judicial e, conseqüentemente, da possibilidade de o autor ganhar a causa²⁴⁷.

Nota-se, assim, que a teoria da perda de uma chance desenvolveu-se, dentre outras situações, com base na relação entre advogado e cliente, de modo que a conclusão de que é viável a aplicabilidade da teoria das chances perdidas contra o advogado que incorreu em alguma falha no desempenho de seu mister não merece maiores digressões, porque assente tal possibilidade.

Para que a aplicação ocorra de maneira correta deve-se, no entanto, levar em consideração as peculiaridades que circundam a relação contratual entabulada entre cliente e advogado, focalizando-se, para os fins desta dissertação, o liame jurídico concebido entre cliente e advogado quando este atua na condição de profissional liberal. Não trataremos, portanto, das responsabilidades dos advogados públicos, haja vista que, ainda que submetidos às regras da Ordem dos Advogados do Brasil, seu regime de contratação dá-se, evidentemente, com entes públicos, o que foge do escopo do objeto deste trabalho.

Dessa forma, a segunda parte da presente monografia tratará, de forma breve, as questões específicas referentes à relação cliente e advogado para, então, debruçar-se sobre o levantamento jurisprudencial realizado nos tribunais estaduais brasileiros, com análise dos julgados mais recentes encontrados sobre o tema. O intuito é, pois, demonstrar os equívocos na compreensão da teoria e apontar o caminho correto para o

²⁴⁶ FERREIRA, 2011, p. 116.

²⁴⁷ Explicitamos o *leading case* sobre perda de uma chance de forma mais detalhada no item 1.2.1 deste trabalho.

reconhecimento das chances perdidas, tomando em consideração as especificidades do vínculo existente entre cliente e advogado liberal.

2.2. O advogado e seu *munus público*

A Constituição da República, por seu art. 133, dispõe que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”²⁴⁸. Tal dispositivo repete-se, ainda, no art. 2.º do Estatuto da Advocacia²⁴⁹ e no art. 2.º do Código de Ética²⁵⁰, diplomas estes que regulamentam a atividade do advogado.

Para o dicionário jurídico, o vocábulo *advogado* tem origem “no latim *advocatu*, de *ad*, para junto, e *vocatus*, chamado, invocado, ou seja, *aquele que é chamado para ajudar*”²⁵¹. Em Roma, inicialmente, denominava-se advogado aquele que era chamado em defesa (*vocati ad, ad – vocati*), ou aquele que reunia prova para o *patronus*, durante o período aristocrático da profissão²⁵². Com efeito, “[...] o advogado sempre foi em todos os tempos aquele profissional revestido de características que possibilitavam ser o defensor dos indivíduos contra as agressões dos seus direitos”²⁵³. Consoante lição de Astolpho Rezende, “o advogado não é 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”²⁵⁴.

²⁴⁸ BRASIL, 1988.

²⁴⁹ Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. [...] § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *munus público*. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei. (BRASIL, 1994).

²⁵⁰ Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinado a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

²⁵¹ ACQUAVIVA, 2000.

²⁵² LÔBO, 1994, p. 31.

²⁵³ SODRÉ, 1967, p. 63.

²⁵⁴ REZENDE, 1939, v. 42.

A referência constitucional à atividade do advogado não resultou de favor corporativo à Ordem dos Advogados do Brasil, tampouco se prestou para criar qualquer forma de reserva de mercado. Sua *ratio* é de evidente ordem pública e possui extremo interesse social, já que a advocacia é instrumento de garantia da efetivação da cidadania. Daí se infere que a indispensabilidade do advogado a que faz referência a Constituição diz respeito à garantia da parte num litígio e não do profissional em si.²⁵⁵

Reconhece-se, portanto, que o advogado caracteriza-se como profissional cuja presença se reconhece por necessária e imprescindível no processo em que a parte busca a prestação jurisdicional do Poder Judiciário, graças a sua arte e a sua técnica jurídica no processo de convencimento do juiz.²⁵⁶

O status constitucional conferido ao advogado, que fica em pé de igualdade com o juiz e o promotor, demonstra que a advocacia é uma das principais pilstras de sustentação do Estado Democrático de Direito. E cada uma dessas carreiras desempenha seu papel de modo paritário, sem a existência de níveis hierárquicos entre si.

Importa ressaltar que o exercício da advocacia é privativo dos advogados, e considera-se advogado todo bacharel²⁵⁷ em Direito devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Para a inscrição nos quadros da Ordem, o advogado deve preencher os seguintes requisitos: ser aprovado no Exame de Ordem; possuir plena capacidade civil; deter o diploma de bacharel em Direito; possuir título de eleitor e estar quite perante o serviço militar brasileiro; não exercer atividade incompatível²⁵⁸ com a advocacia; ter idoneidade moral; e prestar compromisso frente à Ordem dos Advogados do Brasil.

²⁵⁵ LÔBO, *op. cit.*

²⁵⁶ SODRÉ, *op. cit.*, p. 64 et seq.

²⁵⁷ Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo “advogado não é gênero, mas espécie do profissional do direito” (LÔBO, *op. cit.*).

²⁵⁸ A Lei n. 8.906/94, em seu art. 27, prescreve as atividades que a advocacia é incompatível: “Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais; II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em

Com efeito, os advogados são os únicos profissionais cujo exercício da profissão está subordinado ao reconhecimento por parte do órgão de classe – no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil –, de que possuem as habilidades e as qualificações exigidas para o exercício da profissão. Isso faz com que, sobre a OAB, recaia a obrigação de fiscalizar e propiciar que os serviços jurídicos sejam prestados da melhor maneira possível.

2.3. Natureza jurídica da prestação do serviço de advocacia e responsabilidade eminentemente contratual do advogado

Por muito tempo, questionou-se acerca da natureza da prestação do serviço advocatícios, se pública ou privada. A controvérsia, no entanto, consolidou-se com previsão contida no art. 2.º, § 1.º, do Estatuto da Advocacia, o qual dispõe que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”²⁵⁹.

Em verdade, a administração da justiça é espécie do gênero atividade pública. Essa *atividade* pública, porém, não se confunde com a *administração* pública em sentido estrito. Relaciona-se com a função social da atividade advocatícia, que se dá quando o advogado concretiza a aplicação do direito – e não apenas da lei –, quando obtém a prestação jurisdicional, e quando participa do processo construtivo da justiça soci-

suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro; V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; VI - militares de qualquer natureza, na ativa; VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas. [...] § 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente. [...] § 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico. [...] Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

²⁵⁹ BRASIL, 1994.

al, em rigorosa observância do status constitucional que lhe foi conferido, de que é indispensável à administração da justiça²⁶⁰.

Nas palavras de José Geraldo de Souza Junior, “[...] a compreensão dos deveres e a plena concretização dos direitos dos advogados passam pela mediação de sua prática social, de sujeito coparticipante do processo de reinstituição contínua da sociedade”²⁶¹.

Esse caráter de *munus* público foi consolidado pela Constituição da República e pela doutrina²⁶². No entanto, em que pese o reconhecimento da natureza de seu *munus*, importa recordar que, no presente trabalho, analisaremos a possibilidade de responsabilização civil do advogado liberal²⁶³ no que diz respeito à sua atuação profissional. A

²⁶⁰ LÔBO, *op. cit.*, p. 28.

²⁶¹ SOUZA JÚNIOR, 1990, p. 130.

²⁶² Nas palavras de Rui Sodré “Deixava a advocacia de ser profissão exclusivamente privada e exercia com a mais ampla e irrestrita liberdade, para tornar-se regulamentada, selecionada, fiscalizada e disciplinada, funções essas delegadas pelo Poder Público à própria classe. Passou a imperar o princípio, até então desprezado, de que o advogado participa da administração da Justiça, que é serviço público. Dêsse princípio decorrem não só a subordinação do advogado à disciplina funcional, ao compromisso que presta ao iniciar a profissão, e ao mais importante de todos, qual seja o de ter acesso, como defensor da parte, no desenrolar do processo judicial”. (SODRÉ, *op. cit.*, p. 76). Gisela Gondim Ramos assevera que “Conquanto, pois, diga-se sempre que a advocacia é uma profissão liberal, o termo não significa que seja ela exercida no interesse privado, exclusivamente, porque acima dele está o serviço à Justiça. O advogado é um profissional liberal, no sentido de que ele trabalha com a sua palavra – oral ou escrita – com seus dons de exposição e de persuasão, com seus conhecimentos jurídicos, e neste aspecto, sua independência é absoluta”. (RAMOS, 2013). No mesmo sentido, Paulo Lôbo ensina que “A advocacia, sobretudo quando ministrada em caráter privado, é exercida segundo uma função social intrínseca. A função social é sua mais importante e dignificante característica. O interesse particular do cliente ou da remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos e o bem comum. A função social é o valor finalístico de seu mister. [...] É serviço público, na medida em que o advogado participa necessariamente da Administração Pública da justiça, sem ser agente estatal; cumpre uma função social, na medida em que não é simples defensor judicial do cliente, mas projeta seu ministério na dimensão comunitária, tendo sempre presente que o interesse individual que patrocine deve ser plasmado pelo interesse social” (LÔBO, 2009, p. 29-30).

²⁶³ Nas palavras de Rui Sodré “Exercemos profissão liberal, concebida esta como uma atividade puramente intelectual. Ela é, segundo a definição do grande *Dictionnaire Universel* de P. Larousse, daquelas ‘cujo sucesso depende das

ressalva de José de Aguiar Dias remonta bem o objeto de nosso estudo, pois reconhece o caráter público da atividade do advogado, ressaltando, no que toca à responsabilidade civil, que, por não ser *oficial público* – particularidade que se situa fora do presente objeto –, a aferição de sua responsabilidade é puramente contratual, salvo nos casos de assistência judiciária²⁶⁴.

A relação entre cliente e advogado, a bem da verdade, nada mais é do que um contrato de mandato, sendo que quase a totalidade das relações entre o mandante e o mandatário possuem, com fulcro nas regras do Código Civil, natureza eminentemente contratual²⁶⁵. A exceção dá-se quando o advogado atua com vínculo empregatício (advogado de uma empresa, por exemplo), situação esta em que, pelos danos causados pelo procurador, responderá a pessoa jurídica em nome de quem atua o advogado²⁶⁶.

De rigor, a responsabilidade contratual se instrumentaliza através do mandato outorgado pelo cliente, através do qual o procurador/mandatário se obriga a defender o direito e oferecer conselhos e orientações profissionais ao mandante²⁶⁷.

Em sendo uma relação eminentemente contratual, à relação entabulada entre cliente e advogado incidem as normas do Código Civil atinentes à celebração e resilição contratuais, bem como as regras que regulamentam o adimplemento e o inadimplemento das obrigações contratuais. Além disso, existe lei especial que, par a par com o Código Civil, regem as relações estabelecidas entre o cliente e seu advogado, notadamente o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n.

faculdades do espírito'. [...] hoje, o conceito de profissão liberal se ampliou tanto que nêle se incluem até as profissões técnicas. Para nós, no entanto, quando se diz que somos profissionais liberais, subentendem-se nessa denominação a preeminência de atividade meramente intelectual, exercia com liberdade e independência, ou seja, sem qualquer subordinação, nem mesmo até ao próprio cliente. É a profissão liberal eminentemente cultural, exercida com liberdade, em clima de liberdade e com integral independência” (SODRÉ, 1967, p. 81).

²⁶⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 410. No mesmo sentido, Félix Represas ensina que “Em general, la opinión que hoy prevalece es la de que el abogado aunque defende um interés particular, tasciende em su acción esse interés privado, para servir em realidade al interés público de la justicia” (REPRESAS, 1978, p. 33).

²⁶⁵ LOPES, 2001, p. 227.

²⁶⁶ CAVALIERI FILHO, 2012, p. 431.

²⁶⁷ RAMOS, *op. cit.*, p. 401.

8.906/94, e o Código de Ética do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em decorrência, portanto, da natureza do negócio jurídico a que se vincula, quando evidenciada alguma falha na prestação do serviço para o qual foi contratado o advogado, estaremos, na grande maioria das vezes, diante de uma infração contratual voluntária, porque oriunda de ato culposo do procurador. Diante de um inadimplemento imputável ao devedor da obrigação de fazer contida no mandato, pois normalmente o erro decorre de conduta exclusiva do causídico, e não de fatores que fogem à sua esfera de controle. E, a depender da situação no caso concreto, o inadimplemento poderá ser, ainda, definitivo ou não definitivo²⁶⁸.

Inadimplida a avença, o credor, *in casu*, o cliente, poderá exigir do devedor, o advogado, o ressarcimento com a consequente indenização por perdas e danos²⁶⁹. A execução do contrato, para que a obrigação seja adimplida, nesses casos, dificilmente será o caminho eleito pelo devedor, porquanto, com a exceção de raríssimas situações, tendo perdido o prazo para a interposição de um recurso, por exemplo, não será possível exigir do advogado o cumprimento da avença²⁷⁰.

A ressalva é importante porque, inadimplida a avença e provada a culpa do advogado para fins de responsabilização do causídico, deverão incidir as regras civis a respeito da resolução do contrato. Não obstante, tem havido confusão entre, de um lado, o instituto da rescisão da avença em razão do inadimplemento do advogado e, de outro, o da reparação pela perda de uma chance, conforme se denota dos julgados analisados e explicados na Seção 2.7.1.1.5.

Em muitas das ações judiciais que têm como objeto o ressarcimento pela perda de uma chance, como se verá, o fundamento do pedido repousa tão somente no inadimplemento contratual do advogado, inexistindo demonstração suficiente do dano derivado da perda das chances. Há, igualmente, situações em que, embora o fundamento da condenação tenha sido a teoria da perda de uma chance, o que se mandou ressarcir foi, na realidade, a importância dos honorários contratuais dispensados pelo cliente ao procurador inadimplente, o que evidencia uma incom-

²⁶⁸ RIZZARDO, 2008, p. 264.

²⁶⁹ *ibidem*, p. 267.

²⁷⁰ Nas palavras de Pontes de Miranda: “[...] basta que o inadimplemento ruim seja tal que se cancele o interesse do credor em torna-lo bom, ou que retire poder confiar-se no adimplemento posterior” (PONTES DE MIRANDA, 1984, p. 342).

preensão da teoria tanto por parte dos advogados, quanto por parte dos julgadores.

2.4. Distinção entre obrigação-meio e obrigação-fim

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade civil do advogado é de origem eminentemente contratual – não se deixando de reconhecer que sua função possui um *munus público* –, necessária se faz a distinção entre obrigação de meio e de resultado²⁷¹, a fim de enquadrar, corretamente, a atividade do advogado.

Orlando Gomes diferencia a prestação do devedor em atividade ou resultado. O cumprimento da obrigação de meio é uma atividade concreta do devedor, por meio da qual diligencia o máximo possível para atingir o resultado. Já na obrigação de resultado, o cumprimento só se verifica quando o resultado for efetivamente atingido²⁷².

Com efeito, “[...] na obrigação de meio o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato”²⁷³. O fato é que, nas obrigações de meio, cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. Já nas obrigações de resultado, presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que, nos contratos em que o objeto se encerra num resultado, a sua não obtenção é o suficiente para se presumir a responsabilidade do devedor²⁷⁴.

A doutrina estrangeira assim classifica:

Obligación de medios es la que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que, normalmente, conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo; obligación de

²⁷¹ Ensina Represas que “La formulación de esta clasificación de debe a René Demogue, quien sin embargo no la desarrolló dentro de la generalización de su tratado, sino al exponer la argumentación sobre su punto de vista em la debatida cuestión de si la responsabilidad de fuente contractual es la misma o distinta de la extracontractual; y tal distingo fue después seguido también por los Hermanos Mazeaud, aunque atribuyéndole otra denominación: obligaciones genereales de prudencia y diligencia y obligaciones determinadas” (RE-PRESAS, 1978, p. 140).

²⁷² GOMES, 1997, p. 17.

²⁷³ LOPEZ, 1988. p. 320.

²⁷⁴ STOCO, 2004, p. 468.

fin es, en cambio, la que compromete un resultado determinado. Sería de resultado en el sector de las obligaciones contractuales, por ejemplo, una compraventa, en la que tanto el vendedor como el comprador se comprometen a cumplir efectivamente un hecho determinado [...]. En tanto que son de “medios” las obligaciones contractuales emergentes, en general, de la locación de servicios; y en materia extracontractual, principalmente el deber genérico de conducirse prudentemente en la vida en sociedad, para no ocasionar daños a los demás, que se sintetiza en la compendiosa fórmula Ulpiano: *alterum non laedere*, recogida en el art. 1109 de nuestro Código Civil²⁷⁵.

Para não cairmos na classificação comumente usada na distinção entre as obrigações de meio e de resultado, vale registrar que a distinção das duas modalidades não se baseia apenas na presença ou na ausência do resultado útil, o qual pode ser visto como um efeito imprescindível do adimplemento obrigacional. O que se deve considerar efetivamente é a correspondência ou não entre o interesse (*in obligatione*) a ser satisfeito com o adimplemento e o interesse (preliminar) do credor objetivado no momento da constituição da obrigação²⁷⁶. Ou seja, “[...] se o interesse *in obligatione* coincide com o interesse preliminar, a obrigação é resultado. De modo diverso, caso o interesse *in obligatione* seja instrumental em relação ao interesse preliminar, a obrigação é de meios”.

Fica claro, portanto, que o serviço prestado pelo advogado se caracteriza como uma obrigação de meio, porquanto não tem ele a obrigação de garantir o resultado efetivo da demanda ao seu cliente. Conforme a lição acima exposta, a obrigação é reconhecidamente de meio porque o *interesse inicial do cliente* – aquele que faz gerar o vínculo obrigacio-

²⁷⁵ REPRESAS, *op. cit.*, p. 140.

²⁷⁶ RENTERÍA, 2011, p. 65. O autor sustenta que “Em definitivo, as obrigações de meios não possuem natureza jurídica diversa das obrigações de resultado. Mas qual seria, então, a diferença entre as duas categorias? A resposta tradicional, segundo a qual esta distinção residiria no tipo de conduta prometida pelo devedor, mostra-se incompleta, porque, restrita ao exame da estrutura da obrigação, não atenta para a sua função. Não é possível saber o que o devedor deve fazer e aquilo que o credor pode dele exigir (aspecto estrutural), se, antes disso, não se identifica por que o devedor prometeu aquilo e por que o credor pode exigir isto dele (aspecto funcional). Com efeito, uma vez determinada a função da obrigação, pode-se então definir com segurança a sua estrutura”.

nal entre mandante e mandatário – e o *interesse a ser satisfeito com a obrigação do advogado* não coincidem, haja vista que, em que pese o cliente almejar que o procurador alcance o resultado que busca através da demanda judicial, este resultado não está albergado no adimplemento da obrigação do advogado.

O próprio art. 8.º do Código de Ética do advogado prevê que “O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”,²⁷⁷ numa demonstração clara de que a obrigação do advogado é de atuar diligentemente para obter o direito a que busca o cliente. No entanto, o resultado efetivo não lhe compete. É que não pode o advogado prometer um ganho de causa ao cliente, uma vez que isso depende de fatores que fogem à sua esfera de controle.

Os tribunais brasileiros, incluindo os tribunais superiores, compreendem, à unanimidade, que a obrigação do advogado para com o seu cliente é uma obrigação de meio e não de resultado²⁷⁸. A análise dos precedentes realizada no presente trabalho revela que, em todos os julgados, sem exceção, o entendimento é o de que a obrigação do advogado é de meio e não de fim quando atuante no litígio judicial.

A obrigação do advogado é de meio também nas hipóteses de elaboração de pareceres. Contratado para tal fim – ou, tratando-se de advogado público, exigindo-lhe a administração que opine sobre determinado tema –, o advogado deve empenhar-se satisfatoriamente na consecução de sua tarefa, não podendo apresentar um parecer ou conselho visivelmente desautorização por lei, pela doutrina ou pela jurisprudência; acarretando prejuízo ao contratante, todavia, abre-se a possibilidade de o causídico ser responsabilizado se, somado ao parecer inoperante, demonstrar-se seu dolo ou culpa²⁷⁹.

²⁷⁷ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Publicado no Diário da Justiça de 01.03.1995.

²⁷⁸ Encarar a advocacia como atividade fim e não atividade meio implica, até, em sanção ético disciplinar do procurador, porquanto não pode ele prometer êxito ao cliente. Com base nesse entendimento, recentemente um escritório de advocacia foi condenado a reparar sua cliente por prometer êxito na demanda, quando, em verdade, não se pode fazer essa espécie de propaganda. A notícia pode ser lida no sítio eletrônico <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/escritorio-condenado-garantir-ganho-causa-clientes>>.

²⁷⁹ DIAS, 2006, p. 416 et seq.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2003, sob a relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgou o Mandado de Segurança n. 24.073-3²⁸⁰, impetrado por advogado contra ato do Tribunal de Contas da União que havia determinado a inclusão dos impetrantes (advogados) como responsáveis solidários pelas ocorrências apuradas num procedimento administrativo. Do corpo do acórdão se extrai:

Certo é, bem esclarece a inicial, ‘que a garantia constitucional da intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quais profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado por dolo ou culpa, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: ‘Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.’ Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que ‘de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nessa hipótese.

²⁸⁰ Ementa: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR. PARECER. C.F., art. 70, parág. Único, art. 71, II, art. 133. Lei 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antonio Bandeira de Mello “Curso de Direito Administrativo, Malheiros Ed. 13ª ed., p. 377. II – O advogado somente será responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III – Mandado de Segurança deferido” (BRASIL, 2002).

Ora o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito, é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.454.640/ES²⁸¹, no mesmo caminho trilhado pelo STF doze anos antes, decidiu que “[...] ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o

²⁸¹ Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus. 2. A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado. 3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94. 4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária. Precedentes do STF: MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, pub. 01-02-2008; MS 24073, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003. Precedentes desta Corte: REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010. 5. Recurso especial provido em parte para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente. (BRASIL, 2015).

legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94”.

Ressalta-se, porém, que, diferentemente da posição acima apresentada, parte da doutrina compreende que, quando contratado para a confecção de um parecer ou para prestar assessoria, a obrigação assumida pelo procurador seria, então, uma obrigação de resultado, porque contratado para executar determinada tarefa.²⁸². Discordamos desse posicionamento porquanto, para justificar essa conclusão, a doutrina que professa tal tese parece coligir aspectos diferentes de cada uma das atividades, discriminando a obrigação de *entrega efetiva do parecer* da obrigação de *responsabilização pelo seu conteúdo*. Para nós, todavia, assim como ocorre com os advogados que atuam na esfera judicial, o dever respeitante à elaboração do parecer também compreende a obrigação de cumprimento de um prazo, mas apenas esse fato não é capaz de alterar a natureza da obrigação que o advogado deve cumprir, de obrigação de meio para obrigação de resultado.

E mais. Consoante leciona Pablo Rentería, a obrigação só será de resultado quando “[...] o interesse a ser satisfeito com a prestação do devedor corresponde ao interesse (preliminar) do credor, que o levou a

²⁸² Rui Stoco sustenta que “[...] ao produzir um parecer não está assumindo a obrigação de que seu trabalho intelectual deverá conduzir ao sucesso na ação judicial onde será apresentado. Tem obrigação de resultado na medida em que foi lhe foi encomendado um estudo jurídico e esse deve ser apresentado tal como a encomenda e no dia aprazado. Nessas hipóteses e como exceção, a não obtenção desse resultado, por erro inescusável, caracterizará o inadimplemento contratual e nascerá a obrigação de reparar se prejuízo efetivo ocorrer” (STOCO, 2004, p. 500). No mesmo sentido, mas referindo-se apenas à elaboração de contratos e escrituras, sem citar o trabalho de um parecerista, Sílvio de Salvo Venosa leciona que, “No entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado. A matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar” (VENOSA, 2003, p. 175 et seq.). No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo pondera que “Já se depreende aí que não se trata de obrigação de resultado, exceto em situações singelas, ou em intervenções e postulações que não demandam controvérsias, discussões, divergências, recursos, preponderância de correntes doutrinárias ou teses, dissídios na jurisprudência. Assim quando se busca um pedido de jurisdição voluntária, [...]. Não há, em tais procedimentos, maiores dificuldades, e muito menos grandes discussões, bastando a correta formalização da petição” (RIZZARDO, 2013, p. 341).

se relacionar com o devedor”²⁸³. O parecer ou o contrato solicitado ao advogado visa a um objetivo diferente do credor que pode ser representado pela participação numa licitação, na compra de uma casa, por exemplo.

2.5. Responsabilidade subjetiva do advogado e inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Caracterizada a relação formalizada entre advogado e cliente, assim, como uma obrigação de meio, apenas recairá responsabilidade sobre o causídico se ficar demonstrada sua imprudência, sua negligência, sua imperícia ou, ainda, seu dolo, não se levando em consideração o fato de ele ter atingido ou não o resultado esperado pelo cliente, porque, como dito, não tem o advogado a obrigação de chegar ao resultado efetivo, mas sim de adotar todas as medidas cabíveis para tanto.

É, afinal, o que disciplina o art. 32²⁸⁴ do Estatuto da OAB, segundo o qual a responsabilidade civil do advogado somente será aferida na sua forma subjetiva, de maneira que ele só será considerado responsável pelos atos no exercício profissional se provado seu dolo ou sua culpa. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável às relações entre cliente e advogado, seja diante da expressa exceção legal contida em seu art. 14, § 4.º – o qual impõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”²⁸⁵ –, seja, ainda, porque, posteriormente, lei específica (o Estatuto da OAB) foi editada para que se regulamentassem as relações entre clientes e advogados.

A lição de Rui Stoco é precisa com relação a essa questão:

Os legisladores – tanto aquele que redigiu o Código do Consumidor em 1990, quanto este que elaborou o atual Código Civil de 2002 – mostraram-se extremamente sábios e agiram com acendrado acerto e correção, deixando esses profissionais sob a égide e regência de lei especial própria, ou seja, o art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94, de 04.07.94), tal como já o haviam feito com relação aos juízes (arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN) e membros do Ministério Público (art. 85 do CPC), cujas obrigações ficaram estabelecidas no

²⁸³ RENTERÍA, *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁴ Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. (BRASIL, 1994).

²⁸⁵ BRASIL, 1990.

Código de Processo Civil e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, todos assumindo responsabilidade por seus atos, ou seja, adotando-se a culpa como fonte da responsabilidade²⁸⁶.

Em parecer elaborado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil acerca da aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor às relações entabuladas entre cliente e advogado, com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, concluiu-se que, se a lei posterior estabelece disposições especiais a par daquelas já existentes, ela não revoga nem modifica a lei anterior. É dizer, pois, que o Código de Defesa do Consumidor, quando sancionado, não revogou nem modificou as estipulações da Lei n. 4.215/69 (antigo Estatuto da OAB), posteriormente revogada pela Lei n. 8.906/94.

A conclusão seguiu nesse sentido diante do princípio, assente no ordenamento jurídico brasileiro, de que leis gerais não devem revogar leis especiais, nem derrogar preceito ou regra dispostos em lei especial, se não mencionarem de modo diverso, tomando relevância o fato de que o CDC não fez qualquer referência ao Estatuto da OAB então vigente. De sua vez, contudo, o atual Estatuto, promulgado em 04.07.1994, por se tratar de lei especial, visivelmente derrogou as normativas que, eventualmente, pudessem alcançar a advocacia, como é o caso do art. 14, § 4.º, da Lei Consumerista, que disciplina a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais²⁸⁷.

O fato é que o serviço prestação pelo advogado, em razão do *munus* público conferido pela Constituição, é peculiar e não se enquadra no conceito de mercado de fornecimento de produtos. Anterior ao parecer lavrado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1999, a Seccional do Estado de São Paulo (OAB/SP), em parecer lavrado pelo Dr. Valtécio Ferreira, já se manifestava no sentido de que não há

[...] como considerar os serviços da advocacia como integrantes do mercado de consumo e, assim, sob a égide do Direito do Consumidor, porque a Lei 8.906/94 coloca estes serviços sob o pálio de atividade indispensável à administração de

²⁸⁶ STOCO, *op. cit.*, p. 498.

²⁸⁷ Voto aprovado pelo Órgão Especial do Conselho Federal da OAB, proferido na Consulta 0001/2004/OEP. Parecer de 08 de março de 2004, in: RAMOS, *op. cit.*

justiça, constituindo serviço público dotado de função social²⁸⁸.

A questão fica tanto mais evidente quando nos deparamos com o art. 34²⁸⁹, incisos III, IV e XIII da Lei n. 8.906/94, os quais dispõem que constituem infrações éticas disciplinares “valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber”²⁹⁰, “angariar causas, com ou sem a intervenção de terceiros”²⁹¹ e “fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes”²⁹².

As razões de ser dos referidos dispositivos se pautam num dos preceitos basilares da advocacia, qual seja o de que é o cliente quem deve procurar o advogado e não o contrário²⁹³. Tal fato, por si só, já descaracteriza a relação de consumo, vez que destoa por completo da

²⁸⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1999.

²⁸⁹ Art. 34. Constitui infração disciplinar: [...] III – valer-se de agenciados de causas, mediante participação nos honorários a receber; [...] IV – angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros (BRASIL, 1994).

²⁹⁰ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Publicado no Diário da Justiça de 01.03.1995.

²⁹¹ *idem*.

²⁹² BRASIL, 1994. Essa restrição contida no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil corrobora com a assertiva de que a atividade do advogado se difere daquelas praticadas no mercado de consumo. Se assim fosse considerada, seria permitido ao advogado oferecer seus serviços publicamente, através de propagandas em meios de televisão, rádio e periódicos impressos, o que não ocorre. Se o advogado atuar dessa forma, será repreendido pelo seu conselho de classe, pois tais condutas implicam em infrações ético-disciplinares. Sobre o tema, Gisela Gondim Ramos assevera que “Um critério relativamente objetivo, na apuração deste tipo de infração, já estabelecido em alguns Tribunais de Ética e Disciplina, é o de que toda matéria jornalística que conduza os leitores a procurar o advogado implica em captação de clientela, o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina” (RAMOS, *op. cit.*, p. 417). Além disso, os artigos 28 e seguintes do Código de Ética dos Advogados regulamentam de forma minuciosa a questão da publicidade proibindo o advogado de praticar inúmeras condutas compatíveis com a lógica de consumo.

²⁹³ RAMOS, *op. cit.*, p. 412.

conduta mercadológica praticada pelos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo²⁹⁴.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento majoritário da jurisprudência^{295,296}. O Superior Tribunal de Justiça há muito vem se manifestado a partir dessa orientação, *in verbis*:

²⁹⁴ Nota-se a reprovação das condutas com algumas sanções disciplinares de advogados que incorreram nessas condutas: “Ementa n. 077/2001/SCA. Capitação de clientela. Advogado que manda publicar panfletos para divulgar sua campanha a Vereador e juntamente oferece serviço de advocacia a todos que tivessem interesse na ação do FGTS, contra a Caixa Econômica Federal e Banco Central, caracterizada a falta disciplinar independentemente de tem sido distribuídos 20 ou 200 santinhos, mesmo porque a distribuição foi interceptada não por vontade do recorrente mas por interferência de ordem judicial para apreensão dos panfletos, em razão da legislação eleitoral. Existência de prova robusta que alguns panfletos foram distribuídos quer pela confissão do recorrente, quer pelo panfleto que instrui a representação. Recurso a que se conhece por mera liberalidade, pelo princípio da mais larga fungibilidade, mas que se nega provimento para manter a penalidade de suspensão” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2001). E mais. “EMENTA n. 031/2001/OEP. A Ordem dos Advogados do Brasil disciplina a publicidade da advocacia nos seus arts. 29 a 34 do CED. **As regras estabelecidas nos dispositivos citação são imprescindíveis para evitar-se a prática do mercantilismo e vulgarização da advocacia. A participação dos advogados nos meios de comunicação deve limitar-se a finalidade educativa e instrutiva**” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2002).

²⁹⁵ Em nossa pesquisa, embora raríssimos os casos, encontramos alguns julgados que aplicam o CDC à relação entre cliente e advogado. Foram os casos das apelações cíveis n. 70065075327/TJRS, n. 0000372-33.2006.9.19.0066/TJRJ, n. 0053127-92.2011.8.07.0001/TJDF, n. 0005705-96.2013.8.17.0220/TJPE, n. 1.258.371-6/TJPR, n. 0469647-29.2011.8.19.0001/TJRJ.

²⁹⁶ Também a Apelação Cível n. 2010.003133-6, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que houve, além da aplicação do CDC, a inversão do ônus da prova, *verbis*: “Mas não é só. Se ao caso se aplica o Código de Defesa do Consumidor, por expressa menção do art. 14, § 4º, é de primacial importância estabelecer-se, também, sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova, possibilidade delimitada pelo art. 6º da Lei de Regência, é permitida quando se verifique a hipossuficiência do consumidor, tratando-se esta hipossuficiência de dificuldades não meramente econômicas, senão aquelas que pertinem ao acesso às provas da relação jurídica e seus meandros. [...] No caso, a relação jurídica entre advogado e cliente é contratual, resultando daí que, em havendo imputação de descumprimento do contrato, cabe à parte a quem se imputa o descumprimento, o ônus processual de comprovar que se comportou bem durante o cumprimento da avença. O ônus de

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude.

Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo.

As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados - como, v. g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/ § 1º e 34/III e IV, da Lei nº 8.906/94) - evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo. Recurso não conhecido²⁹⁷.

provar, pois, é do advogado, no sentido de que se desincumbiu de sua obrigação contratual, em contraponto com as assertivas da parte contratante, já que não se pode imputar à parte Â- que é leiga Â- o conhecimento jurídico para verificar se houve, ou não, equívocos por parte de seu constituído". (SANTA CATARINA, 2010).

²⁹⁷ BRASIL, 2003. No mesmo sentido: 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

Válido, ainda, citar excerto o voto do acórdão, do qual se extrai:

[...] os serviços advocatícios não estão abrangidos pelo disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque não se trata de atividade fornecida no mercado de consumo. As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – com, *v.g.*, a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31, § 1º, e 34, III e IV, da Lei n.º 8.906/94) – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo²⁹⁸.

Filiamo-nos ao entendimento ao entendimento de que a advocacia não se caracteriza como uma relação de consumo²⁹⁹, mormente porque

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. (BRASIL, 2012).

²⁹⁸ *idem*.

²⁹⁹ Ainda há parcela considerável da doutrina que entende que à relação entabulada entre cliente e advogado seria uma relação de consumo. Cristiano Chaves de Farias em sua obra defende que às relações entabuladas entre cliente e advogado deveria ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor. (FARIAS, *op. cit.*, p. 1.179 et seq.). Sérgio Cavalieri Filho defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação entabulada entre cliente e advogado ao consignar em sua obra: “No exercício do seu mister o advogado, não há dúvida, é um prestador de serviços aos seus clientes, pelo que submete-se também aos princípios do Código do consumidor, principalmente o da boa-fé (objetiva), da informação, da transparência e do sigilo profissional. [...] Não é esse, entretanto, o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 431). Sérgio Novais Dias também assenta que “Não há lugar para dúvidas de que, à luz do nosso Código de Defesa do Consumidor, (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), o advogado é um fornecedor de serviços, e seu cliente um consumidor desses serviços. O Código de Defesa do Consumidor não exclui a atividade da advocacia do seu contexto, dispondo claramente, nos artigos 2º e 3º, quem são os personagens dessa relação de consumo” (DIAS, 1999, p. 21). Silvo de Salvo Venosa embora afirme que “Não olvidemos também que o advogado, tal como os demais profissionais liberais, sujeita-se ao crivo disciplinar de sua corporação, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.960/94) e ao respectivo Código de Ética”, do restante de sua obra inferimos que para o autor o Código de Defesa do Consu-

o principal argumento daqueles que defendem a aplicação do CDC às relações entre cliente e advogado é o dever acessório de informação. Nada obstante, numa análise sistemática dos deveres do advogado previstos na legislação especial, o dever de informação é adjacente à atuação do advogado, estando implícito como um dever acessório com relação à obrigação principal assumida. Convém recordar que o advogado possui um Código de Ética bastante restritivo com relação à lógica de mercado, o que, sem sombra de dúvidas, diferencia a atividade advocatícia dos serviços oferecidos no mercado de consumo.

2.6. As possibilidades de responsabilização

Com base nas premissas anteriormente discutidas, conclui-se que o advogado, atuando na esfera contenciosa, poderá ser responsabilizado quando agir com dolo ou culpa no desempenho de seu mandato, nos termos do art. 32 do Estatuto da OAB.

Pontes de Miranda, aliás, já assinalava que

[...] o advogado responde pelo dano que às partes cause por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ou ignorância, que negligência é, pois o profissional deve cuidar dos seus estudos, a fim de não lesar o constituinte por saber mal, ou não saber o que se supõe incluso no seu ofício³⁰⁰.

midor é aplicável às relações entre clientes e advogados, porquanto em outras passagens o autor afirma que “Outro aspecto inerente à profissão do advogado é o dever de informar, realçado pelo Código de Defesa do Consumidor” (VENOSA, 2003, p. 175 et seq.). No entanto, reafirmamos nossa discordância com relação a este entendimento, porque para esses autores a justificativa da aplicabilidade do CDC é a prestação do serviço, não se levando em consideração as características inerentes às atividades do advogado que fogem do espectro mercadológico, pois devem respeitar as restrições severas de seu Código de Ética. Também: RIZZARDO, 2013, p. 341 et seq.

³⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 440. Continua o autor assinalando que “Exemplo de dolo (omissão): perder o prazo para que aproveite à parte contrária, com que se concluiu ou de quem deseja ganho de causa. Exemplo de dolo (ato positivo): requerer contra o interesse da parte. De negligência: perder, sem dolo, o tempo de contestar, de arrazoar, ou de fazer prova. De imprudência: contestar e viajar, certo de que tão cedo não será intimado para a dilação probatória, e chegar depois, nos últimos dias, quanto feita a intimação ao próprio réu ou autor, ou se poucos momentos lhe restam para a prova. Exemplo de ignorância: deixar de agravar, porque não sabe que do despacho pode agravar. O advo-

Conclui-se, portanto, que o advogado, caso provado seu dolo ou culpa, pode ser responsabilizado civilmente pelos danos que vier a causar ao seu cliente. Dentre as reparações cabíveis enquadra-se, também, a responsabilidade pela perda de uma chance, haja vista que, caso deixe de ajuizar uma ação ou de interpor um recurso no prazo previsto em lei, por exemplo, e caso à atitude faltosa se somem outras circunstâncias, como a existência de seriedade e realidade das chances, o procurador poderá ser responsabilizado à reparação pela perda de uma chance.

Tanto poderá, aliás, que essa espécie de ação tem pululado nos tribunais pátrios, não sendo raros os casos de advogados condenados ao ressarcimento pela perda de uma chance, conforme se demonstrará a seguir.

Com o intuito de tornar o estudo mais sistemático, elucidaremos as principais situações em que se pode aferir a responsabilidade civil do advogado, especialmente no que toca à possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, objeto do presente estudo.

2.6.1. Responsabilidade por erro de fato. O erro de direito e as causas de responsabilização

No desempenho do seu mandato, o advogado responderá pelos erros de fato que cometer; os erros que incorreu no exercício de sua

gado não pode reter, sob qualquer pretexto, os autos, depois de findo o prazo assinado ou legal, pelo qual tenham sido entregues com vista ou em confiança, perdendo o constituinte a faculdade de usar dos atos ou recursos ou se antes deles não usou no prazo. Assim, à parte responde o advogado pelo prejuízo que da sua falta resulte, além de pagar as despesas que se fizerem para a cobrança dos autos. Se o advogado deixa o patrocínio da causa, depois da aceitação, salvo se houver motivo justo, caso em que fará intimar a parte ou o seu procurador judicial ou extrajudicial, à sua custa, para nomear outro advogado, antes da primeira audiência, sob pena de responder pelos prejuízos resultantes da sua atitude. Além de muitíssimos outros casos, pode a parte pedir ressarcimento dos danos quando resultarem de ter a outra parte sabido de qualquer ponto do processo, ou do fato de que o advogado somente conhecia como profissional, quer se tenha conservado no contrato, quer se tenha deixado, mesmo sem ser convidado, ou sem ter concluído contrato com outra pessoa. O advogado que erradamente considerou prazo prescricional o prazo preclusivo, ou preclusivo o prazo prescricional, e por isso deu ensejo a que o seu cliente perdesse a causa, responde por ato ilícito, mas ato ilícito negativo. Se o advogado, que só tem poderes para a ação *a* e a ação *b*, usa a procuração para a ação *c*, responde por ato ilícito absoluto”.

função³⁰¹. Quando, por exemplo, o procurador perde o prazo a que a parte estava sujeita, não apresenta a documentação solicitada pelo juízo, ou incorre em algumas das situações que mais adiante explicaremos, estamos diante dos *erros de fato* do advogado, os quais podem dar azo à reparação do representado.

Pode o causídico, ainda, responder pelos *erros de direito*, quando estes forem graves, como desatenção à jurisprudência corrente, desconhecimento de texto expresso de lei³⁰² ou interpretação absurda de determinado direito ou enunciado, porque expressam grave desatenção ou desinteresse pelo ofício por ele exercido³⁰³.

No que toca à teoria da perda de uma chance, os erros de direitos também devem ser considerados para a responsabilização do advogado. Isso porque, ao não arguir um preceito legal, ou ao não observar a jurisprudência dominante, o advogado pode fazer com que seu cliente não obtenha êxito na demanda ajuizada, esvaziando, assim, as suas chances de sucesso, desde que reste suficientemente demonstrado – sobretudo por meio do levantamento de precedentes –, que, houvesse sido invocado outro dispositivo de lei ou trazido escólio jurisprudencial favorável, a demanda patrocinada teria maior chance de sucesso.

2.6.2. Omissão de providências preliminares

Antes de se dar início a uma ação judicial, o contrato de prestação de serviços advocatícios já vige, e, desde então, o advogado deve valer-se de todas as medidas cabíveis ao melhor aproveitamento do feito. É dizer, por outras palavras, que “[...] no período anterior ao desempenho do mandato a responsabilidade do advogado se pode dar, ainda, pela omissão de providências preliminares, destinadas à ressalva dos direitos do cliente”³⁰⁴.

Responde ele, portanto, pela desídia na promoção das providências que, caso houvessem sido tomadas a tempo, poderiam ter impedido

³⁰¹ José de Aguiar Dias leciona que “O advogado responde pelos erros de fato cometidos no desempenho do mandato. É nossa opinião que não se escusa, mostrando que o erro não é grave” (DIAS, 2006, p. 424).

³⁰² Consoante expresso na nota de rodapé anterior, Pontes de Miranda já sinalizava para este mesmo entendimento quanto aos erros de direito do advogado capazes de ensejar sua responsabilidade.

³⁰³ DIAS, 2006, p. 424.

³⁰⁴ DIAS, 1997, p. 322.

o perecimento do direito de seu cliente. São exemplos de providências dessa sorte, entre outras: não protestar o título que lhe foi entregue para cobrança, quando não se pretende entrar com a ação na sequência; quando deixa de se habilitar em falência ou concurso de credores; quando, por negligência sua, permite que outro credor aufira, primeiro, crédito que poderia beneficiar a execução de seu cliente; dar causa à nulidade de atos necessários à conservação dos direitos de seu cliente etc.

Nesses casos, também incide a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance. Uma vez demonstrado que o causídico não diligenciou em relação a essas necessárias providências preliminares por ação culposa, e satisfatoriamente comprovado que a adoção de tais e quais medidas implicaria na majoração das chances de êxito de seu cliente na demanda a ser ajuizada, o mandatário pode, sim, ser responsabilizado, e as chances de seu mandante, indenizadas.

2.6.3. Não ajuizamento da demanda dentro do prazo prescricional e decadencial

Ao ser celebrado o contrato de prestação de serviços para o ajuizamento de ação, a praxe é que o advogado solicite a seu cliente os documentos necessários à propositura do feito e, de acordo com suas possibilidades, efetue o respectivo protocolo. Nesse ínterim, o procurador tem de ser responsável, haja vista que, a depender do tempo que o cliente levou para procurar seus serviços, os prazos prescricional de pretensão e de decadência do direito podem estar próximos de seu termo final, correndo-se o risco de inviabilizar o direito do cliente se não for respeitado.

Sobre esta questão, adverte Represas

[...] si la prescripción extintiva y la consecuente pérdida del derecho de su titular se produjesen por la inacción o demora del abogado a quien se la encomendara, con tempo, la promoción del juicio u otras medidas judiciales aptas a la finalidad interruptiva; sin duda el mismo habrá de resultar civilmente responsable frente a su cliente, por el perjuicio que le cause tal proceder³⁰⁵.

³⁰⁵ REPRESAS, *op. cit.*, p. 187. Em tradução livre: “Se a prescrição extintiva e a consequente perda do direito de seu titular resultam da inércia ou demora do advogado a quem se incumbe, em tempo, o ajuizamento da ação, ou outras medidas judiciais aptas à finalidade interruptiva; sem dúvida o mesmo deverá

O cliente poderá acionar o advogado que, de maneira culposa, não ajuizou a demanda no tempo hábil a interromper a prescrição ou evitar a decadência do direito, para a reparação dos prejuízos causados pelo causídico.

Há, também, a hipótese corretamente advertida por José de Aguiar Dias, para quem o advogado deve ser responsabilizado quando “[...] induz o cliente a demanda positivamente temerária ou destinada ao insucesso fatal, como, por exemplo, por estar prescrita a ação”³⁰⁶, sempre que o profissional tinha meios suficientes para prever tal resultado.

Temos, pois, duas possibilidades de reparação, no que toca ao presente tópico: quanto à primeira, a possibilidade aventada pelo mestre Aguiar Dias imporá ao advogado o ressarcimento do prejuízo causado a seu cliente no que diz respeito à restituição das despesas que este teve de arcar para o aforamento de ação fadada ao insucesso. Serão reparadas as importâncias despendidas com honorários, custas judiciais e eventuais despesas que o cliente suportou para dar início à ação que, desde logo, era certo que não vingaria; ou seja, reparação dos danos emergentes e nada mais. Não se repararão os valores que o cliente intentava com o ajuizamento da ação. Eventualmente, ainda, caso comprovado que o advogado insufiou de esperança seu cliente, com falsas afirmações sobre o sucesso da demanda, poderá até ser discutido eventual dano moral. Caberá ao mandante, porém, a prova para tanto.

No que importa, de sua vez, à outra possibilidade aventada, de o advogado ter tudo em mãos e, ainda assim, não promover a ação no prazo devido, com isso deixando escoar o lapso temporal da prescrição ou da decadência, poder-se-á falar em reparação das chances perdidas, além, é claro, da devolução dos honorários despendidos pelo cliente.

A depender da demanda que seria ajuizada, nunca se saberão, caso iniciada a ação, as chances de êxito do cliente. É nesta seara que reside a possibilidade de reparação das chances perdidas. O advogado tocou seu cliente da chance de ver seu pleito analisado pelo Poder Judiciário, ante o reconhecimento fulminante da prescrição ou decadência. Dessa forma, a depender do material probatório produzido pelo cliente, do direito reclamado e do entendimento jurisprudencial acerca do tema, poderá ser evidenciado que as chances de sucesso para a hipótese do correto e tempestivo ajuizamento da demanda, eram altas e sérias, ensejando a reparação da chance perdida.

ser civilmente responsável frente a seu cliente, pelo prejuízo que causou por proceder desta forma”.

³⁰⁶ DIAS, 1997, p. 294.

Como estamos no campo das incertezas, a reparação das chances jamais se equivalerá ao direito perseguido na ação cuja pretensão foi esgotada pela prescrição ou cujo direito foi atingido pela decadência. O proveito econômico perseguido na ação que não se concretizou (equivalente à vantagem esperada no processo aleatório interrompido) deverá servir de base para a apuração do *quantum* reparatório a título das chances perdidas. Na próxima Seção (2.71.1.1), veremos ser essa, justamente, uma das principais hipóteses em que a teoria da perda de uma chance é invocada e, entretanto, equivocadamente aplicada pelo Judiciário.

2.6.4. Não observância de prazos processuais

Para José de Aguiar Dias,

[...] a perda de prazo é a causa mais frequente da responsabilidade do advogado. Constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são de direito expresso e não se tolera que o advogado o ignore³⁰⁷.

Disso se infere que toda e qualquer inobservância de prazo processual enseja a responsabilização do advogado, pois, como dito na Seção 1.2, o autor já reconhecia as chances perdidas como passíveis de reparação, ao sinalizar que, ainda que o dano não fosse certo e determinado, seria indenizada a possibilidade que foi retirada do cliente de ver seu recurso ser apreciado por instância superior no caso de perda de prazo de recurso, ou do próprio juiz de primeiro grau ao, por exemplo, não se contestar uma ação. No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa, em que pese defenda que a responsabilidade civil do advogado, em casos complexos, depende da casuística e de um exame acurado do caso concreto³⁰⁸, aduz que “erros crassos como perda de prazo para contestar ou recorrer são evidenciáveis objetivamente”³⁰⁹.

Imperioso, nesse passo, que se diferenciem as hipóteses de responsabilização do advogado. Defendemos no presente trabalho que nem toda perda de prazo ensejará a responsabilização do advogado por ato ilícito em relação ao seu cliente³¹⁰.

³⁰⁷ *ibidem*, p. 295.

³⁰⁸ VENOSA, 2003, p. 176.

³⁰⁹ *idem*.

³¹⁰ No mesmo sentido é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias ao aduzir que “A perda de um prazo pelo advogado não causa, por si só, responsabilidade

Em sua obra, José de Aguiar Dias contrapõe-se a Carvalho dos Santos, ao sustentar que, se é lícito ao advogado, sempre que se convença da falta de direito de seu cliente, aconselhá-lo a desistir da demanda, assim também deverá ser entendida a omissão na interposição do recurso ou na inobservância do respectivo prazo processual, nos casos em que o inexistente apelo estivesse, desde logo, fadado ao insucesso. O advogado, não obstante, poderá ser responsabilizado, caso comprove o cliente que o recurso perdido, na verdade, seria capaz de reverter a sentença de primeiro grau³¹¹. É nesse sentido que nos posicionamos.

Esta posição encontra fundamento, também, no fato de que o próprio art. 34, inc. VI, do Estatuto da OAB, prevê como infração ético-disciplinar a conduta de “advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentada na inconstitucionalidade, na justiça da Lei ou em pronunciamento judicial anterior”³¹². Com efeito, a responsabilidade contratual do advogado deve respeitar, além do pactuado com o cliente, os limites impostos pelo Estatuto da Advocacia, porquanto sua violação implica em sanção disciplinar. Ao advogado é lícito, nos casos em que a discussão judicial viole dispositivo expresso de lei e entendimento jurisprudencial, optar pela não interposição de um recurso, ainda que seu cliente entenda de forma contrária. No entanto, a escolha deve ser embasada e noticiada ao mandatário para sua ciência,

civil. É preciso, de modo contextualizado e minucioso, verificar se há nexos causal entre a perda do prazo e o dano que a parte diz ter sofrido” (FARIAS, 2015, p. 1175). Também Fábio Siebeneichler de Andrade quando assenta que “Normalmente, a perda de prazo constitui erro grave. No entanto, se ele não for a causa do prejuízo, a responsabilidade do advogado deve ser afastada. Nesse sentido foi a decisão do TJRS num caso em que pretenderam os clientes que o advogado fosse responsabilizado pela perda da ação. No processo, foi exigido que eles complementassem uma determinada área ou então indenizassem os compradores. Ocorreu, justamente, que a contestação foi entregue fora do prazo. Mais flagrante foi o erro – para os advogados –, em face de terem recebido a procuração e os documentos com razoável antecedência. Contudo, o magistrado, na sentença, ao dar procedência ao feito, condenando os clientes, examinou e reportou-se, expressamente, à contestação. Desse modo, o fato de a peça de defesa ter disso entregue tardiamente não teve repercussão danosa no desfecho do processo em primeira instância. Concluíram os magistrados que a desídia do profissional não foi a causa eficiente do prejuízo sofrido pelo seu cliente” (ANDRADE, 1993, p. 22-30).

³¹¹ DIAS, 1997, p. 296.

³¹² BRASIL, 1994.

pois, do contrário, incorrerá, claramente, em defeito na falta de informação do serviço prestado.

Porque estamos diante de evidente responsabilidade civil contratual, nos termos do que elaboramos sob o item 2.3, os deveres assumidos pelo causídico derivam dos poderes concedidos por seu cliente e, ao perder um prazo, o advogado incorre em infração contratual, já que o mandato que lhe foi outorgado previu a sua zelosa atuação no processo judicial, incluindo, dentre outras obrigações, a observação de todos os prazos processuais. Um descumprimento desse tipo, certamente, é capaz de ensejar a rescisão do mandato por inadimplemento do advogado, nos termos do art. 475 do Código Civil, o qual dispõe que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por **perdas e danos**”³¹³.

Observa-se que o inadimplemento pela perda de um prazo poderá gerar ao cliente a indenização por perdas e danos, a serem arbitrados de acordo com o caso concreto, em razão da rescisão do contrato³¹⁴. Estaremos diante dessa hipótese sempre que o procurador perca um prazo o prazo para a interposição de algum recurso que não se encaixe da infração ético disciplinar do art. 34, inc. IV, do Estatuto da Advocacia.

É forçoso destacar que, além dessa possibilidade, para ensejar a reparação ao cliente deverá ser constatado se a falta contratual gerou alguma espécie de prejuízo ao outorgante, visto que, se o advogado deixa de apresentar contrarrazões, por exemplo, a recurso afinal não provido pela instância julgadora, a falha do advogado, em que pese possa servir como fundamento à rescisão do contrato, não gera dano capaz de ensejar a reparação, mormente no campo da indenização pela perda de uma chance.

Evidente que, a depender da falta cometida pelo advogado, dentro dos casos de reparação pelo inadimplemento contratual, a perda do prazo pode dar azo, também, à responsabilização do advogado pelas chances perdidas. Esta possibilidade ocorrerá se, e somente se, ficar comprovado que a pretensão do cliente tinha chances *sérias e reais* de conferirem-lhe um resultado positivo ou, pelo menos, diminuir-lhe eventual prejuízo. Não será, portanto, toda e qualquer inobservância de prazo que fará ensejar a responsabilização do advogado pelas chances perdidas.

³¹³ BRASIL, 2002.

³¹⁴ Nesses casos, podemos também dirimir a questão sob a égide do art. 395 do Código Civil o qual prevê que “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, a exigir a satisfação das perdas e danos”.

Ela se dará apenas nos casos em que demonstradas sua seriedade e sua realidade dentro de um lapso temporal pré-estabelecido, o que se coaduna perfeitamente com o enunciado do inc. IV do art. 34 da Lei n. 8.906/94.

Note-se que, se restar evidenciado que as chances perdidas eram baixas e pouco críveis, a responsabilização nesta seara não deverá ocorrer. No entanto, ainda que as chances não revistam da seriedade necessária à condenação ao ressarcimento, o inadimplemento por parte do advogado não impede que o cliente insatisfeito pleiteie a restituição dos valores decorrentes da resolução contratual, como, *v.g.*, os honorários advocatícios contratuais já despendidos, nos termos dos arts. 395 e 475 do Código Civil, porquanto, como dito, o inadimplemento pode gerar ao credor a pretensão de rescindir a avença.

Convém ressaltar, por derradeiro, que, diversamente, acaso comprovada a seriedade e a realidade das chances, de acordo com parâmetros pormenorizados no item 1.3.2, a referência a ser adotada para a apuração do *quantum* reparatório será o importe ou o proveito econômico objetivado na ação em cujo bojo um prazo se perdeu, porque a inobservância desse limitador gera o risco de que se atribua às chances valor maior do que o direito perseguido que o processo original conferiria ao cliente, configurando-se, aí, evidente enriquecimento sem causa.

2.7. Análise dos precedentes

Estabelecidas, até aqui, as premissas que validam a aplicação da teoria da perda de uma chance nas demandas judiciais iniciadas por clientes em face de antigos advogados que, por algum motivo, incorreram em inadimplemento contratual, passamos, agora, ao objeto propriamente dito da presente monografia, qual seja a análise de julgados a fim de verificar se a aplicação da teoria da perda de uma chance, nessa seara, tem ou não ocorrido de forma adequada.

Para tanto, realizou-se vasta pesquisa de precedentes em todos os tribunais de justiça estadual do Brasil. Essa busca permitiu-nos extrair, desde logo, uma primeira conclusão: as demandas analisadas nesse estudo são muito mais discutidas nas Cortes de Justiça das regiões Centro-Oeste, Sul e Sudeste do País. As regiões Norte e Nordeste, pelo contrário, registram pouquíssimos precedentes oriundos de demandas judiciais propostas por clientes em face de advogados anteriormente contratados.

Os julgados foram selecionados da seguinte forma: buscou-se, perante cada Tribunal de Justiça, precedentes que trataram da aplicação da teoria da perda de uma chance ao advogado demandado por ex-

cliente em razão de alguma falha no serviço prestado. Priorizamos por selecionar, em todos os casos, dez entre os julgados mais recentes sobre o tema. Em muitos Tribunais, no entanto, não foi possível alcançar nem mesmo esse número, motivo pelo qual se explica a existência de alguns precedentes com datas mais antigas. Alguns Tribunais foram capazes de fornecer julgados datados apenas do ano de 2010 ou, até mesmo, de períodos anteriores. Nas Cortes em que vários precedentes foram encontrados, então, sim, somente os mais recentes foram eleitos, no intuito de identificar os entendimentos jurisprudenciais mais atuais acerca do tema.

As principais incompreensões dos julgados foram reunidas em blocos por tema, a fim de evidenciar como os Tribunais têm aplicado a teoria em casos semelhantes, bem como para demonstrar quais circunstâncias, isoladamente, revelaram-se equivocadas, a nosso juízo, na aplicação da teoria.

2.7.1. O problema da fundamentação

2.7.1.1. Incompreensão do conceito de chance

Conforme demonstraremos a seguir, a incompreensão das chances perdidas aparece das mais variadas formas nos julgados analisados. Ora se confundem as chances com a vantagem esperada ao final do processo aleatório, ora se entende que a perda de uma chance só é capaz de gerar dano moral, excluindo a possibilidade de representar prejuízos efetivamente patrimoniais. Além disso, em muitos dos julgados analisados, observamos a falta de atenção dos julgadores à aferição dos requisitos de aplicabilidade da teoria das chances perdidas.

Fazemos, desde logo, a ressalva de que a incompreensão do conceito de chances não se restringe ao julgador. Em muitos casos, são os próprios advogados que, ao fundamentar a petição inicial, utilizam-se da teoria da perda de uma chance como causa de pedir de pleitos em que não houve a perda definitiva da vantagem. Ou, ainda, confundem a reparação pela perda de uma chance com o ressarcimento postulado na demanda, o que, claramente, foge à esfera de incidência da teoria.

Nas próximas seções, demonstraremos, pormenorizadamente, os equívocos sobre a incompreensão da teoria da perda de uma chance. Os acertos também serão apresentados em seção específica.

2.7.1.1.1. Caso em que o resultado foi obtido através de ação rescisória – ausência do requisito perda definitiva da vantagem esperada

-, mas, mesmo assim, o juiz concedeu indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance

Na Apelação Cível n. 2012.036435-8³¹⁵, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) entendeu caracterizada a responsabilidade civil

³¹⁵ SANTA CATARINA, 2012. Ementa: “APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MÁ ATUAÇÃO PROFISSIONAL DA ATIVIDADE DE ADVOGADO. PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINARES DE PRESCRIÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. PLEITO DE ANULAÇÃO DO JULGADO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCISA PERMITIDA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DOS ARTS. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 458, INC. II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA DO RÉU NO EXERCÍCIO DO SEU MANDATO. PERDA DE PRAZO PARA INTERPÔR RECURSO ORDINÁRIO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. POSTERIOR PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DE OUTROS PROCURADORES JULGADA PROCEDENTE. VERIFICADA A OCORRÊNCIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DEVER DE REPARAR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL DECORRENTES DE SUA CONDUTA, OS QUAIS FORAM DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa, visto que, mesmo cabendo às partes o *onus probandi*, é o juiz quem verifica a sua conveniência, porquanto é livre a apreciação da prova pelo Magistrado diante do princípio da persuasão racional. Ademais, o julgamento antecipado nos moldes do art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, decorre da celeridade processual, quando presentes as provas necessárias ao convencimento do julgador. O termo inicial para a contagem do prazo prescricional, previsto do artigo 206, inc. V, § 3º do Código Civil, é contado a partir do momento em que a parte prejudicada teve ciência inequívoca da existência dos prejuízos de ordem moral e material que a conduta ilícita de seu procurador lhe causou. Se a sentença, embora concisa, especificou o motivo de indeferimento da inicial, tem-se que cumpriu os preceitos dispostos no art. 93, IX, da CR/88 e no art. 458, II, do Código de Processo Civil. Incumbe ao réu o ônus da prova quantos aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme previsão do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil. Não se desincumbindo de tal ônus, imperativo é o acolhimento dos pleitos iniciais. Verificada a perda de uma chance derivada de má conduta de advogado que age de maneira desidiosa na defesa dos interesses da parte representada, é devida a reparação civil pelos danos materiais experimentados, desde que devidamente individualizados e demonstrados”.

do advogado em decorrência da aplicação da teoria da perda de uma chance. Naquele caso, o demandante havia contratado advogado para promover ação na esfera trabalhista, cujo resultado foi de improcedência de seus pedidos, posteriormente confirmado em segunda instância. O procurador então constituído havia interposto recurso ordinário, todavia de forma intempestiva, motivo pelo qual não chegou ele a ser admitido pelo órgão *ad quem*.

Insatisfeito com o desempenho do causídico, o autor contratou novo advogado que ajuizou ação rescisória, obtendo êxito em sua pretensão. Por não ter se conformado com a postura adotada pelo primeiro advogado, além de ter promovido representação na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Santa Catarina, o cliente deflagrou ação de indenização por danos morais e materiais com fundamento na teoria da perda de uma chance em face do antigo procurador. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu pela responsabilização do advogado:

Da análise da sequência de fatos expostas e comprovadas pela autora denota-se que o réu agiu de forma negligente, frustrando suas expectativas de obter êxito na reclamatória trabalhista, e, por conseguinte, causou-lhe danos, pois, caso o recurso tivesse sido interposto tempestivamente, certamente esta teria a chance de vencer na lide, situação que restou consolidada após o julgamento da ação rescisória.

Portanto, devidamente configurada que a atitude do recorrente acarretou à apelada a perda de uma chance resta configurado o dever de reparar os danos decorrentes de sua conduta. [...]

Destarte, devidamente demonstrados os danos morais, mantém-se inalterada a sentença objurgada no tocante à condenação do apelado em ressarcir a autora dos valores gastos com os honorários advocatícios decorrentes da ação rescisória, os quais foram arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, que deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença³¹⁶ (grifamos).

Veja-se, aqui, que a aplicação da teoria foi inapropriada porque o conceito de chance não foi bem compreendido. Nesse caso, com o devido respeito ao entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina,

³¹⁶ SANTA CATARINA, 2012.

não há que se falar em chance perdida, pois não preenchido o requisito da *perda definitiva* da vantagem esperada. Ainda que o procurador tenha sido desidioso ao interpor recurso manifestamente intempestivo, as chances foram subtraídas do autor apenas temporariamente, porque, quando do julgamento da posterior ação rescisória, elas foram compensadas em sua total amplitude, de modo que o autor obteve o resultado que esperava ao final do processo aleatório e que outrora fora interrompido. Ou seja, faltou ao demandante um dos requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance expostos no primeiro capítulo do presente trabalho: a perda definitiva da vantagem esperada (item 1.3.4).

Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva, “[...] a incerteza não pode subsistir em relação à perda definitiva da vantagem que a vítima esperava obter ao final do processo aleatório”³¹⁷. Ao se obter o resultado perseguido na ação judicial através de outro procedimento judicial, eliminam-se as chances passíveis de reparação, porquanto, ainda que por outra via, chegou-se à vantagem esperada. Não existem chances a serem reparadas nessa hipótese.

A segunda incoerência do julgado, derivada da incompreensão do conceito de chances, reside no fato de que o que se reparou, de acordo com o acórdão, foram os gastos tidos pelo autor em decorrência da necessidade de contratação de novo advogado para o ajuizamento da ação rescisória, e não as chances perdidas em si, mesmo porque inexistentes naquela hipótese.

Inexistindo chances passíveis de reparação – porque o processo aleatório chegou ao seu final –, o que se revela nesse caso é a reparação decorrente da falta contratual do advogado, já que, nas palavras de Orlando Gomes:

a resolução por inexecução culposa não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita ainda o inadimplente ao pagamento de perdas e danos. A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução³¹⁸.

Como não há chances a serem reparadas em razão do inadimplemento contratual do advogado, a condenação imposta ao procurador inadimplente foi a quantia referente aos prejuízos suportados pelo clien-

³¹⁷ PETEFFI AS SILVA, 2001, p. 31.

³¹⁸ GOMES, 2008, p. 210.

te – valores que despendeu à contratação do novo causídico –, que, na hipótese em comento, significou o importe de vinte por cento do êxito da ação rescisória. Essa condenação, frisamos, está correta. É a sua *ratio* que, no entanto, está equivocada. A importância reparada não corresponde às chances perdidas, porque elas não existiram no caso concreto. O ressarcimento equivale tão só aos prejuízos suportados pelo cliente em razão do inadimplemento contratual, não podendo ser fundamentado na teoria da perda de uma chance.

Não há motivos para a invocação da teoria da perda de uma chance nesse caso porque a chance representa, sempre e necessariamente, uma expectativa hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final, conforme o sucesso do processo aleatório³¹⁹. Nesse julgado, fica nítido que a incompreensão da teoria não veio apenas do TJSC, mas, também, do próprio advogado, porquanto, com fundamento na teoria da perda de uma chance, postulou a reparação do prejuízo material tido com a contratação de novo causídico, desatentando-se para o fato de que o requisito da perda definitiva da vantagem esperada não foi preenchido na hipótese versada naqueles autos.

Não se discute a justiça do julgado, pois se o advogado perdeu o prazo e deu azo à contratação de outro profissional para consertar o equívoco cometido, nada mais lícito do que devolver, ao ex-cliente, as despesas contraídas com essa nova contratação.

2.7.1.1.2. Casos em que a vantagem esperada ao final do processo aleatório foi obtida através de ação rescisória e o acórdão corretamente reconheceu a ausência de chances passíveis de reparação

Em duas situações semelhantes, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) dirimiu casos parecidos de forma correta. Na Apelação Cível n. 0007247-15.2010.8.08.0024, a Corte Capixaba afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance, visto haver reconhecido que o ajuizamento da ação rescisória, cujo resultado foi favorável ao autor,

[...] fez superar a ausência de interposição de recurso, haja vista que aquela Corte, de fato, reexaminou a demanda, mesmo que por outra via, o que tem o condão de descaracterizar a perda da possi-

³¹⁹ PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 13.

bilidade de apreciação do tema pelo Tribunal Superior³²⁰.

Entendimento, portanto, correto, porque não preenchido o requisito da perda definitiva da vantagem esperada. Obtido o resultado almejado, ainda que por meio de distinto procedimento judicial, não há chances perdidas. O processo aleatório chegou ao seu final por outro curso, eliminando qualquer chance passível de reparação.

Na Apelação Cível n. 0005041-68.2004.8.08.0014³²¹, também oriunda do Tribunal Capixaba, o relator corretamente consignou que

³²⁰ ESPÍRITO SANTO, 2014b. Válido consignar que em que pese a refutação da teoria tenha sido correta, nesse caso o juiz entendeu pelo cabimento do dano moral, não em razão da aplicação da teoria da perda da chance, mas, sim, em razão do período turbulento que passou o cliente sem notícias de seu processo, sem prestação de informações devidas pelo advogado que havia contratado. Entendeu que a falta de informação de informação do causídico gerou abalo de ordem moral ao cliente, *verbis*: “Em outras palavras, não há que se falar na teoria da perda de uma chance neste tocante, pois o dano moral exsurge da própria circunstância vivenciada pela autora que fora surpreendida com a notícia, via diário oficial, que sua gratificação seria suspensa em razão do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal. O fato da questão ser novamente reanalisada pelo Corte Máxima não tem o condão de esvaecer os sentimentos negativos sofridos pela autora, como acontece com o dano material”.

³²¹ ESPÍRITO SANTO, 2012a. Ementa: “APELAÇÃO. MÉRITO. REPARAÇÃO CIVIL. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. INAPLICABILIDADE DO CDC. ADOÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. PARTE LESADA EM DECORRÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CHANCES DE ÊXITO QUE SE REVELAVAM BASTANTE CONCRETAS. NEGLIGÊNCIA DO PRESTADOR DE SERVIÇO EM NÃO INTERPOR RECURSO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS DEMONSTRADOS EM PARTE PELA AUTORA. PEDIDO ACOLHIDO PARCIALMENTE. RETENÇÃO DE QUANTIA PELO ADVOGADO POR OCASIÃO DE LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL. INOBSERVÂNCIA DA REGRA INSERTA NO ART. 22, § 4º, DA LEI 8906/94. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS INDEVIDOS. DEVER DE RESTITUIÇÃO PELO CONSTITUÍDO. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDOS INAUGURAIIS JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1.1. Não se aplica o diploma consumerista na hipótese de pedido de reparação civil decorrente de inexecução de contrato de prestação de serviços advocatícios (Precedentes STJ). De todo modo, a questão deve ser analisada sob o viés da responsabilidade civil comum, e, sob tal ângulo, é possível assentar que se tem admitido em excepcio-

nais situações a aplicação da teoria da perda de uma chance. 1.2. "...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. (...) 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. (...) 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..." (REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012).

1.3. A adoção da teoria da perda de uma chance nas hipóteses de danos ocasionados pela deficiente prestação de serviços de advocacia deve ser procedida cum grano salis, sendo sempre válido lembrar que o advogado desempenha atividade de meio, e não de resultado. Deste modo, a eventual responsabilidade desse profissional apenas surgirá naquelas hipóteses em que as chances de êxito eram reais e, ainda assim, sem a prévia autorização do cliente, deixaram de ser tomadas as medidas cabíveis com o escopo de obtê-lo. É certo, ademais, que mesmo nas situações onde o sucesso na demanda se revelava bastante concreto, mas, a despeito de terem sido enviados todos os esforços, não foi possível alcançá-lo por conta de variados percalços procedimentais desatrelados de qualquer conduta culposa desse profissional da advocacia, inexistirá razão para responsabilizá-lo, máxime porque, frise-se, sua atividade não é de resultado.

1.4. Na hipótese dos autos, é possível reconhecer que se demonstravam muito consistentes as chances de êxito da apelante em obter a reforma da sentença de improcedência proferida na Justiça Federal. Entretanto, a apelada, sem a prévia autorização da apelante, deixou, de forma negligente, de impugnar aquele pronunciamento, o qual transitou em julgado ainda em primeira instância, acarretando-lhe uma série de prejuízos, daí o dever de indenizar.

2. Mesmo que a sentença transitada em julgado tenha sido desconstituída em decorrência da procedência de ação rescisória proposta pela parte lesada, caso persistam alguns danos, estes deverão ser considerados para fins de reparação civil, a exemplo dos honorários advocatícios sucumbenciais pagos na demanda, das custas processuais e de outros.

3. O advogado não pode, a pretexto de que possui o direito ao recebimento de honorários advocatícios contratuais, reter diretamente quantia de seu cliente por ocasião de levantamento de depósito judicial sem observar a regra inserta no art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94. Assim, a restituição do montante retido pelo constituído demonstrar-se-á necessária não só na hipótese de violação dessa norma, mas também, com

seria “[...] possível reconhecer que se revelavam bastante concretas as chances de êxito da apelante em obter reforma da sentença de improcedência³²²”, pelo fato de que

[...] cerca de três meses antes da prolação da aludida sentença foi publicado o acórdão atinente ao RE 172058/SC, [...] onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal pronunciou-se em definitivo sobre a questão tributária tratada naquela demanda, declarando [...] a inconstitucionalidade da norma impugnada pela apelante³²³.

No entanto, também com exímia atenção à aplicação da teoria da perda de uma chance, reconheceu que, tendo obtido êxito na ação rescisória posteriormente ajuizada, “[...] não há que falar na existência de danos relativos ao tributo objeto de questionamento naquela demanda³²⁴”, refutando a incidência da perda das chances de maneira adequada. Condenou o advogado ao ressarcimento das despesas oriundas de sua falta contratual, já que “[...] o seu inadimplemento impõe ao credor um dano e lhe traz uma perda, o devedor é obrigado a cobrir os prejuízos causados pela sua conduta, de forma que o equilíbrio se restabeleça³²⁵”.

Neste julgado, observa-se a assimilação apropriada da teoria por parte dos magistrados julgadores, pois primeiro constataram que as chances perdidas pelo recurso não interposto – com base na prova dos autos e no entendimento do Supremo Tribunal Federal – revestiam-se de seriedade, realidade e atualidade, consoante explanamos na Seção 1.3.2 do presente trabalho. A Corte de Justiça seguiu sua análise, concluindo, no entanto, que, como o resultado almejado no processo aleatório foi alcançado por outra via, através da ação rescisória, inexistem chances perdidas, porque não preenchido o requisito da *perda definitiva da vantagem esperada* pelo cliente lesado.

Concluiu, pois, corretamente o Tribunal Capixaba, ao determinar apenas o ressarcimento ao mandante dos prejuízos oriundos do inadimplemento contratual, porque “a resolução por inexecução culposa produz

razão ainda maior, nos casos em que esses honorários advocatícios contratuais não se revelarem devidos. 4. Apelação cível provida em parte”.

³²² idem.

³²³ idem.

³²⁴ idem.

³²⁵ PEREIRA, 2015, p. 306.

apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita ainda o inadimplente ao pagamento de *perdas e danos*³²⁶”. Na hipótese, reconhecido o inadimplemento culposo do advogado, resolve-se o contrato, e as perdas e danos consubstanciam tão somente as despesas contraídas na contratação de novo causídico, já que a vantagem esperada foi obtida através de novo procedimento judicial. O mesmo entendimento foi assentado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) ao julgar a Apelação Cível n. 1.0362.12.006942-6/001³²⁷.

Depreende-se que, nesses casos, a incompreensão do conceito de chances veio do novo procurador do cliente, porquanto, se obteve ele, em benefício do lesado, a vantagem colimada no processo outrora interrompido pelo advogado inadimplente, as chances foram extintas, não

³²⁶ GOMES, *op. cit.*, p. 210.

³²⁷ Em caso similar, mas envolvendo contratação para persecução de benefício previdenciário, em que pese a ausência de interposição de recurso administrativo pelo advogado, o resultado final foi alcançado através de ação judicial ajuizada, não havendo que se falar em reparação pelas chances perdidas. O TJMG decidiu corretamente ao reformar a sentença de primeiro grau que havia imposto ao causídico a condenação à reparação de R\$ 15.000,00 a título de danos morais ao cliente insatisfeito. Eis a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - AGRAVO RETIDO - JUSTIÇA GRATUITA - RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS E RECURSAIS - ATOS INCOMPATÍVEIS - INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL - DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA - NÃO RECORRIDA - PRECLUSÃO -ADVOGADO - PERDA DE PRAZO - INTEMPERIDADE DE RECURSO - DANOS MATERIAIS - PERDA DE UMA CHANCE - NÃO OCORRÊNCIA. O pagamento das custas iniciais e do preparo recursal é ato incompatível com a gratuidade perseguida. Não tendo a parte recorrido, nos termos do art. 523, § 3º do CPC, contra a decisão que afastou a preliminar de incompetência territorial, proferida em audiência de conciliação de rito sumário, opera-se a preclusão temporal. No contrato de prestação de serviços advocatícios, a obrigação não é de resultado, todavia, o advogado deve agir com dedicação e presteza, dentro da técnica usual, em defesa do direito do cliente. A perda de prazo recursal é conduta negligente do advogado, e denota falha na prestação de serviços a amparar o pedido de indenização pelos gastos suportados com os honorários advocatícios contratados. A indenização material pela perda de uma chance só é possível quando a vantagem esperada se perdeu de forma definitiva, imutável. *Não há falar-se em perda da chance quando, apesar de frustrada a pretensão na esfera administrativa, alcançada a vantagem esperada em ação judicial proposta posteriormente.* Agravo retido e recurso adesivo não providos. Recurso principal parcialmente provido.” (MINAS GERAIS, 2014b).

havendo indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance.

E embora tenham elas subsistido por um pequeno lapso temporal, no tempo compreendido entre o momento do inadimplemento do advogado até a obtenção da vantagem esperada por meio de expediente judicial diverso, as chances foram realizadas com a consecução do resultado. A reparação, portanto, em casos como esses, limita-se ao dano emergente do inadimplemento contratual que, a depender da hipótese, poderá se caracterizar pelas despesas que o cliente teve com a contratação de novo causídico, sendo certo que, acaso assim opte, o cliente poderá ainda “[...] manter o contrato, reduzindo o preço, com perdas e danos”³²⁸, ..

A conclusão para situações semelhantes revela-se correta quando o juiz não aplica a teoria da perda da chance, diante do reconhecimento de que o resultado final (*vantagem esperada ao final do processo aleatório*) foi obtido através de outra medida adotada pelo mesmo ou outro advogado contratado, constatando-se, assim, a ausência de requisito de aplicação da teoria da perda de uma chance. O acerto dos julgados também se revela quando, demonstrada a falta do procurador e sua respectiva culpa, a condenação do advogado à reparação dos danos oriundos do inadimplemento contratual ainda subsiste, limitando-se, porém, às despesas que o cliente teve com a contratação de novo patrono para a obtenção da vantagem esperada por outro meio.

2.7.1.1.3. Sentença que constituiu título executivo judicial, mas, diante do atraso no início do cumprimento de sentença, o crédito foi prescrito. Pleito com base na teoria da perda de uma chance

Em três julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), um do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e um do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), deparamo-nos com a seguinte situação: o advogado foi contratado para postular os direitos de seu cliente tendo obtido sentença de procedência transitada em julgado, com condenação da parte adversa à satisfação do valor visado. No entanto, ao tardiamente dar impulso ao cumprimento do título judicial, em todas as quatro hipóteses foi reconhecida a prescrição da pretensão ao crédito pelo juiz³²⁹.

³²⁸ AGUIAR JÚNIOR, 1991, p. 191-192.

³²⁹ Nas ações do Distrito Federal em que a parte demandada foram sindicatos, a prescrição foi reconhecida com base no art. 1º do Decreto Federal n. 20.910/32

Em razão do ocorrido, em cada caso, os clientes demandaram os advogados outrora contratados, requerendo indenização por danos materiais³³⁰ com fundamento na perda de uma chance. Seus antigos procuradores, em razão do reconhecimento da prescrição, privaram-nos da chance de obterem o crédito que lhes fora reconhecido na ação originária.

Na Apelação Cível n. 0013323-15.2014.8.07.0001³³¹, do TJDF, o pleito de reparação foi julgado procedente, consignando-se que

[...] aplica-se, na hipótese em tela, a teoria da perda de uma chance, pois, devido à má prestação do serviço advocatício, a apenada teve suprida a pos-

c/c Súmula 150 do STF. Já na ação que tramitou no Rio Grande do Sul, a prescrição foi reconhecida através da aplicação da norma do prazo decenal do Código Civil de 2002.

³³⁰ Nas ações do Distrito Federal o pedido era só de reparação por dano material, enquanto que na ação que tramitou no Rio Grande do Sul, o pedido era de indenização por danos morais e materiais.

³³¹ DISTRITO FEDERAL, 2015b. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. SINDICATO. SERVIÇO ADVOCATÍCIO. DESÍDIA. EXECUÇÃO DE DEMANDA COLETIVA. ESCOAMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PERDA DE UMA CHANCE. DEVER DE INDENIZAR. APLICAÇÃO DA LEI 9.494/97. DESCABIMENTO. 1. O fluxo do prazo prescricional para o manejo de ação indenizatória de danos advindos da desídia na prestação de serviço advocatício se inicia a partir do momento em que o ofendido inequivocamente toma ciência do fato lesivo e de seus desdobramentos, o que aconteceu com o trânsito em julgado da decisão de reconhecimento da prescrição da pretensão de executar o título judicial. 2. É ponto pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a coisa julgada formada em ação coletiva movida por sindicato, na condição de substituto processual, beneficia todos os integrantes da categoria substituída, e não apenas aqueles que ostentam a qualidade de filiado no momento da propositura da demanda. 3. A desídia em que incorreram os advogados contratados pelo sindicato resultou em evidentes danos materiais, pois o escoamento do prazo prescricional para o ajuizamento da execução significou a perda da pretensão de executar o crédito reconhecido por provimento jurisdicional transitado em julgado. 4. Aplica-se, na hipótese em tela, a teoria da perda de uma chance, pois, devido à má prestação do serviço advocatício, a autora teve suprimida a possibilidade concreta de obter os valores reconhecidos por força de decisão judicial imutável. 5. O montante condenatório não pode ser atualizado pelos critérios estabelecidos pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97, visto tal regramento é aplicável apenas na hipótese de condenação imposta à Fazenda Pública, o que não é o caso 6. Apelação não provida”.

sibilidade concreta de obter os valores reconhecidos por força de decisão judicial imutável³³².

Em outro julgado, de n. 0013316-23.2014.8.07.0001³³³, também do TJDFT, a justificativa do acórdão foi a de que, ao deixar prescrever o crédito por não ajuizar o cumprimento de sentença no lapso temporal correto, “[...] o causídico incorre em erro crasso e inescusável, pelo que não adotou as precauções necessárias ao exercício de sua atividade profissional, o que dá ensejo à aplicação da teoria da perda de uma chance³³⁴”.

Igualmente, o TJDFT, na Apelação Cível n. 0013320-60.2014.8.07.0001³³⁵, concluiu, pelo relator do recurso, que a teoria da

³³² *idem*.

³³³ DISTRITO FEDERAL, 2015c. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ADVOGADO. NÃO OBSERVÂNCIA DE PRAZO PRESCRICIONAL. PERDA DE UMA CHANCE. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. Sabe-se que a obrigação do advogado é de meio, incumbindo-lhe, no exercício do mandato judicial, cumprir suas obrigações legais e funcionais, sem, contudo, vincular-se à concretização do resultado perseguido pelo postulante. Isso, portanto, não lhe retira o dever de atuar com diligência e cautela nas causas que patrocina, exercendo a contento a defesa da parte em juízo, bem assim observando atentamente todos os prazos processuais e materiais. Ao deixar transcorrer prazo prescricional para o ajuizamento de ação executiva que tinha o escopo de satisfazer os créditos a que tinha direito o demandante, o causídico incorre em erro crasso e inescusável, pelo que não adotou as precauções necessárias ao exercício de sua atividade profissional, o que dá ensejo à aplicação da teoria da perda de uma chance. É inegável que a perda do direito do cliente causada pela inércia desidiosa do advogado, que não observou o prazo prescricional para o ajuizamento de execução e impediu que a causa fosse examinada pelo órgão jurisdicional competente, enseja a reparação pelos danos materiais causados, mormente diante da perda de chance séria, real e com alta probabilidade de êxito. Apelação conhecida e provida”.

³³⁴ *idem*.

³³⁵ DISTRITO FEDERAL, 2015d. Ementa: “AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. PRESCINDIBILIDADE DE FILIAÇÃO. PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DA REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA DA PRESCRIÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O DANO. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE DE MEIO. MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA. 1. A pretensão para o ajuizamento do feito, que tem como objeto a reparação por danos materiais, ocorre com o conhecimento da violação do direito. *In*

perda de uma chance deveria ser aplicada porquanto “o autor, diante da procedência do reconhecimento do direito ao recebimento do benefício alimentar, em sentença transitada em julgado, não logrou êxito face ao atraso no ajuizamento do pedido executório³³⁶”.

Nos três casos aludidos, em que pese o entendimento pela aplicação da teoria da perda de uma chance, a condenação consistiu na reparação integral do valor reconhecido como prescrito no feito para o qual o causídico foi contratado. Houve o ressarcimento do valor original buscado pelo cliente, é dizer, da vantagem esperada e obtida na demanda originária, havendo nítida confusão entre o conceito de chance com o resultado efetivo obtido na ação originária, onde a falta do advogado foi reconhecida.

Ao condenar o patrono a reparar o valor reconhecidamente prescrito, não se estão reparando as chances perdidas, nos termos expostos na primeira parte do presente trabalho. Está-se, na realidade, meramente restituindo a vantagem esperada no processo aleatório interrompido pela falha do procurador. Nesses casos, tanto o Tribunal quanto o advogado

casu, é notório que o apelado apenas teve a aludida consciência com o trânsito em julgado do reconhecimento da prescrição que extinguiu o pedido executório. 2. É assente na jurisprudência dos Tribunais Superiores e deste e. Tribunal que o sindicato como substituto processual representa a categoria e não apenas os seus filiados, haja vista que se tratam de direitos individuais homogêneos. Nesse descortino, a decisão proferida em sede de Mandado do Segurança tem eficácia *erga omnes* àqueles que se enquadrarem na categoria abrangida pelos efeitos produzidos pela sentença. Por certo que, o substituído que tiver seus direitos atingidos pela parte dispositiva da sentença tem legitimidade para figurar como parte no pedido executivo, bastando que se filie ao sindicato quando da propositura da execução, o que é o caso dos autos. 3. Aplica-se ao presente feito a teoria da perda de uma chance uma vez que o autor, diante da procedência do reconhecimento do direito ao recebimento do benefício alimentar, em sentença transitada em julgado, não logrou êxito face ao atraso no ajuizamento do pedido executório. 4. Há nexos causal entre a conduta do sindicato com o prejuízo sofrido pelo recorrido, haja vista que, em razão de sua desídia em ajuizar o pedido executório antes do escoamento do prazo prescricional, o autor se viu impedido de receber os valores a que tinha direito legalmente reconhecidos em sentença transitada em julgado. 5. A obrigação de meio refere-se ao trabalho desempenhado pelo advogado, levando-se em consideração o grau de zelo e comprometimento despendidos na condução do feito. 6. O valor arbitrado na r. sentença a título de condenação em danos materiais se baseou nos valores apresentados pelo próprio apelante no pleito executório, não sendo o caso de aplicação da Lei 9.494/97 7. Recurso conhecido e desprovido”.

³³⁶ *idem*.

postulante não compreenderam o conceito de chances perdidas. Afinal, se foi constituído judicialmente um crédito, com o trânsito julgado da respectiva sentença, a coisa julgada se consolidou, competindo ao credor somente a execução da importância. Portanto, demonstrada a culpa do procurador ao não iniciar o cumprimento de sentença em tempo hábil, permitindo a ocorrência da prescrição, a causa de pedir do pleito inicial não é a teoria da perda de uma chance, mas a indenização pelo dano material que o advogado inadimplente causou a seu cliente ao deixar o crédito prescrever. O processo aleatório chegou, de fato, ao seu final, com a obtenção de resultado positivo na demanda e a posterior constituição do crédito por ordem judicial, e o erro do advogado impediu a obtenção da vantagem esperada, já assegurada. Inexistem chances a serem reparadas³³⁷.

O resultado prático desses julgados não é equivocado: se houve constituição do título judicial, a reparação da integralidade é medida acertada de aplicação do direito. Houve, afinal, um declínio no patrimônio da parte que agora quer se ver ressarcida. Não se devem procurar conjecturas, sob o argumento de que poderia a parte executada impugnar a fase executiva da ação, assim, redundar no julgamento de improcedência do pedido do cliente.

Com o devido respeito ao entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e aos causídicos que patrocinaram os respectivos feitos, o reconhecimento de incidência da teoria nesses casos deu-se de maneira inapropriada. Não é a teoria da perda de uma chance que fundamenta o pleito reparatório. Trata-se de reparação

³³⁷ Entendemos que nessas situações a possibilidade de o advogado se eximir da obrigação de reparar existirá se o procurador comprovar satisfatoriamente na demanda ajuizada contra si que o credor originário, o executado na ação cuja prescrição se operou, encontra-se insolvente, o que refletiria no insucesso do cumprimento de sentença. Nesse caso, entendemos que o ônus probatório ficaria a cargo do advogado e não do cliente, em razão da peculiaridade da situação. Não se trata aqui de hipótese de perda de prazo por parte do advogado e que o a parte lesada, o cliente, deva provar a seriedade e realidade das chances de provimento do recurso. Em casos como esses, o direito do cliente foi declarado. Não há mais espaço para se discutir a possibilidade de êxito. Houve, inclusive, o trânsito em julgado da ação. O advogado foi quem inadimpliu a avença, devendo, por isso, provar a “[...] existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, nos termos do art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil. Não nos parece justo que nessa situação específica o ônus recaia ao mandante, pois, como dito, o seu direito foi declarado e reconhecido na ação originária.

de prejuízo material delimitado: o valor da condenação em que se reconheceu a prescrição, ou seja, o valor correspondente à vantagem esperada ao final do processo aleatório. Constatada a desídia do advogado³³⁸ que não iniciou o cumprimento da sentença no lapso temporal adequado, e demonstrada a certeza do título, o procurador deve reparar o prejuízo material sofrido pelo cliente, que, *in casu*, é o crédito declarado prescrito. Não há reparação de chances. Há reparação da vantagem esperada e obtida através de ação judicial patrocinada pelo advogado inadimplente. Nítida a confusão dos conceitos tanto pelos advogados, quanto pelos julgadores.

Caso idêntico ocorreu no Tribunal de Justiça de São Paulo. Na Apelação Cível n. 0002362-32.2011.8.26.0602³³⁹, o ex-cliente demandou o advogado à reparação do valor perseguido em exitosa ação de repetição de indébito tributário. Em razão da inércia do causídico, a prescrição intercorrente foi pronunciada pelo juízo, de modo que o exequente não conseguiu obter o crédito que lhe havia sido declarado judicialmente. Do corpo do acórdão lançado na ocasião, extrai-se que restou “[...] claro que a perda da chance do autor decorreu unicamente da desídia do advogado, de modo a tornar inafastável o dever de indenizar³⁴⁰”; e a condenação final, nesse caso, consubstanciou-se na reparação do crédito reconhecido na ação originária. A nosso juízo, nada mais justo.

Tal como o entendimento do TJDFI, entretanto, a fundamentação revela-se equivocada. Ressarce-se o *resultado final* perseguido no processo aleatório originário que havia sido obtido, porém não executado em razão do reconhecimento da prescrição, não havendo que se falar em *reparação de chances*. Obteve-se a vantagem esperada ao final do processo aleatório, faltando este requisito nessas demandas, já que não houve a perda definitiva do resultado esperado ao final do processo aleatório.

³³⁸ Complementando a nota anterior, a prova que o cliente deve fazer nessas situações é a do inadimplemento contratual do advogado que não iniciou o cumprimento de sentença no lapso temporal previsto em lei.

³³⁹ SÃO PAULO, 2015b. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CONTRATO DE MANDATO RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA OBRIGAÇÃO DE MEIO CULPA DO RÉU EVIDENCIADA. Mandato. Suficiência de prova do suposto ilícito contratual perpetrado pelo advogado contratado. Teoria da perda de uma chance. Indenização devida. Prescrição (C. Civil, art. 203, § 3º, V). Não ocorrência. RECURSO DESPROVIDO”.

³⁴⁰ *idem*.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso similar, solucionou a lide também de forma adequada, mas com fundamentação imprópria. Lê-se da ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MANDATOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ADVOCATÍCIO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL, POR PEDIDO GENÉRICO. Na hipótese, o pedido é certo e determinado, estando devidamente observado o disposto pelo art. 286 do CPC. Ademais, ausente qualquer prejuízo à defesa que tivesse decorrido da forma como apresentado o pedido de danos materiais. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. Incide na espécie o prazo prescricional previsto pelo art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, computado desde a data do conhecimento do fato pela parte prejudicada. MÉRITO. CASO CONCRETO. **INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADVOCACIA.** Obrigação de meio que não elide o dever de prestar serviços de forma adequada, ativa e com perícia, de acordo com os interesses do cliente. **Hipótese em que restou demonstrada a omissão do profissional na condução do feito para o qual fora contratado. Dano configurado, tendo em vista a perda da possibilidade de efetivar o resultado favorável no processo.** Caracterização de imperícia e negligência. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CASO CONCRETO. Tratando-se de responsabilidade civil decorrente de contrato, computam-se os juros de mora incidentes sobre a indenização a partir da data da citação. SUCUMBÊNCIA. [...]. REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, AO APELO. UNÂNIME³⁴¹. (grifamos)

Infere-se, do teor do aresto, que o Tribunal Gaúcho reconheceu a desídia do advogado que deixou prescrever crédito constituído em sentença judicial transitada em julgado e, assim, condenou o procurador à

³⁴¹ RIO GRANDE DO SUL, 2015a.

reparação da integralidade do valor prescrito. Tal como nas hipóteses discutidas no TJDFT e no TJSP, certo é que a indenização, nada obstante alicerçada na perda de uma chance, foi da vantagem esperada pelo cliente na ação em que houve a contratação do causídico inadimplente.

O resultado, é bem de frisar, não se nos apresenta injusto. Contudo, possui *ratio decidendi* equivocada, porque não há chance alguma para ser reparada. Restitui-se a importância que o cliente efetivamente deixou de auferir, o resultado final do processo aleatório interrompido pela falha do advogado. Tem-se, aqui, o pleno conhecimento do resultado final, não havendo nenhuma supressão de chance. Tanto os Tribunais, quanto os procuradores demonstram confusão na compreensão do conceito de chance.

2.7.1.1.4. Casos em que não houve o ajuizamento da demanda pelo advogado, reconhecendo-se, posteriormente, a prescrição do direito do cliente. Condenação do procurador ao ressarcimento do valor prescrito

Examinando os julgados colhidos, deparamo-nos, também, com a situação descrita na Seção 2.6.3 do presente trabalho. Nessas hipóteses, o advogado havia sido contratado para o ajuizamento de determinada ação, mas, por alguma razão, a demanda não foi proposta a tempo, esgotando-se, assim, o prazo prescricional. O cliente, então, postulou, contra o causídico, o ressarcimento da importância prescrita, com arrimo na teoria da perda de uma chance, o que, já de início, revela a incompreensão da tese por parte dos advogados, vez que o pedido de reparação das chances difere da vantagem final esperada ao final do processo aleatório.

No Mato Grosso do Sul, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2004.000674-8/0000-00³⁴², o Tribunal de Justiça equivocadamen-

³⁴² MATO GROSSO DO SUL, 2009. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – AÇÃO DE TREGA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/02 – PRESCRIÇÃO TRIENAL – NÃO CONFIGURADA – MÉRITO – DESÍDIA NA ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL DO AVOGADO – DIREITO DO CLIENTE PREJUDICADO – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – CULPA DO PATRONO – DANO MATERIAL – CARACTERIZADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PROVEITO ECONÔMICO QUE PODERIA TER SIDO OBTIDO – RECURSO IMPROVIDO. [...]. A atuação do advogado no deslinde do da causa para qual fora contratado não se mostrou pautada no dever de dili-

te acatou por completo a tese aventada na peça vestibular, condenando o procurador à reparação integral do valor pronunciado prescrito, consignando que, naquele caso, o *quantum* indenizatório haveria de “corresponder ao montante equivalente ao qual o cliente deixou de receber, pois a causa que fora culposamente perdida pelos patronos é amplamente admitida, sendo mais do que mera expectativa de direito³⁴³”. Nesse caso específico, embora o aresto haja consignado que a causa em questão era amplamente admitida nos tribunais, não houve nem sequer a análise das chances de êxito da demanda originária, com fulcro na documentação que deveria ter sido produzida pelo cliente³⁴⁴.

Se, com base na prova dos autos e no estudo jurisprudencial acurado sobre o tema, fosse constatada, de efeito, a existência de chances sérias e reais na demanda não ajuizada, cuja pretensão prescreveu, a indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance poderia se aproximar bastante do resultado final, mas nunca a ele se equivaler. Dessa forma, aplica-se a teoria de forma equivocada, já que se repara a vantagem esperada ao final do processo aleatório (pretensão prescrita) e não as chances em si.

Também não se pode admitir que o fato de uma determinada pretensão ser amplamente acolhida faça torna-la mais do que expectativa de direito. Assim como observamos na Seção 1.3.2 do Capítulo 1, não se pode afirmar a certeza de sucesso de uma ação judicial. E isso, afinal, porque toda demanda depende de fatores que escapam da análise estrita do direito e da aferição da atualidade do entendimento jurisprudencial. Dizer, portanto, que o êxito da postulação era certo, tão só porque mui-

gência e prudência profissional que lhe era exigível, impondo-se, pois, a obrigação de indenizar os danos acarretados ao cliente. Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pois a lesão ao patrimônio jurídico do cliente foi efetivada por conta das condutas omissivas e culposas do patrono, ficando aquele privado dos benefícios de um possível julgamento favorável. Ainda que a natureza jurídica da obrigação de prestação de serviços advocatícios seja de meio, o profissional não está exonerado da responsabilidade quando o insucesso da causa se der em razão de sua má execução culposa, pois a ele foi imposta uma obrigação de empreendimento de certa atividade, cabendo-lhe enveredar todos os esforços possíveis para tanto. O *quantum* indenizatório deve corresponder ao montante equivalente ao qual o cliente deixou de receber, pois a causa que fora culposamente perdida pelos patronos é amplamente admitida, sendo mais do que mera expectativa de direito”.

³⁴³ idem.

³⁴⁴ Mais adiante trabalharemos especificamente os precedentes em que se detecta facilmente essa falta de análise da seriedade das chances.

tas outras tiveram o mesmo desfecho, é conferir à chance uma certeza de forma inadequada, além de conferir ao direito uma objetividade inapropriada. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) igualou as chances à vantagem esperada pelo cliente ao final do processo aleatório (ação não ajuizada).

O equívoco fica ainda mais evidente em outras situações. Na Apelação Cível n. 0013862-44.2015.8.07.0001³⁴⁵, do TDFT, o magistrado condenou o procurador à reparação do valor integral do direito cuja pretensão foi pronunciada prescrita, descontada a quantia que ficaria retida ao patrono a título de honorários de êxito. Ou seja, a indeniza-

³⁴⁵ DISTRITO FEDERAL, 2016a. Ementa: “DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. APELAÇÃO CÍVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. ART. 333, CPC. ÔNUS DA PROVA. DANOS MATERIAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. VERBAS TRABALHISTAS. APLICABILIDADE. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. 1. No direito processual civil, preferiu o legislador atribuir o ônus probatório a cada uma das partes, ou seja, genericamente, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor ou constitutivos de seu direito, conforme preceitua o artigo 333 do Código de Processo Civil. 2. A aplicação da teoria da perda de uma chance para fins de responsabilização do advogado tem sido admitida tão somente quando houver chances reais e concretas de êxito, ou seja, quando houver uma probabilidade suficiente de ganho da causa, sendo certo que se a negligência do patrono resultou em prejuízo comprovado, impõe-se a aplicação da teoria. Precedentes STJ. 3. Não se desincumbe o réu de provar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora quando não comprovada a ausência de interesse por parte desta, tampouco que esta tenha deixado de fornecer os elementos necessários. ao cumprimento do contrato, sobretudo porque não seria razoável supor que a autora, trabalhando como empregada doméstica, desconhecia o endereço do local de trabalho e o nome do empregador. 4. É cediço que o mero inadimplemento contratual não enseja, por si só, danos morais, devendo sua ocorrência ser devidamente demonstrada, porque, via de regra, não agride a dignidade humana, salvo, é claro, aqueles que, por sua natureza ou gravidade, exorbitem o aborrecimento normalmente decorrente dessa situação, quando, então, configurarão o dano moral. Configurado, na hipótese, o dano moral, tendo em vista que “é cabível a reparação de danos material e moral quando constatado que, por imperícia e negligência do advogado, prescreveu para o cliente a pretensão de reclamar verbas trabalhistas.” (Acórdão n.826336, 20070111234606APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Relator Designado:J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 06/08/2014, Publicado no DJE: 21/10/2014. Pág.: 70) 5. Recurso conhecido e provido”.

ção foi igual à vantagem final esperada. Demais disso, o advogado foi condenado, também, ao ressarcimento dos danos morais, sob o fundamento de que “a expectativa frustrada lhe gerou dissabores capazes de ferir subjetivamente a honra, a ponto de ensejar a indenização por danos morais³⁴⁶”, arbitrando-os no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

O entendimento esposado pelo TJDFR evidencia que, aos olhos do cliente, o equívoco do advogado foi-lhe, em realidade, mais vantajoso financeiramente, uma vez que, na ação posterior, foi restituído pelo proveito econômico integral da ação original, mais a reparação por danos morais pela chance perdida, arbitrada de forma equivocada. Nessa linha de raciocínio, poderia ter ele, ainda, cumulado pedido para o ressarcimento da importância que despendeu com o novo causídico³⁴⁷. As impropriedades do julgado, no que toca à tese reparatória aqui analisada, residem, pois, no fato de que se igualam as chances perdidas à vantagem esperada ao final do processo aleatório. Com desacertado esteio na teoria da perda de uma chance, o advogado foi condenado a reparar a totalidade da vantagem. Além disso, também com fundamento na perda de uma chance, o procurador foi responsabilizado à indenização dos supostos danos morais suportados pelo cliente. Não se desconhece, por evidente, a possibilidade de a perda de uma chance gerar prejuízos de ordem moral e material conjuntamente. Para que isso ocorra, todavia, deve ser satisfatoriamente demonstrado que o inadimplemento contratual por parte do advogado foi tão degradante ao cliente que lhe atingiu em sua honra e em sua dignidade, o que, porém, não ocorreu no caso concreto. Visualiza-se o equívoco na condenação a título de danos morais.

Com efeito, depreende-se do julgado que, a partir de uma falha detectada na prestação do serviço advocatício, o cliente logrou a reparação pelo resultado final da ação que teve seu curso interrompido por falta do advogado contratado e, ainda, obteve indenização a título de danos morais, sem prova alguma do abalo anímico, frisa-se, superando o montante referente ao resultado final. Está-se ressarcindo muito mais que as chances perdidas, provocando, com o devido respeito ao enten-

³⁴⁶ *idem*. E sobre a natureza jurídica dessa reparação moral a título de perda de uma chance, trabalharemos essa questão mais adiante. Nesse caso, entendemos que o inadimplemento contratual, se provado, poderia ter provocado o abalo moral ao cliente e não as chances perdidas.

³⁴⁷ Consoante tratamos anteriormente, não discordamos dessa possibilidade de pleito material em face do ex advogado que incorreu em alguma falha na prestação de seu serviço.

dimento esposado pelo Tribunal, verdadeiro enriquecimento ilícito à parte.

O mesmo ocorreu na Apelação Cível n. 1.0024.10.068054-5³⁴⁸, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Nesse caso, o advogado foi contratado para atuar na esfera trabalhista, mas teria agido com negligência ao não juntar nos autos cópia da Convenção Coletiva que, conforme entendimento do Tribunal, seria o documento hábil para conferir certeza ao pleito do cliente. Reconhecida a falha do procurador, e com base em suposta certeza de êxito do reclamante na ação trabalhista, a Corte Estadual condenou o causídico ao ressarcimento por dano material correspondente “[...] ao valor que seria deferido na Justiça do Trabalho”³⁴⁹, a isso aliando condenação à reparação por danos morais arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sob a justificativa de que, naquela hipótese, “a responsabilidade civil decorrente da omissão ensejou a reparação por danos morais, por frustrar a expectativa do autor em ver sua reclamatória trabalhista solucionada de forma favorável³⁵⁰”, sem mencionar prova capaz de demonstrar a realidade do abalo anímico.

Além de conseguir a reparação do resultado final perseguido na demanda original (vantagem final do processo aleatório), o cliente logrou, ainda, reparação moral, sem precisar fazer qualquer prova de que o inadimplemento contratual do advogado lhe atingiu a honra. O defeito na prestação do serviço, de acordo com esse entendimento, não se mostra danoso ao cliente, porquanto, além de receber a vantagem esperada no processo aleatório, concluiu-se que a perda de uma chance lhe causou dano extrapatrimonial, sem que houvesse sido produzida prova para

³⁴⁸ MINAS GERAIS, 2013a. Ementa: “RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO E DO SINDICATO QUE O INDICA A SEUS ASSOCIADOS - AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DOCUMENTO ESSENCIAL EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – TEORIA DA PERDA DA CHANCE - DANO MATERIAL RECONHECIDO - Quanto à responsabilização do advogado pela perda da chance, considera -se indenizável quando ocorre em função de atividade culposa do advogado. - É o caso, por exemplo, da não juntada aos autos de documento essencial para a comprovação do direito pleiteado ou a perda do prazo para contestar a ação ou para interpor um recurso. - Configura-se, aqui, obrigação de meio do defensor, que responderá civilmente quando provada sua negligência por omissão como causa do ocorrido, o que resta evidenciado quando a improcedência foi declarada com fundamento na ausência de juntada de documento essencial e disponível para o advogado. - O sindicato é responsável pelos atos do advogado que coloca a disposição de seus associados”.

³⁴⁹ idem.

³⁵⁰ idem.

tanto. Além da confusão entre as chances e a vantagem esperada, equivooca-se o julgado com o reconhecimento de um dano moral *in re ipsa* oriundo da perda de uma chance.

Também é o que se evidencia na Apelação Cível n. 2014.009464-6³⁵¹, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN). O advogado que incorreu em falha na prestação do serviço ficou obrigado a reparar não só o montante cuja prescrição se operou, sob o argumento de que

[...] presentes os requisitos imprescindíveis à responsabilização civil do sindicato demandado, que deverá reparar o prejuízo sofrido pelo autor no que tange ao recebimento do valor referente às verbas trabalhistas [...], por se tratar de chance séria e real, caracterizada pelo reconhecimento da anulação da justa causa que fundamentava a sua decisão na Petrobrás³⁵².

Ademais, em razão do reconhecimento do inadimplemento contratual por parte do advogado houve a condenação à reparação aos danos morais arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a partir da justifica-

³⁵¹ RIO GRANDE DO NORTE, 2014a. Ementa: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ADVOGADO. NÃO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA TEMPESTIVAMENTE. DESÍDIA E NEGLIGÊNCIA DO CAUDÉSICO. DIREITO DO AUTOR FULMINADO PELA PRESCRIÇÃO. DANO MATERIAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA INDENIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL. LESÃO CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO SINDIPETRO E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. PRECEDENTES. A responsabilidade civil lastreada na teoria da perda de uma chance resta evidenciada quando for demonstrada, no caso concreto, a probabilidade, séria e real, de que a suposta vítima haveria de obter um determinado proveito jurídico se não lhe tivesse sido cerceada a oportunidade que lhe proporcionaria um benefício futuro. É manifesto o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e culposa do sindicato, que foi, por meio dos seus advogados, constituído para ajuizar a causa e por negligência não fez em sua totalidade, ocasionando, com isso, danos ao cliente”.

³⁵² *idem*. Forçoso ressaltar que a análise da seriedade das chances foi realizada nesse julgado de forma coerente, mas a compreensão do conceito de chances não se revelou coerente.

tiva de que “[...] restaram perfeitamente demonstrados os danos morais sofridos pelo autor, que feriram-lhes a honra e dignidade, razão pela qual se impõe ao apelante do dever de indenizá-lo³⁵³”.

Como explanamos nos julgados acima, além de ter conseguido o resultado final da demanda originária, o cliente obteve, ainda, indenização a título de danos morais com fundamento na perda de uma chance bastante expressiva, sem existir nos autos qualquer prova do suposto abalo anímico suportado.

Nos casos ora apresentados, identificamos a impropriedade da aplicação da teoria sob duas vertentes: a primeira é que, embora o fundamento da condenação tenha encontrado esteio na perda da chance, o que se reparou, em realidade, foi o resultado final do processo aleatório interrompido – a vantagem esperada –, já que os advogados foram condenados ao ressarcimento do montante reconhecidamente prescrito, ou seja, reparou-se o valor final do processo aleatório, como se ele tivesse ido até o seu fim com êxito. Em segundo lugar, além da equivocada indenização material, em três casos se reconheceu o dano moral também com fundamento na perda de uma chance, revelando-se um cenário muito mais atraente ao cliente, já que, a partir do equívoco do advogado, alcançou a reparação não só do resultado final, bem ainda dos danos morais pela perda de uma chance.

Como explicitado na Seção 1.4.4 do presente trabalho, não rejeitamos a possibilidade de cumulação do dano moral e material com fundamento na perda de uma chance. Ainda que exista a possibilidade de cumulação, porém, os danos morais oriundos da perda de uma chance devem ser sempre satisfatoriamente comprovados na ação indenizatória, o que não ocorreu em nenhuma dessas hipóteses. Ademais, se o dano moral e o dano material advêm exclusivamente da perda de chances, eles sempre deverão observar o proveito econômico do resultado final como parâmetro para arbitramento da indenização, sob pena de ser mais vantajoso às partes a falha na prestação de serviço. Não se desconsidera a possibilidade de que, à revelia do reconhecimento de seriedade das chances, o cliente possa pleitear indenização por dano extrapatrimonial porque o inadimplemento do contrato por parte do advogado causou-lhe angústia moral. Todavia, tal como nas chances perdidas, para a procedência de tal pleito, a prova dos autos precisa ser farta nesse sentido, porque não estamos diante de situações de dano moral presumido.

Parece-nos que os danos morais arbitrados nos últimos casos, além de possuírem premissa equivocada, foram dirimidos irregularmen-

³⁵³ *idem.*

te, já que nenhuma prova produzida era capaz de atestar o abalo anímico do cliente.

2.7.1.1.5. Casos em que em razão da resolução do contrato houve a devolução de valores ao cliente com fundamento na perda de chances

Nos precedentes que reunimos na presente subseção, não evidenciamos equívoco do julgado propriamente dito (no sentido de resultado justo da demanda), antes, sim, a incompreensão do conceito de chance, seja pelo advogado da parte autora, seja pelo Judiciário. É que o equacionamento dos precedentes a seguir utiliza como *ratio* a perda da chance, quando, em verdade, dirimiram a questão pela resolução do contrato de prestação de serviço.

No Recurso Inominado n. 71006574452³⁵⁴, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), o advogado havia sido contratado para atuar na defesa criminal do filho de seus clientes, com a realização do pagamento do valor R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de honorários

³⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2015b. Ementa: “RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. RESTITUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EM RAZÃO DA PERDA DE PRAZO. INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE RECURSO DE APELAÇÃO NA AÇÃO CRIMINAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A GARANTIA DE RESULTADO DO SERVIÇO CONTRATADO NÃO É OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DO RÉU POR FASES PROCESSUAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA A EXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA DO RÉU. CONTRAPEDIDO DESPROVIDO DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO CONTRAPEDIDO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DO AUTOR. O autor postula indenização por danos materiais (R\$2.000,00), aduzindo que o réu, na condição de seu advogado, perdeu o prazo para interposição de recurso de Apelação na ação criminal, prejudicando-o. Prova contundente que aponta negligência do réu ao interpor recurso de apelação aos dois réus do processo criminal e o do autor fora do prazo legal. Contudo, demonstrado que o réu realizou seu trabalho no 1º Grau, o trabalho deve ser remunerado. Por equidade, deverá o réu ressarcir o autor em metade do valor pago, ou seja, R\$1.000,00, ante a falta de contrato escrito e outros elementos de prova. Na audiência de instrução (fl. 25) o réu apresentou contestação e contrapedido, objetivando pagamento de honorários advocatícios em relação à peça recursal. Improcede a pretensão, na medida em que não há qualquer elemento de prova quanto à contratação dos serviços por fases processuais. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. RECURSO IMPROVIDO”.

advocáticos. Após a sentença, o causídico interpôs recurso intempestivamente, motivo pelo qual seus clientes, com base na teoria da perda de uma chance, ajuizaram nova demanda, pleiteando a reparação dos valores que despenderam com o procurador anteriormente contratado, haja vista que, nesses casos, a observância do prazo é essencial ao adimplemento da obrigação, de forma que, ao descumpri-lo, o advogado tornou inútil o serviço a cuja prestação havia se comprometido, surgindo, para o cliente, a pretensão à postulação de perdas e danos³⁵⁵.

O Tribunal Gaúcho conferiu parcial procedência aos pleitos dos autores, compreendendo “[...] demonstrado que o réu realizou seu trabalho no 1º Grau e deve ser remunerado. Por equidade, deverá o réu ressarcir em metade do valor pago, ou seja, R\$ 1.000,00, ante a falta de contrato escrito e outros elementos de prova³⁵⁶”. O resultado final da lide é justo e adequado. No entanto, o fundamento não são as chances perdidas. As chances até existiram, após a perda de prazo por parte do advogado, mas o que se postulou nos autos foi tão somente a devolução dos valores despendidos a título de honorários contratuais em razão do inadimplemento por parte do advogado. O Tribunal, equivocadamente, fundou a decisão com base teoria da perda de uma chance³⁵⁷, demonstrando sua incompreensão do conceito de chances perdidas.

Outro precedente sobre o qual paira a confusão do conceito de chance é o firmado no bojo da Apelação Cível n. 2010.003133-6³⁵⁸, do

³⁵⁵ WALD, 2013, p. 114.

³⁵⁶ *idem*.

³⁵⁷ Do acórdão se lê: “Produzida prova suficiente para amparar a versão do autor. Conclusão que aponta pela culpa do réu, na modalidade de negligência, pois, interposto recurso de apelação aos dois réus do processo criminal e o do autor foi protocolado fora do prazo legal. Teoria da perda de uma chance”. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

³⁵⁸ SANTA CATARINA, 2010. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. ARTIGO 32 DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE ÍNDOLE CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. A responsabilidade civil do advogado representa o contrapeso à sua independência como profissional liberal. A obrigação, para com o seu mandante, é no sentido de aplicar toda a sua diligência na condução da causa, não se prendendo à obtenção de determinado resultado. O ônus da prova, por ser relação de índole nitidamente contratual, recai sobre os ombros do causídico, ainda mais considerando que o mandante, como leigo, não tem conhecimento jurídico suficiente para sopesar se se houve ele com a diligência suficiente na condução da causa. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CAUSÍDICO QUE NÃO

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No caso, o cliente demandou procurador outrora contratado com fundamento na perda de uma chance diante de uma sucessão de equívocos do advogado, pleiteando, ao final, a indenização pelos danos morais e materiais que lhe foram infligidos. Ao apreciar o apelo, o TJSC reconheceu as falhas processuais cometidas pelo procurador; tudo com fundamento na prova dos autos e nas questões de direito veiculadas na ação. O aresto tece considerações sobre a perda de uma chance, consignando, inclusive, que

[...] o dano não pode representar a perda da pretensão material posta na demanda onde ocorreram a omissão ou os atos deletérios, tal como já se mencionou, porquanto aquela questão jurídica já

APLICOU NA CONDUÇÃO DA CAUSA A DILIGÊNCIA SUFICIENTE PARA BEM DEFENDER SEUS MANDANTES, TENDO INCLUSIVE, PERDIDO PRAZO PARA RECURSO POR NEGLIGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR OS DANOS MATERIAIS, CONSISTENTES DAS DESPESAS, CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DESPENDIDOS NA AÇÃO ONDE OCORREU O DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. Na teoria da perda da chance, o que se indeniza não é o bem da vida perseguido na ação onde ocorreu o descumprimento contratual, pois que não se pode avaliar, no plano da certeza, se aquela ação teria sucesso acaso aplicada toda a diligência do causídico no deslinde da causa. O que se indeniza é precisamente a perda da chance de ver as teses apreciadas pelo Poder Judiciário, é a frustração desta possibilidade. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE QUE A EXPOSIÇÃO EXCESSIVA, PELA EXISTÊNCIA DA AÇÃO, CAUSOU ABALO MORAL AOS APELANTES. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. FATO SOCIAL QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CAUSAR ABALO MORAL. O simples fato de ter que se submeter a uma ação não tem o condão de causar abalo moral, ainda mais quando os apelantes foram condenados na esfera penal e foram demandados para indenizar os prejuízos na esfera civil. Havia, assim, causa jurídica para a exposição, não havendo qualquer dano a ser indenizado. LUCROS CESSANTES. ALEGAÇÃO DE QUE A NEGLIGÊNCIA NA CONDUÇÃO DA CAUSA PELO CAUSÍDICO DETERMINOU ABALO NOS NEGÓCIOS. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA QUANTO AO RESULTADO DA DEMANDA DE INDENIZAÇÃO ACASO NÃO OCORRENTE A FAMIGERADA NEGLIGÊNCIA. ‘No presente caso, embora a atitude do réu tenha prejudicado o autor, não se pode garantir que mesmo com a interposição de recurso dentro do prazo legal, que houvesse garantia de mudança na sentença condenatória, sendo descabido o pedido’ (Apelação Cível n. 2005.001445-1, de São Francisco do Sul Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil)”.

foi definitiva e fatalmente suprimida da apreciação de qualquer tribunal ou julgador³⁵⁹.

E mais. Conclui o julgamento colegiado pela existência do dano advindo da perda de uma chance, advertindo que “[...] no caso em estudo, é a supressão da possibilidade de sucesso, pois, que, se não se o pode afirmar, acaso escorreita a atividade do causídico, também não se pode afastar³⁶⁰”.

Ocorre que, quando da fixação da reparação, nada obstante tenha exposto pertinentes considerações sobre as chances perdidas, o TJSC assim determinou:

Fixada a obrigação de indenizar quero advertir que a indenização não pode representar os valores que os apelantes tiveram que pagar por força daquela condenação no processo de indenização, tal como já bem fundamentado nesta decisão. A indenização deve se prender, no plano dos danos materiais, à reposição dos valores que os apelantes despenderam no aforamento dos recursos (sentido lato) aplicados pelo apelado para melhorar ou reverter a situação jurídica deles. É que não se indeniza o dano direto sofrido com a ação de indenização, o dano advindo da má-conduta profissional. Veja-se a propósito disto: A perda de uma chance não ocorre somente nas hipóteses de perda de prazo de interposição de recurso, sucede, por exemplo, no esquecimento de propor uma ação antes do prazo decadencial ou prescricional, perdendo, então, o cliente a chance de ver a pretensão da ação examinada pelo Poder Judiciário. [...]. No caso dos autos, como indenização suficiente para os apelantes, entendo que deva o apelado devolver a eles todas as eventuais custas e despesas processuais pagas para a ação rescisória, recurso especial e extraordinário, além de todas as eventuais despesas extraprocessuais, tais como despesas com deslocamento ou de estada, ou mesmo qualquer outra que tenha nexo etiológico com os referidos remédios processuais, acrescidos de correção monetária a partir do de-

³⁵⁹ idem.

³⁶⁰ idem.

desembolso e juros legis de mora a partir da citação nesta demanda. Mais que isto, deve devolver aos apelantes o valor de 70% (setenta por cento) dos honorários advocatícios contratuais bem como pagar aos apelantes 70% (setenta por cento) dos honorários sucumbenciais que eventualmente despenderam por força daquela ação, além de 70% (setenta por cento) das custas e despesas processuais naquela ação, ou qualquer outra que tenha nexó etiológico com o referido remédio processual, acrescidos de correção monetária desde o desembolso e juros de mora a partir da citação nesta demanda³⁶¹ (grifamos).

Com fundamento na perda de uma chance, a Corte Catarinense condenou o advogado à restituição de toda e eventual despesa processual que seu cliente despendera quando contratou novo advogado para o aforamento da ação de rescisão, além de todas as despesas extraprocessuais suportadas pelo novo procurador quando da execução de seu ofício. Condenou o advogado faltoso, ainda, ao ressarcimento de 70% (setenta por cento) dos honorários advocatícios contratuais e o mesmo percentual dos honorários sucumbenciais “[...] que eventualmente despenderam por força da ação de indenização, além de 70% (setenta por cento) das custas e despesas processuais naquela ação³⁶²”. Como falamos anteriormente, o resultado final não parece inadequado. No entanto, não representa a reparação de chances perdidas.

A *ratio* do julgado revela-se equivocada, porquanto não se está falando em chances perdidas, mas tão somente em reparação de valores a que deu causa o procurador inadimplente.

Assim como sucede com o precedente oriundo do TJRS, há, aqui, flagrante confusão quanto ao conceito de chance. Primeiro porque, no decorrer do julgado, apenas se constatam as falhas do advogado demandado, sem o necessário cotejo acerca da matéria discutida na lide primária para aferir a seriedade das chances. Em segundo lugar, a confusão fica nítida porquanto fundamenta a condenação nas chances perdidas, mas, a título indenizatório, manda devolver o que a parte despendeu a título de honorários contratuais, mais todas as despesas contraídas para o prosseguimento da ação na qual o advogado incorreu em erro na sua atuação.

³⁶¹ idem.

³⁶² idem.

Fato é que a demanda foi resolvida, essencialmente, pelo inadimplemento contratual e seus efeitos decorrentes, como o ressarcimento dos valores que foram despendidos à execução do contrato, inexistindo chance indenizada³⁶³. Embora no corpo do acórdão se tenha feito considerações corretas acerca da natureza da chance perdida, tanto o advogado da parte ativa, quanto o Tribunal não compreenderam sua natureza.

Como dito, o resultado efetivo não se mostra equivocado. Pelo contrário. No entanto, a devolução das despesas havidas com o advogado faltoso não possui esteio nas chances perdidas, mas no mero inadimplemento contratual em que incorreu. As chances apenas seriam reconhecidas se, em decorrência do inadimplemento contratual, o patrono tivesse privado seu cliente de chances sérias, reais e atuais de êxito na demanda em que atuou, o que, todavia, não foi o caso, mesmo porque não foi examinada a possibilidade de êxito na ação primitiva.

A Apelação Cível n. 1.399.427-1³⁶⁴, do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), é similar. Nesse caso, porém, o Tribunal, acertadamente, não aplicou a teoria da perda de uma chance, ao reconhecer a baixa probabilidade de êxito na ação originária, e, com base tão somente no inadimplemento contratual, determinou a devolução daquilo que se gastou a título de honorários contratuais.

Na hipótese, a cliente havia outorgado poderes para que o advogado atuasse em sua defesa em ação de busca e apreensão onde figurava como ré, o que acabou não ocorrendo pela não apresentação da contestação. Com base na prova dos autos da ação indenizatória ajuizada em face do advogado inadimplente, a relatora do recurso concluiu que a causa de pedir subjacente à busca e apreensão localizava-se na inadim-

³⁶³ Elas até poderiam existir nesses casos, mas ainda que existentes, o que se reparou com fundamento na perda de uma chance foram os prejuízos materiais advindos da contratação do novo advogado e não as chances em si.

³⁶⁴ PARANÁ, 2015a. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS.RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO QUE DEIXOU DE CONTESTAR AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROPOSTA EM FACE DA EMPRESA AUTORA.INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.ÔNUS SUCUMBENCIAL. READEQUAÇÃO ENTRE AS PARTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA READEQUAR O ÔNUS SUCUMBENCIAL ENTRE AS PARTES”.

plência da própria ré em relação a aditivo contratual por ela celebrado com o autor, de modo que, sendo certo que nenhuma das parcelas do aditivo havia sido quitada, as chances de êxito da peça defensiva, caso houvesse sido apresentada, eram, de efeito, muito baixas.

Percebe-se, aqui, que o TJPR procedeu à apropriada análise da seriedade das chances, afastando a procedência dos pedidos formulados pela cliente contra o causídico faltoso diante da constatação que o sucesso na ação originária era muito pouco provável ante o inadimplemento do cliente devedora, assim sedimentando que “de acordo com os elementos probatórios do feito, observa-se que a pretensão da Apelante, de fato, não encontra guarida na teoria da perda de uma chance”³⁶⁵.

Feita essa análise, o Tribunal Paranaense dirimiu corretamente a questão, ao determinar a devolução do que fora pago a título de honorários contratuais em razão do inadimplemento contratual do advogado, e reconhecendo a inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance. O resultado efetivo do julgado é similar ao resultado dos outros precedentes aqui relacionados. Porém, de forma correta, a fundamentação da devolução dos valores gastos com o estabelecimento do mandato dá-se na resolução do pacto por conta do inadimplemento de um dos contratantes, no caso o advogado, e não nas chances perdidas, porque, como dito, não há chance alguma a ser indenizada, pois aferida sua falta de seriedade.

Com efeito, até poderia existir alguma chance a ser indenizada, mas, como demonstrado, nos dois primeiros julgados sequer se fez uma análise da possibilidade de sucesso do recurso manifestamente intempestivo. No último, entretanto, esse exame, necessário à verificação da seriedade das chances, foi realizado, mas, ao se constatar a pouca probabilidade de êxito, a teoria da perda de uma chance foi corretamente afastada, determinando-se a devolução dos valores dispendidos a título de honorários advocatícios diante do reconhecimento do inadimplemento contratual do advogado.

2.7.1.1.6. Exigência de demonstração do resultado final do processo aleatório interrompido para a reparação do dano material com fundamento na perda de uma chance, havendo o reconhecimento do dano moral a título de chances perdidas

Outro equívoco encontrado nos julgados analisados diz respeito à exigência de comprovação do resultado final do processo aleatório inter-

³⁶⁵ idem.

rompido para o reconhecimento da indenização pela perda de uma chance com relação aos danos materiais.

Para o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 0134739-52.2010.8.26.0100³⁶⁶, à reparação das chances perdidas foi exigida a comprovação do resultado final, concluindo pela improcedência do dano material por compreender “inexistente direito líquido e certo, havendo apenas mera expectativa de direito, de modo que a indenização ficará restrita à esfera extrapatrimonial, ante a frustração decorrente da denominada ‘perda de uma chance’”³⁶⁷.

Naquele caso concreto, foi reconhecida a desídia do advogado em razão da não oposição de embargos de declaração após a prolação da sentença, pois havia notória contradição na decisão proferida na reclamatória trabalhista. Não houve, porém, análise efetiva sobre se a oposição dos embargos traria chances sérias e reais de modificação do julgado, em face da conclusão, citada anteriormente, de que haveria apenas expectativa de direito.

Nada obstante a falta de análise da seriedade das chances, e a conclusão de que, com relação ao dano material, haveria mera expectativa do direito, concluiu-se que os danos advindos da perda de uma chance eram restritos à ordem dos prejuízos extrapatrimoniais, consignando, ainda, que, “[...] no caso concreto, o reconhecimento da existência de dano moral dispensa prova”³⁶⁸.

³⁶⁶ SÃO PAULO, 2015c. Ementa: “Mandato. Responsabilidade civil. Falhas na prestação de serviços advocatícios. Perda de uma chance. Ação de indenização por danos materiais e morais. Legitimidade passiva. Ação fundada em relação jurídica de mandato. Os advogados constantes da procuração outorgada pelo autor são partes legítimas para responder demanda fundada na relação jurídica de mandato. Prescrição. Inocorrência. O termo inicial do prazo prescricional para a pretensão fundada na perda de uma chance é a data em que o ex-cliente tomou conhecimento de que o resultado desfavorável na reclamação trabalhista em que atuaram os advogados é definitivo. Dano material. Improcede o pleito de ressarcimento pelo alegado dano patrimonial, porquanto ausente direito líquido e certo ao valor reclamado no processo trabalhista. Dano moral. A desídia dos advogados na defesa dos interesses de seu cliente faz eclodir a responsabilidade indenizatória daqueles pelos danos morais por este experimentados, ante a frustração decorrente da denominada “perda de uma chance”. Valor indenizatório arbitrado em harmonia com os critérios de balizamento usuais. Recursos não providos”.

³⁶⁷ idem.

³⁶⁸ idem.

No mesmo sentido foi a conclusão do aresto veiculado na Apelação Cível n. 0005283-63.2012.8.26.0008³⁶⁹, o qual registrou que “[...] improcede o pedido reparatório atinente aos alegados danos materiais, eis que a pretensão cuja apreciação foi tolhida da demandante não se constituía direito líquido e certo desta, representando apenas mera expectativa de direito³⁷⁰”, daí inferindo a possibilidade de reparação apenas com relação ao dano moral:

[...] improcede o pedido reparatório atinente aos alegados danos materiais, [...] de modo que a indenização ficará restrita à esfera imaterial, ante a frustração decorrente da denominada ‘perda de uma chance’, sentimento que acarreta verdadeiro abalo moral passível de reparação³⁷¹.

Ressalta-se que, no corpo do acórdão, apenas ficou reconhecida a falha contratual do advogado, inexistindo exame acerca da plausibilidade de êxito da demanda anterior, cuja petição inicial foi indeferida em razão do não pagamento das custas iniciais³⁷².

Semelhante situação ocorreu, ainda, na hipótese subjacente à Apelação Cível n. 3001413-07.2013.8.26.0595³⁷³, pois foi reconhecida

³⁶⁹ SÃO PAULO, 2015d. Do corpo do acórdão se extrai o seguinte excerto: “Todavia, como bem consignou a i. Magistrada sentenciante, improcede o pedido reparatório atinente aos alegados dano materiais, eis que a pretensão cuja apreciação pelo Poder Judiciário foi tolhida da demandante não se constituía direito líquido e certo desta, representando apenas mera expectativa de direito, de modo que a indenização ficará restrita à esfera imaterial, ante a frustração decorrente da denominada ‘perda de uma chance’, sentimento que acarreta verdadeiro abalo moral passível de reparação”.

³⁷⁰ idem.

³⁷¹ idem.

³⁷² Observa-se que o indeferimento da petição inicial permite à parte o novo ajuizamento da ação para persecução do direito almejado. Nesse caso, todavia, em razão da demora do advogado inadimplente para o novo ajuizamento da ação operou-se a prescrição.

³⁷³ SÃO PAULO, 2015e. Do voto se extrai: “Todavia, o pedido reparatório não pode ser acolhido nos termos pretendidos, porquanto inexistente direito líquido e certo ao recebimento das quantias cobradas nas ações judiciais, havendo apenas mera expectativa de direito, de modo que a indenização efetivamente devida deve ser arbitrada considerando-se a frustração decorrente da denominada ‘perda de uma chance’”.

a desídia do advogado, e afastada a reparação do dano material pela perda de uma chance:

[...] porquanto inexistente direito líquido e certo ao recebimento das quantias cobradas nas ações judiciais, havendo apenas mera expectativa de direito, de modo que a indenização efetivamente devida deve ser arbitrada considerando-se a frustração decorrente da denominada ‘perda de uma chance. [...]’. No caso concreto, o reconhecimento da existência de dano moral dispensa prova³⁷⁴.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte enfrentou caso semelhante. Quando do julgamento da Apelação Cível n. 2014.016108-8³⁷⁵, o TJRN exigiu a comprovação do resultado final, asseverando que “[...] para a condenação em danos materiais seria necessária a efetiva comprovação dos prejuízos, com a veracidade e certeza de êxito da demanda laboral demonstrada nos autos³⁷⁶”.

Os precedentes demonstram, uma vez mais, a incompreensão do conceito de chance, porque rechaçam a possibilidade de reparação material em razão da perda de uma chance sob a justificativa de que não se haveria demonstrado a vantagem final pretendida pelo cliente ao final

³⁷⁴ *idem*.

³⁷⁵ RIO GRANDE DO NORTE, 2015. Ementa: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. DESÍDIA. NÃO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA TEMPORARIAMENTE. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBANTES QUANTO À VERACIDADE E CERTEZA DE ÊXITO DA DEMANDA E DA EXTENSÃO DO PREJUÍZO MATERIAL. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. ATIVIDADE PRESTADA PELO RÉU QUE SE CARACTERIZOU PELA OMISSÃO DE CERTAS PRECAUÇÕES, REVELANDO A NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DO *MÚNUS QUANTUM* INDENIZATÓRIO REFERENTE AOS DANOS MORAIS QUE NÃO OBSERVOU OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO. CONHECIMENTO DOS APELOS E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO AUTOR E DESPROVIMENTO DO APELO DA PARTE RÉ”.

³⁷⁶ *idem*. Válido ressaltar que em que pese tenha proferido esse entendimento, o acórdão concluiu pela existência de danos morais com fundamento na perda de uma chance e a quantificação ocorreu de forma equivocada, pois não levou em consideração o proveito econômico perseguido no processo de origem para sua estipulação.

do processo do aleatório. A exigência, todavia, não é pertinente se estamos tratando de indenização por motivo da perda de uma chance. Se se conseguisse demonstrar o resultado final do processo aleatório, ou seja, a vantagem esperada, não haveria a reparação das chances: haveria a reparação da vantagem final, aquela esperada ao final do processo aleatório interrompido pela conduta (omissiva ou comissiva) do advogado inadimplente. Para a responsabilização do advogado com fundamento na teoria da perda de uma chance, o que deve ficar demonstrado é a certeza das chances, através de uma análise de sua seriedade, e não a certeza do resultado final do processo.

Comprovada a seriedade e a realidade das chances, será possível a reparação do lesado, nesses casos o cliente, a título de danos materiais ou morais. A natureza do prejuízo depende, de sua vez, do interesse do cliente discutido na ação judicial. Conforme explicitado na primeira parte desta dissertação, nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance há a certeza absoluta da interrupção do processo aleatório, de modo que a chance perdida passa a ser um dano tão certo quanto a vantagem esperada. O que deve ser feito, portanto, é examinar se as chances eram revestidas de seriedade suficiente à caracterização do dano.

E a probabilidade de existência do dano não se restringe à seara extrapatrimonial. A seriedade da chance enseja o reconhecimento tanto do dano moral quanto do dano material, a depender somente da natureza do pedido no caso concreto³⁷⁷, como bem explicamos na Seção 1.4.4 da primeira etapa deste trabalho.

Apenas para exemplificar a questão da existência da reparação pela perda de uma chance a título de dano material, pensemos no caso de uma ação de cobrança em que o juiz de primeiro grau entendeu pela parcial procedência dos pedidos, compreendendo que a pretensão de parte da quantia cobrada, embora satisfatoriamente comprovada, já se encontrava prescrita. O entendimento, todavia, não era unânime na jurisprudência, mas o procurador não interpôs recurso. Em futuro processo de reparação movido pelo cliente prejudicado contra o advogado faltoso, a seriedade da chance perdida pelo inadimplemento do causídico poderia, então, ser demonstrada mediante a apresentação do farto escólio jurisprudencial sobre o tema nas câmaras do Tribunal para o qual se dirigiria o recurso de apelação. Se a probabilidade de êxito do apelo era altíssima, por que não reconhecer os danos materiais na proporção das chances de o cliente sagrar-se vencedor no recurso não interposto?

³⁷⁷ CARNAÚBA, 2013, p. 170.

A exigência da certeza da vantagem final esperada pelo lesado ao final do processo aleatório deixa clara a incompreensão da teoria por parte dos Tribunais nos casos aqui relacionados, uma vez que, para a reparação com fundamento na teoria da perda de uma chance, o que deve ficar comprovado é a certeza das chances em si, e não a vantagem esperada. Além de não reconhecerem o dano material, com fundamento na ausência de comprovação da vantagem esperada ao final do processo aleatório, visualiza-se o equívoco dos precedentes também quando concluem, com fundamento na teoria da perda de uma chance, que o inadimplemento contratual do advogado é capaz de gerar tão somente o dano moral e que este prescindiria de prova.

Nos julgados analisados nesta seção, as pretensões esposadas pelos clientes lesados possuíam natureza exclusivamente patrimonial³⁷⁸. Nas ações indenizatórias ajuizadas em face dos advogados inadimplentes, como demonstramos, o dano material não foi provido, persistindo somente a condenação do dano moral com fundamento na perda de uma chance. Os arestos equivocam-se, porém, porque o interesse primitivo do cliente, aquele na ação interrompida pela falha do causídico, tinha natureza estritamente material, de modo que, se fosse realmente reconhecida a seriedade da chance perdida, seu valor deveria representar um percentual probabilístico do êxito na ação originária.

De mais a mais, em todas essas situações, era necessário, para que ficasse reconhecido o dano moral suportado pelo cliente, além da constatação sobre a seriedade das chances, que a parte prejudicada elaborasse prova de que o descumprimento dos deveres do mandato, por parte do advogado, foi capaz de causar-lhe grave angústia, ocasionando-lhe o abalo anímico cuja reparação foi pretendida, ainda que a prova não seja, evidentemente, de fácil confecção.

Veja-se que, nesses três casos, ao não se analisar a seriedade das chances e se rechaçar o reconhecimento do dano material, exigindo-se a comprovação do resultado final do processo aleatório, o acolhimento do pedido atinente ao dano moral ocorreu tão somente em razão da falha do advogado, sem qualquer estudo se a falha do advogado teria, de fato, possibilidade de causar prejuízo ao cliente. O inadimplemento do contrato pelo advogado pode ensejar o desdobramento da resolução do pacto, liquidando-se as perdas e danos. Contudo, aludido descumprimento

³⁷⁸ No primeiro caso o cliente buscava ressarcimento de verbas trabalhistas, no segundo caso buscava ressarcimento referente aos expurgos inflacionários, no terceiro caso, buscava-se cobrança de mensalidades de alunos inadimplentes e, no último caso, também se tratava de ressarcimento de verbas trabalhistas.

não gerará de forma automática o dano moral com fundamento na perda de uma chance, mormente quando não se realizou uma análise acerca da seriedade das chances no caso concreto.

Novamente, não se nega a possibilidade de ser reconhecido o dano moral em razão da perda de uma chance. Todavia, para que o dever de indenizar do advogado seja admitido com fundamento nas chances perdidas, deve, obrigatoriamente, restar demonstrada a sua seriedade; ou seja, a elas precisa ser conferida seriedade suficiente capaz de caracterizar o dano oriundo da interrupção do processo aleatório, e este dano pode ser de ordem moral ou material.

Existe, também, a possibilidade excepcionalíssima de ser reconhecido o dano moral tão somente em razão do inadimplemento do contrato, não havendo qualquer vinculação com a perda de chances. Nos casos examinados nesta Seção, os Tribunais relacionados julgaram improcedentes os pleitos pelos danos materiais, mas condenaram os causídicos a indenizar o dano moral com fundamento na teoria da perda de uma chance. Entretanto, como não houve análise acerca da seriedade das chances envolvidas naquelas hipóteses, a compreensão de que as chances poderiam apenas exprimir prejuízo de ordem moral revela-se equivocada, consoante explanamos na Seção 1.4.4.

Forçoso destacar que, no que diz respeito ao inadimplemento contratual, a jurisprudência é assente no sentido de que

O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo³⁷⁹.

³⁷⁹ BRASIL, 2008. Ementa: “AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS. 1. O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível. 2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido”.

É dizer, em outras palavras, que não basta a demonstração da culpa do profissional, mas deve-se, também, demonstrar o abalo moral sofrido, o que, em todos os três casos mencionados, não ocorreu.

Em síntese, para os julgados acima, a reparação a título de danos materiais pela perda de uma chance não seria possível em razão da falta de comprovação da vantagem esperada no processo aleatório original, o que, todavia, se revela equivocado, já que se precisa provar a certeza da interrupção do processo aleatório e a seriedade das chances. Não houve qualquer análise das provas dos autos e do entendimento jurisprudencial sobre o tema ventilado para um cotejo no intuito de aferir-se a seriedade das chances, reconhecendo-se apenas a falha do advogado. A identificação do inadimplemento contratual, sem a análise minuciosa da seriedade das chances, prestou-se apenas à improcedência do dano material, porque, com base na teoria da perda de uma chance, os advogados, ainda assim, foram condenados à reparação moral de seus ex-clientes, revelando-se, uma vez mais, a segunda impropriedade do raciocínio empreendido nos precedentes.

Este, aliás, foi o entendimento apontado, de forma correta, na Apelação Cível n. 70067766394³⁸⁰, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tinha como objeto a indenização por dano moral com fundamento na teoria da perda de uma chance em razão de inadimplemento contratual de advogado. Concluiu a Corte Gaúcha, na ocasião, que

[...] eventual desídia da advogada poderia justificar a devolução dos honorários advocatícios contratuais (fls. 182-183). Ou a responsabilização administrativa da causídica, não servindo para justificar a indenização deduzida neste feito, à luz da peculiaridade do caso concreto³⁸¹.

Por fim, ainda que não concordemos com a conclusão dos julgados, pois demonstram incompreensão da teoria da perda de uma chance

³⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL, 2016a. Ementa: “MANDATOS. ADOGADO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. NÃO CONSTATADA LESÃO À HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ, NEGANDO-O AO DA PARTE AUTORA. UNÂNIME”.

³⁸¹ *idem*. Esse processo está alocado no grupo 2.5, porquanto afasta a teoria de forma correta, com base na prova dos autos. Trouxe ele para esta seção porque faz a ressalva que ora defendemos.

ao compreenderem que a tese valeria somente para conceder ao lesado reparação de ordem moral, válido apontar que o arbitramento do *quantum* indenizatório a título de danos morais, em todos os casos desta Seção, ocorreu igualmente de forma equivocada³⁸². Levaram-se em consideração os princípios da proporcionalidade de razoabilidade, não sendo estabelecido paralelo com o benefício econômico perseguido pelo cliente nas ações para os quais os advogados foram contratados e no curso das quais cometeram equívoco.

Como dito na Seção 1.3.3, o ponto de partida para a quantificação da indenização das chances perdidas é a vantagem esperada, a qual, nos casos ora analisados, corresponde à pretensão perseguida pelo cliente na ação em que o advogado incorreu em falha, pois é sobre esse montante que se aplicará o coeficiente redutor com a intenção de se obter o valor equivalente ao percentual das chances de êxito que o lesado, no caso o cliente, conseguiria se o processo continuasse até o final³⁸³. Em nenhum desses julgados, porém, fez-se qualquer referência a essa realidade, o que muito provavelmente ocorreu, justamente, em razão da incompreensão da natureza jurídica das chances perdidas por parte dos magistrados que atribuíram a elas um caráter unicamente extrapatrimonial. No corpo dos acórdãos, não restou nem sequer consignado o valor perseguido nas ações originais, de modo que as indenizações a título de dano moral pela perda de uma chance foram arbitradas exclusivamente com base nos princípios balizadores da reparação moral.

Se não houver relação com o proveito econômico do resultado final esperado no processo aleatório, a indenização a título de danos morais será arbitrada em desconformidade com os preceitos da teoria da perda de uma chance, correndo-se o risco de haver enriquecimento ilícito do cliente. Se a vantagem esperada não for utilizada como parâmetro balizador da quantificação das chances perdidas, haverá hipóteses em

³⁸² O reconhecimento de que as chances perdidas apenas gerariam danos morais já se revela equivocado, porque demonstra a incompreensão acerca da natureza jurídica das chances perdidas por parte dos magistrados. No entanto, complementamos os comentários desta seção analisando a quantificação da indenização a que o advogado foi condenado, com a ressalva de que nesses casos, o reconhecimento do dano moral, por si só, já é o suficiente para se observar a incompreensão do conceito de chances. Assim, as observações referentes ao *quantum* indenizatório fazemos apenas para ressaltar a necessidade de observação dos requisitos da teoria da perda de uma chance e o segundo equívoco por parte dos magistrados.

³⁸³ HIGA, *op. cit.*, p. 135.

que será mais vantajoso ao cliente que o advogado preste um serviço defeituoso, já que conseguirá recuperar quantia ainda maior do que aquela que perseguiu na ação em que houve o inadimplemento contratual.

Convém lembrar, ainda, que, para o caso de inadimplemento contratual, como a execução do contrato possivelmente não interessa mais ao cliente, poderá ele pedir “[...] o ressarcimento, isto é, a indenização pelas perdas e danos decorrentes do não-cumprimento”^{384,385}. Com efeito, se não comprovados, de um lado, o abalo anímico e, de outro, que eram sérias e reais as chances de sucesso na demanda malsucedida pela falha em que incorreu o profissional liberal, não há que falar em responsabilidade pela perda de uma chance, inexistindo reparação a título de dano moral ou material.

2.7.1.1.7. Chances perdidas utilizadas como sanção pelo inadimplemento contratual através da condenação por dano moral. Reconhecimento expresso de que as chances não eram sérias e reais

Os casos desta seção muito se assemelham aos da anterior. Diferenciam-se, porém, porque neles o Tribunal procedeu à análise de seriedade e realidade das chances e concluiu que elas não estavam presentes, afastando, por isso, a indenização a título de dano material³⁸⁶. No entanto, em que pese o reconhecimento expresso da falta de seriedade das chances, o advogado é condenado ao pagamento de reparação por dano moral com fundamento na teoria da perda de uma chance.

Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná na oportunidade do julgamento da Apelação Cível n. 1.258.371-6³⁸⁷. No

³⁸⁴ RIZZARDO, 2008, p. 267.

³⁸⁵ Ressalta-se que as chances perdidas entram no conceito de perdas e danos quando devidamente identificada sua seriedade para fins de reparação. Nesses casos, porém, sequer se fez uma análise da prova dos autos e do entendimento jurisprudencial para se aferir a seriedade das chances perdidas.

³⁸⁶ Na seção anterior houve o afastamento de plano dos danos materiais pela perda de uma chance com fundamento de que as chances seriam meras expectativas de direito, sem, contudo, ter-se realizado uma análise adequada da seriedade das chances.

³⁸⁷ PARANÁ, 2015b. Ementa: “AÇÃO COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DA-NOS. ADVOGADO. RESPONSABILIDADE CIVIL MEDIANTE CULPA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 14, §4º E ART. 32, CDC E 186 DO CC. OBRI-GAÇÃO DE MEIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA

caso, o advogado havia sido contratado para atuar em ação previdenciária na Justiça Federal com o intuito de obter a concessão de benefício por morte. Na origem, o resultado havia sido de procedência dos pedidos, mas, interposto recurso, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região (TRF-4) reverteu o entendimento, julgando improcedentes os pedidos iniciais. O procurador, então, manejou recurso extraordinário, o qual, todavia, não foi conhecido em face da ausência de indicação da existência de repercussão geral³⁸⁸, o que, na ação reparatoria posterior, caracterizou, para o TJPR, a negligência do profissional contratado e, assim, o seu dever de indenizar.

No corpo do acórdão, ao analisar a matéria ventilada nos autos da ação previdenciária, o relator consignou:

Veja-se que diante destas ponderações, a probabilidade de sucesso no REXTR era muito pequena, pois no julgado do recurso de apelação civil o e. Relator acrescenta a jurisprudência do STF o

CHANCE. RECURSO EXTRA-ORDINÁRIO QUE TEVE O SEGMENTO NEGA-DO POR AUSÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL. INCERTEZA QUANTO AO RESULTADO DO JULGAMENTO UMA VEZ QUE O ACORDÃO QUE DESAFIA REXTR QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PE-DIDO DE PENSÃO POR MORTE DO CONJUGE VARÃO EM RAZÃO DA APLICABILIDADE DO DIREITO INTERTEMPORAL É QUESTÃO QUE NÃO HAVIA SIDO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STF. DANO MATERIAL. NÃO CABIMEN-TO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUAN-TUM. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO CIVIL DO AUTOR MARCO CESAR VANELLI CONHECIDA E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO DOS RÉUS CLAU-DINEY DOS SANTOS E OUTROS CONHECIDA E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDA”.

³⁸⁸ Os recursos extraordinários para serem admitidos pelo Supremo Tribunal Federal exigem a existência e comprovação da repercussão geral, previsto no art. 543-A, § 1º do Código de Processo Civil. Nas palavras de Bruno Dantas a repercussão geral se caracteriza como “[...] pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico” (DANTAS, 2008, p. 246-247).

qual aplicando o direito intertemporal afasta o direito do varão à percepção do benefício previdenciário para casos de óbito da trabalhadora urbana posterior à Constituição Federal e anterior à Lei 8.213/91, em observância à Lei anterior, não se aplicando a legislação posterior ainda que mais benéfica que no interregno o que deve ser considerado no arbitramento do valor do dano moral.

[...] levando-se em consideração tão somente, a perda da chance quanto a ser analisado o mérito da ação, entendo que a indenização arbitrada deve ser majorada, com a ressalva que havia pequenas chances da ação de pensão por morte ser julgada procedente no âmbito do STF³⁸⁹. (grifamos)

Foi expressamente reconhecida a pouquíssima plausibilidade do recurso extraordinário não conhecido por ausência de apontamento da repercussão geral, porquanto havia entendimento proferido pela Suprema Corte em sentido contrário ao defendido no apelo extraordinário, de modo que, ainda que a falta na elaboração da peça não houvesse ocorrido, suas chances de êxito eram mínimas. No entanto, pelo simples fato de não ter sido conhecido, o TJPR entendeu que caberia indenização por dano moral a título de reparação das chances perdidas.

O entendimento revela um completo contrassenso. Demonstrado nos autos que não havia seriedade/realidade das chances, não há que se falar em reparação pela perda de uma chance, ainda que se reconheça a negligência do causídico³⁹⁰. Nesse caso em especial, a gravidade do equívoco é ainda maior, pois a indenização foi arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor exorbitante quando se reconhece expressamente a pouca probabilidade de chance de êxito do recurso não conhecido.

A conclusão desse julgado parece filiar-se à corrente minoritária francesa de que deve ser concedida indenização pela perda de uma chance ao cliente porque “[...] nenhuma ação acção judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um

³⁸⁹ PARANÁ, 2015b.

³⁹⁰ Como falamos anteriormente, a única possibilidade de reconhecimento de algum dano moral seria o cliente provar que o simples inadimplemento contratual por parte do advogado gerou para si uma angústia incompreensível, a ponto de lhe atingir a honra, o que não ocorreu nos autos.

fator de pressão sobre a contraparte³⁹¹”, corrente esta que rechaçamos no presente trabalho.

Perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), também foram encontrados precedentes que se encaixam nesse grupo. O advogado fora contratado para defender seu cliente em reclamação trabalhista. Houve condenação na justiça especializada, mas o procurador deixou de interpor recurso naquele processo. O cliente insatisfeito então demandou o ex-advogado, pleiteando a reparação pela perda de uma chance, o que foi equacionado pelo julgamento da Apelação Cível n. 0469647-29.2011.8.19.0001³⁹².

Ao julgar o caso concreto, o relator afastou a possibilidade de reparação dos danos patrimoniais, ao concluir que não se poderia “[...] aferir de forma segura, que o recurso, que deveria ter sido interposto e não foi, afastaria, por completo, ou mesmo diminuiria a condenação trabalhista imposta à autora”³⁹³, arrematando, ainda, que não se revelava “[...] cabível qualquer ressarcimento no plano dos, assim chamados pela autora, danos materiais, eis que não é possível configurar se e em quanto, seria favorável à autora o recurso que deixou de ser interposto”³⁹⁴.

O julgamento, no entanto, condenou o procurador ao pagamento de danos morais, aduzindo que “[...]estes restam provados como consequência *in re ipsa* da perda da chance, devendo ser aquilutados dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade apontados como norteadores pela jurisprudência”³⁹⁵.

Três graves equívocos num só julgado: o primeiro se evidencia no fato de que foi afastada a possibilidade de reparação pelo dano material porque reconhecida a reduzida chance de êxito, o que deveria redundar no afastamento, por igual, da reparação moral. Como dito, não se podem exigir requisitos diferenciados para o dano moral e o dano mate-

³⁹¹ FERREIRA, 2011, p. 116. Também tratam dessa questão Rafael Peteffi da Silva e Sérgio Novais Dias nas obras citadas nesse trabalho.

³⁹² RIO DE JANEIRO, 2013a. Ementa: “Apelação cível. Ação indenizatória de pessoa jurídica em face de advogados. Falta de interposição de recurso à sentença de condenação trabalhista. Quebra dos deveres de boa-fé, lealdade, cooperação e cuidado, ínsitos ao serviço prestado pelos advogados, na forma dos arts. 667 CC/02, 422 CC/02 e EOAB. Responsabilidade civil subjetiva. Perda de uma chance. Danos materiais não indenizáveis. Danos morais presentes. Sentença modificada parcialmente. Recurso provido em parte”.

³⁹³ idem.

³⁹⁴ idem.

³⁹⁵ idem.

rial. O segundo reside na circunstância de que não há que se falar em dano moral *in re ipsa* com fundamento na teoria da perda de uma chance. Inexiste essa possibilidade dentro de seus conceitos teóricos. Como bem explicitado na Seção 1.3.2, tanto a reparação moral, quanto a reparação material pela perda de uma chance exigem a comprovação de que as chances eram sérias e reais, inexistindo essa presunção para fins de reconhecimento do dano moral, nos moldes dos danos morais *in re ipsa* reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. O terceiro equívoco se apresenta no que diz respeito à quantificação³⁹⁶.

Nesses casos, o dano moral não poderia ter-se justificado na perda de uma chance justamente porque o julgador concluiu que as chances não eram sérias, inviabilizando a reparação do pleito a título de danos materiais. Com base nesse raciocínio, o dano moral com fulcro na perda de uma chance deveria também ser rechaçado, como falamos anteriormente, visualizando-se a impropriedade dos julgados.

O problema persiste com relação à quantificação do montante reparatório de abalo anímico. Abstraindo-se o fato de que, nas hipóteses discutidas nesta Seção, ao se reconhecer a pouca seriedade das chances perdidas, a condenação à reparação do dano moral se mostra impossível, o eventual reconhecimento da seriedade das chances não conduz ao arbitramento da reparação com base nos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, mas, sim, deve ser realizado com base na vantagem esperada ao final do processo aleatório – no caso, o processo trabalhista em cujo processamento incorreu em erro o advogado –, aferindo-se a estatística das chances, tomando o valor da vantagem esperada como referência. No mesmo sentido, o Tribunal Fluminense ainda resolveu as Apelações Cíveis n. 0079849-96.2012.8.19.0001³⁹⁷ e n. 0159905-53.2011.8.19.0001³⁹⁸.

³⁹⁶ O dano moral foi equivocadamente reconhecido nesse caso. Todavia, uma vez conhecido, faremos a análise da quantificação para identificar esse outro problema de compreensão por parte do julgador.

³⁹⁷ RIO DE JANEIRO, 2014a. Ementa: “Apelações cíveis. Ação indenizatória em face de advogado. Advogado que aguardando a realização de audiência trabalhista não ouve o pregão. Revelia do autor, réu na ação trabalhista, que é decretada e decorre da ausência da audiência e da falta de apresentação da defesa. Profissional que não presta serviços adequados. Obrigação de meio da advocacia que malgrado afaste a obrigação de ganhar a lide, impõe ao causídico dever de exercer seu múnus com técnica e precisão adequadas. Ausência de prova de ter o réu minimizado ou revertido a falha que levou à procedência do pedido na ação trabalhista em desfavor do autor. Depoimentos testemunhais que

Como trabalhamos em seções anteriores, a única reparação moral possível nessas hipóteses, porque reconhecida expressamente a falta de seriedade das chances, seria aquela decorrente do inadimplemento contratual, desde que o cliente demonstrasse que a falta do advogado foi

corroboram a versão do autor. Quebra dos deveres de lealdade, cooperação e cuidado, ínsitos ao serviço prestado pelos advogados na forma do art. 32 da Lei 8.906/94 E/OAB. Responsabilidade civil subjetiva. Perda de uma chance. Danos materiais decorrentes da procedência da ação trabalhista não indenizáveis. Ausência de prova de que a apresentação de defesa geraria resultado diverso. Danos morais indenizáveis. Valor fixado dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que se mantém. Desprovisionamento dos recursos”. Da fundamentação do acórdão se extrai: “Portanto não é cabível qualquer ressarcimento no plano dos, assim chamados pelo autor, danos materiais, eis que não é possível configurar se, e em quanto, seria favorável ao autor a defesa que deixou de ser apresentada. Da mesma forma, não há prova nos autos de que o autor tenha efetivamente pago ao réu os honorários advocatícios no valor de R\$ 1.395,00, dos quais requer a restituição. No entanto, no que pertine aos danos morais, estes restaram provados como consequência *in re ipsa* da perda da chance, tendo sido fixados dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade apontados como norteadores pela jurisprudência”.

³⁹⁸ RIO DE JANEIRO, 2015a. Do corpo do acórdão se infere: “No caso presente, a parte ré admite que os advogados de seu corpo jurídico receberam a documentação pertinente da autora para a propositura da ação, que foi feita a des- tempo, sendo que um dos advogados é o coordenador jurídico do sindicato. [...] Desta feita, evidente a falha na prestação do serviço, a ensejar, portanto, o seu dever de indenizar, que, limita-se à esfera extrapatrimonial como será visto a seguir, diante da violação ao dever anexo da boa-fé objetiva, sendo certo que as expectativas razoavelmente criadas no momento da contratação devem ser protegidas. [...] Neste ponto, não se pode presumir que a ação trabalhista seria procedente e conferir à autora todos direitos que deveriam ter sido pleiteados. Portanto, há apenas o dano moral, pois a falha do advogado é causa de sofrimento para o cliente, que nele confiou e que sofre baixa de autoestima ao ver frustrada sua possibilidade de pleitear o direito que entendia ter. E, por negligência, frustrou a possibilidade que tinha sido oferecido contratualmente a seu cliente. [...] Como visto, restou configurado, de modo inegável, o dano moral aqui reclamado pela parte autora, que devido à conduta do advogado do sindicato perdeu a chance de ter uma possibilidade de sucesso na sua demanda, o que culminou no reconhecimento da prescrição da pretensão autoral na reclamação trabalhista. [...] Dessa forma, considerando as peculiaridades do caso concreto - notadamente a extensão do dano - tem-se que a verba indenizatória foi corretamente fixada (R\$ 12.000,00), de modo que refletiu os parâmetros de razoabilidade proporcionalidade reclamados à espécie”.

capaz de atingir-lhe a honra, o que não se confunde com a reparação das chances perdidas.

Os casos aqui relacionados incorrem em equívocos que nos fazem concluir a incompreensão da teoria da perda de uma chance pelos operadores jurídicos. Ao se reconhecer falta de seriedade das chances, deve-se afastar a indenização com fundamento na teoria, porque não preenchidos o requisito de seriedade. E o afastamento serve tanto para os danos de ordem material e ordem moral, inexistindo fundamento à conclusão de que, nada obstante o reconhecimento da pouca possibilidade de êxito, reconhece-se, ainda assim, o dano moral advindo da perda de uma chance. Repete-se: reconhecida a falta de seriedade das chances, improcede qualquer reparação a título de perda de uma chance.

Além da inexplicável exigência de requisitos diferentes para o dano moral e para o dano material pela perda de uma chance, conforme já destacamos, a conclusão exarada nos precedentes expostos acima implica reconhecer que o descumprimento do dever contratual por parte do advogado, por si só, é capaz de gerar ao cliente dano moral, utilizando-se a teoria da perda de uma chance como fundamento da condenação.

Ao reconhecerem a falta de seriedade das chances perdidas e afastarem a incidência da teoria no que toca à reparação material, os julgados consignaram reconhecer o dano moral com fundamento na perda de uma chance em razão da comprovação do inadimplemento contratual do advogado, concluindo-se daí que o inadimplemento contratual por si só pode gerar dano moral ao cliente em razão das chances perdidas.

Conclui-se, portanto, que as situações ora analisadas não poderiam ter sido resolvidas com fundamento na teoria da perda de uma chance. Evidenciada a falta de seriedade das chances, inexistente possibilidade de reparação com fundamento na teoria, seja a que título for. Seria possível, todavia, caso assim fosse desenvolvido na petição inicial, resolver o contrato através da equalização das perdas e danos, devolvendo-se, por exemplo, os valores suportados a título de honorários contratuais e as eventuais despesas que foram necessárias à execução do contrato. Em que pese a pouca chance de sucesso da demanda que o patrono incorreu em erro, houve, de fato, o inadimplemento contratual passível de fazer as partes retornarem ao *status quo ante*, com o devido equacionamento da avença nos termos do Código Civil. O tópico a seguir cuida exatamente dessa possibilidade.

2.7.1.1.8. Refutação da teoria da perda de uma chance pela baixa chance de êxito e reconhecimento do dano moral pelo inadimplemento contratual

Os três precedentes desta Seção são muito similares aos das duas últimas. Diferenciam-se, no entanto, com relação à fundamentação do dano moral. Na Apelação Cível n. 1.0024.12.0297862-0/001³⁹⁹, oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na de n. 0324094-48.2011.8.19.0001⁴⁰⁰, da Corte do Rio de Janeiro e na de n. 0130470-96.2012.8.026.0100⁴⁰¹, do Tribunal de São Paulo, houve a refutação da

³⁹⁹ MINAS GERAIS, 2014c. Ementa: “APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL, MORAL E POR PERDA DE UMA CHANCE - NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO JUNTO À OAB POR PROFISSIONAL DE ADVOCACIA - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR DA CONDENAÇÃO - PARÂMETROS - PERDA DE UMA CHANCE - INVERTEZA DO ÊXITO - SENTENÇA MONOCRÁTICA PARCIALMENTE REFORMADA. - A perda de prazo recursal constitui falha grave por parte do advogado contratado, ensejando reparação civil pelos danos morais causados. - A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório. - *Não há que se falar em condenação da parte ré à autora, em razão da perda de uma chance desta última, quando não está claro que com a interposição do recurso para o qual a primeira delas foi contratada pela segunda, implicaria necessariamente em êxito desta última no que concerne ao exame prestado pela mesma no Exame da OAB*” (grifamos).

⁴⁰⁰ RIO DE JANEIRO, 2016. Do acórdão se lê: “No caso em testilha, não há comprovação de que a chance seria realizada com certeza, diante da natureza da ação previdenciária, na qual a relação de união estável restou devidamente comprovada por prova produzida pela ex-companheira do falecido e não em razão da omissão da aqui autora do feito. De tudo coligido, dessume-se a ocorrência do dano oral tão somente em relação à falha na prestação do serviço de assistência jurídica prestada pelo réu, que não agiu com a devida boa-fé na execução do contrato celebrado com a autora, razão pela qual, configurada a omissão culposa, o dano e o nexo de causalidade, surge o dever de indenizar”.

⁴⁰¹ SÃO PAULO, 2015f. Ementa: “Prestação de serviços. Mandato advocatício. Responsabilidade civil dos patronos. Preliminar. Pedido de justiça gratuita. Concessão. Presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. Cerceamento de defesa não configurado. Prova pericial que não é pertinente na hipótese. Mérito. Advogados que deixaram de interpor recurso ordinário em demanda trabalhista tempestivamente. Impossibilidade de reversão do julgamento desfavorável ao cliente. Inadimplemento contratual. Perda da chance. Não con-

aplicação da teoria, considerando-se que as chances de êxito não foram suficientemente comprovadas nos autos, inexistindo a reparação moral ou material a título de perda de uma chance.

No entanto, os Tribunais compreenderam que o inadimplemento contratual dos advogados, que, segundo os casos, deixaram de interpor recurso ou de ajuizar a ação correspondente, atingiu a honra de seus clientes, conduzindo à condenação a título de dano moral. O acerto com relação à teoria da perda de uma chance se observa, nessas hipóteses, porque os precedentes, ao analisarem as chances e constatarem sua falta de seriedade, refutaram de todo a aplicação da teoria e, conseqüentemente, qualquer pleito indenizatório com fundamento nas chances perdidas.

Nesses casos, porém, houve a condenação do advogado à reparação moral em função do inadimplemento contratual. Com relação a esse ponto, os julgados merecem ressalvas. Afinal, como já esclarecemos, a possibilidade de reparação (moral ou material) em razão do inadimplemento contratual não pode ser descartada, sendo que, se o pleito objetivar a indenização referente ao abalo anímico, nos termos expostos anteriormente, o reconhecimento do prejuízo só poderá ocorrer se, e somente se, restar devidamente comprovado nos autos a ofensa à honra do cliente.

Nossa primeira ressalva reside, pois, no fato de que, em nenhum dos casos, restou demonstrado o dano moral suportado pelo cliente, de maneira que a condenação deu-se a partir do simples inadimplemento contratual. Isso quer dizer que a mera inobservância dos deveres oriundos do mandato foi capaz de agredir a honra e a dignidade do lesado. A segunda reserva localiza-se na circunstância de que, em que pese a viabilidade de o inadimplemento contratual ocasionar, de fato, dano ao credor da obrigação, a evidente falta de seriedade das chances no processo aleatório interrompido faz questionar qual seria o abalo moral suportado pelo cliente. Pode-se imaginar tão somente a situação excepcionalíssima de frustração do cliente com relação à confiança depositada no procurador que inadimpliu o contrato, haja vista que, se as chances de êxito eram poucas e se foi reconhecida a inaplicabilidade da teoria da

figuração. Negligência do profissional sem nexo de causalidade com o dano. Danos morais configurados. Conduta omissiva dos mandatários que frustrou a expectativa do cliente, que não teve ciência durante longo período dos andamentos processuais, tampouco do insucesso da demanda. Violação da boa-fé objetiva. Indenização reduzida. Sucumbência mantida (Súmula n. 326 do STJ). Recursos parcialmente providos”.

perda de uma chance, pouco provável que o inadimplemento contratual pudesse gerar dano moral ao mandatário.

De todo modo, no que diz respeito à compreensão da teoria da perda de uma chance, esses dois últimos julgados revelaram-se corretos, vez que, ao analisarem a prova dos autos e a matéria de direito ventilada, concluíram pela pouca probabilidade de sucesso das chances; elas não eram, portanto, sérias e reais, não havendo que se falar em reparação moral ou material com fundamento na teoria da perda de uma chance.

2.7.1.1.9. Casos em que a análise da seriedade é realizada de forma correta reconhecendo-se a seriedade das chances, mas há incompreensão do julgador ao com relação aos danos morais advindos da perda de chances porque considerados *in re ipsa*

Também nos deparamos com situações em que houve o apropriado equacionamento da seriedade das chances, reconhecendo chances sérias e reais de êxito na ação em que o advogado cometeu equívoco. No entanto, feita essa análise de forma correta, os julgados equivocaram-se ao condenar o advogado à reparação moral com fundamento na perda de chance, quando, em verdade, eram os danos materiais advindos da perda de uma chance que deveriam ser reconhecidos. Subsiste, também aqui, a incompreensão da natureza jurídica das chances perdidas, além do equívoco com relação à sua quantificação.

Conforme apresentamos na Seção 1.3.3, a quantificação das chances toma, como ponto de partida, a vantagem esperada ao final do processo aleatório interrompido⁴⁰², pois é sobre esse montante que se deverá se aplicar o coeficiente de redução com o intuito de encontrar a quantia equivalente às chances de êxito que o lesado teria em relação ao resultado final^{403,404}. Os julgados, todavia, não observam os parâmetros limitadores da indenização pela perda de uma chance.

No Mato Grosso, quando do julgamento da Apelação n. 1201/2012⁴⁰⁵, o Tribunal Estadual equacionou a questão de forma correta. O advogado fora contratado para defender seu cliente, réu em ação trabalhista, cuja tese de defesa decorria da impossibilidade de responder por obrigações e encargos trabalhistas do ex-titular do Cartório de Re-

⁴⁰² PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁰³ HIGA, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁰⁴ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁰⁵ MATO GROSSO, 2012.

gistro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Poxoréo/MT. Na justiça especializada, o então demandado foi condenado. O procurador outrora constituído chegou a interpor o recurso cabível, mas foi constatada a sua deserção, em razão de ter-se valido de Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP e não da Guia de Arrecadação da Receita Federal – DARF. Por equívoco do profissional contratado, o recurso não foi admitido.

O relator, ao julgar o caso, levou então em consideração as teses arguidas no recurso deserto e o entendimento jurisprudencial sobre o tema, consignando que “O e. TST tem reconhecido a sucessão trabalhista matéria desde que haja continuidade na prestação de serviços judiciais afetos ao foro extrajudicial⁴⁰⁶”, e, para tanto, colacionou inúmeros precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, registrando que, nos autos da ação trabalhista, demonstrou-se satisfatoriamente que “[...] houve quebra na cadeira sucessória, pois a apelante não deu continuidade à relação de emprego antes existente com os servidores de seu antecessor”,⁴⁰⁷.

Escorado nessas considerações, o TJMG então a falha do causídico, bem como a seriedade e realidade das chances, concluindo, então, pelo ressarcimento com fundamento na perda de uma chance. O recurso, convém pontuar, limitou-se a analisar apenas a improcedência do pleito a título de dano moral, pois os danos materiais foram julgados procedentes na origem⁴⁰⁸.

No entanto, a Corte, não obstante haja confirmado a seriedade das chances, já reconhecidas em primeiro grau, arbitrou o dano moral aleatoriamente, sem observar que a prova nos autos não evidenciava abalo anímico por parte do cliente. Reconheceu, com fundamento na perda de uma chance, que o inadimplemento contratual por si só é capaz de provocar o abalo anímico ao credor, justificando que

⁴⁰⁶ *idem.*

⁴⁰⁷ *idem.*

⁴⁰⁸ Do julgado não se consegue extrair quais os danos materiais pleiteados. No entanto, registramos que, nesse caso, os danos materiais estariam consubstanciados no prejuízo material efetivamente amargado pelo cliente oriundo da condenação na justiça trabalhista. A indenização material se consubstanciará no prejuízo efetivamente suportado pelo cliente (condenação na ação trabalhista), multiplicado pelo percentual de êxito das chances que lhe foram retiradas. Esses seriam os danos a serem reparados com fundamento na perda de uma chance nesse caso.

para o arbitramento do dano moral, deve-se considerar o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a capacidade econômica do apelado, as condições sociais da apelante, a circunstância do fato, o grau de constrangimento, além do caráter inibitório-pedagógico da indenização por dano moral⁴⁰⁹.

Suponhamos que, naquele caso concreto, o cliente lesado houvesse, de fato, demonstrado que as chances subtraídas que lhe foram subtraídas causaram-lhe abalo à honra e à imagem. Fosse essa a situação dos autos, o prejuízo de ordem moral até poderia ser reconhecido, mas sua quantificação não poderia suceder com base nos critérios mencionados pelo julgador. O parâmetro a ser utilizado, repetimos, deveria ser o valor referente à vantagem esperada ao final do processo aleatório, a qual, naquela hipótese, corresponderia à condenação na ação trabalhista que o advogado não ilidiu ao não interpor o recurso adequado.

Situação similar emerge da Apelação Cível n. 0002187-41.2008.8.08.0021⁴¹⁰, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Consta

⁴⁰⁹ idem.

⁴¹⁰ ESPÍRITO SANTO, 2012b. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS E IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RECONVENCIONAL DE DANOS MORAIS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA. MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. REVOGAÇÃO TÁCITA DO MANDATO DESCARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44 E 45 DO CPC. ABANDONO DA CAUSA E VIOLAÇÃO À LEALDADE E BOA-FÉ CONTRATUAIS DEMONSTRADOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DANO MATERIAL REVISTO CONFORME CRITÉRIO DO REAL GRAU DE PROBABILIDADE DE SUCESSO DA DEMANDA. MORAL REVISTOS CONSOANTE POSTULADO DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É de ser rechaçada a pecha de nulidade imputada à sentença recorrida porquanto, havendo o magistrado singular, ainda que de forma sucinta, apreciado com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, nos moldes em que definidos por ambas as partes, não está ele obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos na peça de reconvenção, mormente quanto tais argumentos aparecem todos reproduzidos no contexto da própria contestação, esta naturalmente examinada e rejeitada pelo julgador, não havendo que se falar, pois, em desatendimento ao inc. IX do art. 93 da Constituição Federal. 2. Superficial leitura da narrativa trazida na petição inicial autoral dá-nos conta de que o objeto da presente ação indenizatória longe está de limitar-se à suposta perda de prazo recursal por parte do requerido no patrocínio da causa,

trazendo como causa petendi, em verdade, série de fatos e circunstâncias que, ao seu ver, configurariam não só mera negligência profissional como, e de igual forma, violação dos deveres da boa-fé e lealdade contratuais, estes passíveis de ampla responsabilização civil, nos moldes do art. 32 da Lei 8.906/96 (EOAB), nada havendo nos autos a militar em favor da ilação de ocorrência de julgamento extra ou ultra petita. 3. Se, na hipótese em comento, a respeito de todas as assertivas lançadas na petição vestibular, oportunizado o contraditório, o réu não as impugnou especificamente, ônus que lhe competia, a teor dos arts. 300, 302 e 303 do CPC, não há que se falar em nulidade da sentença por ofensa ao contraditório se o magistrado delas as conhece, porque a preclusão consumativa, na hipótese, alcança apenas ao réu. 4. A superveniente outorga de instrumento procuratório a novo advogado para propositura específica de modalidade de defesa heterotópica conexa, de per se, não configura hipótese de revogação tácita de mandato, mormente quando o próprio causídico aquiesce tacitamente quanto a tal situação, deixando de valer-se da prerrogativa que lhe é assegurada pelo art. 22 do Código de Ética da OAB. Inteligência dos arts. 44 e 45 do CPC. 5. No campo da responsabilização civil, a mera identificação de uma conduta contrária ao direito revela-se insuficiente para a procedência da pretensão reparatória, em especial no que tange à responsabilização civil do profissional da advocacia brasileira, esta regulada pelo art. 32 da Lei n. 8.906/94 - O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa -, cujas particularidades que permeiam o liame jurídico existente entre advogado e cliente tornam imperiosa não só a perquirição acerca do prejuízo efetivamente experimentado ao cliente (dano), dado que, pela natureza contratual da obrigação assumida pelo advogado, via de regra, não responde ele pelo sucesso da demanda - trata-se de obrigação de meio! -, como também o estabelecimento de uma relação de causalidade entre a falha profissional e o desfecho da causa (nexo causal), isto tudo, sem olvidar da imunidade dos profissionais liberais ao sistema de responsabilização objetiva do CDC (art. 14, §4º). Justamente diante de tais dificuldades, doutrina (por todos, confira-se SÉRGIO CAVALIERI FILHO, 2009, p. 74-76) e jurisprudência tem reafirmado a validade da aplicação da teoria francesa da perda de uma chance, como técnica adequada à investigação da responsabilidade contratual civil do advogado, em casos deste jaez (REsp 1079185-MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., DJ DE 04/08/2009). 6. Nesta vereda, atento aos judiciosos argumentos trazidos pelo Min. LUIZ FELIPE SALOMÃO, relator do REsp 1190180/RS, para quem “[...] não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo [...] 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” (4ª T., DJ 22/11/2010), muito embora não se possa afirmar com certeza, fosse outra a conduta profissional do apelante na defesa em juízo dos interesses da apelada, teria o juízo singular julgado integralmente procedente a ação de embargos à execução n. 021.99.018209-5, ao menos em tese, teria sido possível questionar a

do acórdão que a autora contratou advogado para defendê-la em execução fiscal iniciada pelo município de Guarapari. O procurador opôs os adequados embargos à execução, versando sobre a quitação do débito de sua cliente e, também, sobre o excesso de execução promovido pelo credor fiscal. Durante quase cinco anos a autora não teve notícias sobre o processo, ficando ciente, depois de todo esse tempo, que os embargos não tiveram acolhida, com o trânsito em julgado da sentença porque o causídico não interpôs o recurso cabível. Improcedente o instrumento defensivo, a execução prosseguiu.

Com base em tais fatos, a ex-cliente demandou o advogado outra contratado, pleiteando indenização por danos morais e materiais com fundamento na perda de uma chance. O advogado apresentou reconven-

omissão do julgado de fls. 115/116 quanto ao alegado excesso de execução no importe de R\$1.634,17 (mil seiscentos e trinta e quatro reais e dezessete centavos), consubstanciado na execução de notas promissórias acrescidas de multa contratual, tal como narrado da inicial dos embargos (fls. 29/30), o que, segundo precedentes desta Corte (Ap. Civ. n. 24089009203), é vedado. 7. Neste contexto, a fixação dos danos materiais originariamente definidos em 30% (trinta por cento) sobre o valor da execução sofrida, ou aproximadamente R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) - fl. 32 -, considerado o excesso de execução alegado, única tese de defesa constante dos embargos à execução cujos elementos constantes nos autos autorizam emissão de juízo de probabilidade acerca de suas reais chances de sucesso, à luz da teoria da perda de uma chance, tais danos terão seu melhor equacionamento se reduzidos para o patamar de R\$1.534,17 (hum mil e quinhentos e trinta e quatro reais e dezessete), posto que representa ressarcimento equivalente à previsão de plausibilidade de vitória quanto à questão, frustrada em decorrência da negligência do apelante. 8. Por seu turno, quanto aos danos morais, conquanto reconhecida sua ocorrência em razão de a conduta negligente do apelante haver frustrado legítima expectativa da apelada em exercer seu inalienável direito constitucional ao contraditório e ampla defesa, com todos os recursos previstos em lei, o valor arbitrado pelo juízo a quo destoa em muito de todo e qualquer parâmetro já fixado por esta Corte de Justiça com esteio no postulado da razoabilidade, não ostentando a causa contornos diferenciados que justifiquem tal magnitude, sob pena de verdadeira banalização do próprio instituto jurídico. Deveras, na linha dos precedentes fixados por esta Corte de Justiça em casos análogos, em que se discutiu a responsabilidade profissional de advogado por negligência no patrocínio de causa, tais como a Ap. Cível n. 24030214407 (Rel. Des. CARLOS SIMÕES FONSECA, 1ª CC, DJ de 05/10/2010), e Apelação Cível n. 30080102582 (Rel. Des. SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, 4ª CC, DJ de 06/07/2010), o quantum originariamente fixado deva ser reduzido para o patamar de R\$3.000,00 (três mil reais). 9. Recurso conhecido e parcialmente provido”.

ção, sob o argumento de que a autora teria constituído novo procurador para atuar nos embargos. A sentença de primeiro grau acolheu a pretensão da autora e condenou o procurador ao pagamento de danos materiais, fixados em 30% do valor da execução ajuizada pelo município, além de danos morais, afinal arbitrados em R\$ 50.000,00.

Fundamentado na prova dos autos, o acórdão concluiu que, de fato, a então embargante havia contratado outro procurador. O objeto do contrato por ela ao depois estabelecido, entretanto, possuía objeto diverso, restando caracterizada a improcedência do pedido reconvenicional. É que o novo procurador fora contratado para atuar em ação declaratória⁴¹¹, e não nos embargos. Reconhecido tal fato, passou-se à análise das chances de êxito dos embargos, no que tocava aos argumentos de quitação e de excesso de execução. Assentou o julgado que, embora não se pudesse ter certeza do sucesso da defesa no processo executivo, apenas a tese do excesso de execução poderia ter chance de êxito, já que

[...] teria sido possível questionar a omissão do julgado de fls. 115/116 quanto ao alegado excesso de execução no importe de R\$ 1.634,17 [...], substanciado na execução de notas promissórias acrescidas de multa contratual como arguido (fls. 29/30), o que, segundo precedentes desta Corte (Ap. Cível n. 24089009203), é vedado.

Por essa razão, o acórdão reduziu o *quantum* arbitrado a título de dano material para o valor alegado como executado em excesso nos embargos à execução, sob o seguinte argumento:

[...] tenho que embora a fixação na sentença dos danos materiais, originariamente definidos em 30% (trinta por cento) do valor da execução sofrida – aproximadamente R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) -, mas considerado o excesso de

⁴¹¹ idem. Do corpo do acórdão se lê que “[...] a revogação tácita somente se opera quando da constituição de outro mandatário para o desempenho da prática do mesmo ato. Não é, como se vê, a situação em exame, dado que repito, como demonstrado, por instrumentos diversos, foram constituídos mandatários distintos, para atuação em ações judiciais diferentes, embora entre as mesas partes, e não obstante o grau de conexão, senão de prejudicialidade que guardam ambas, a ação declaratória incidental e os embargos à execução. Aliada a tal circunstância, como se verifica do farto conjunto documental existente nos autos, as intimações respectivas de uma e de outra demanda continuaram sendo dirigidas com exclusividade a cada um dos causídicos nelas constituídos.

execução apontado, única tese de defesa constante dos embargos cujos elementos constantes dos autos autorizam a emissão de juízo de probabilidade de real chance de sucesso à luz da teoria da perda de uma chance, a meu juízo, deva ela ser melhor equacionada com a sua redução ao mesmo patamar da verba equivalente, de R\$ 1.634,17, [...], pois que representa ressarcimento equivalente à previsão de plausibilidade de vitória quanto à questão, frustrada em decorrência da negligência do apelante.

Por fim, manteve a condenação a título de dano moral, mas determinou a sua redução ao patamar de R\$ 3.000,00 (três mil reais), porque considerou montante mais compatível com a questão.

A análise da prova dos autos e da plausibilidade das teses dos embargos foi exercida com maestria pelo Tribunal Capixaba. No que diz respeito à quantificação, no entanto, a decisão incorre em erro. Relativamente ao dano material, foi reconhecido que apenas havia chance de êxito na tese de excesso de execução do montante de R\$ 1.634,17 (um mil seiscientos e trinta e quatro reais e dezessete centavos), de modo que a indenização arbitrada deveria levar em consideração essa quantia a título de parâmetro do prejuízo final que não foi evitado, e a indenização pelas chances perdidas, de sua vez, deveria representar quantia inferior, de acordo com o percentual de certeza encontrado pelo juiz. Esse era o prejuízo que se queria evitar ao final do processo aleatório e, por isso, deveria ser utilizado como parâmetro para a quantificação dos danos material em razão da subtração das chances de se reduzir um prejuízo por parte do cliente.

A indenização a título de dano moral, no entanto, foi arbitrada de forma equivocada, razão pela qual esse precedente foi alocado nesta Seção. A possibilidade de se reconhecer o dano moral nessa hipótese ocorreria apenas se o cliente comprovasse que o inadimplemento contratual por parte do advogado lhe causou tanto transtorno que sua honra foi atingida. Isso porque o interesse do cliente no processo aleatório era exclusivamente material (redução do prejuízo oriundo da execução fiscal). Não havia, porém, qualquer prova nos autos nesse sentido, equivocando-se o julgado com relação à condenação dos danos morais com fundamento na teoria da perda de uma chance.

O mesmo ocorreu na Apelação Cível n. 0008848-90.2013.8.08.0011⁴¹², também oriunda do TJES. De forma escorreita, o acórdão analisou a prova dos autos e a matéria de direito ventilada na ação primitiva e concluiu que o autor

[...] conseguiu demonstrar as reais possibilidades de êxito do processo trabalhista, ainda que parcial, uma vez que pleiteava o pagamento de adicional de insalubridade e o reconhecimento do desvio de função, sendo que a empresa reclamada confessou em sede de contestação que a partir de setembro/09 o Reclamante continuou exercendo a função de torneiro, e, na ausência do representante da Reclamada, auxiliava na realização de orçamentos e fiscalização da empresa e ainda afirmou que é

⁴¹² ESPÍRITO SANTO, 2014c. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO - AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA APÓS O DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - NÃO COMPROVADA - DANO MORAL CONFIGURADO - MANUTENÇÃO DO QUANTUM - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - Tratando-se de responsabilidade de advogado por conduta negligente e considerando a incerteza da vantagem que o autor poderia ter auferido com a reclamação trabalhista, as ações indenizatórias que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem levar em consideração as reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da alegada negligência do advogado. 2 - O autor, ora recorrido, conseguiu demonstrar as reais possibilidades de êxito do processo trabalhista, ainda que de forma parcial, em razão da confissão da empresa reclamada no que tange à alegação de desvio de função. 3 - Não restou demonstrada a culpa exclusiva da vítima, uma vez que caberia ao advogado provar que solicitou ao cliente os documentos necessários para o ajuizamento da ação antes do término do prazo prescricional, ônus do qual não se desincumbiu. 4 - Comprovado o evento danoso, o nexo de causalidade e o dano, decorrente da perda do direito do autor de postular seus direitos trabalhistas, ante à conduta do réu, é evidente a perda de uma chance onde havia efetiva probabilidade de ganho, devendo a mesma ser indenizada. 5 - Levando-se em consideração os parâmetros que norteiam a fixação do dano moral e a colaboração do autor para o evento danoso, tenho que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) deve ser mantido, eis que se pauta nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atendendo as finalidades indenizatórias decorrentes da perda de uma chance. 6 - Recurso conhecido e improvido. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes os acima mencionados. Acorda a Egrégia Terceira Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão que integram este julgado, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe”.

prudente observar que essas pequenas tarefas eram exercias apenas na ausência do representante da Reclamada, o que torna incontroverso o alegado desvio de função.

Como nos demais casos desta Seção, reconheceu que a indenização derivada das chances perdidas seria uma reparação a título de dano moral, e não material. Naquela hipótese, a demanda interrompida pelo equívoco do causídico cuidava de ação trabalhista de onde, certamente, poderia ser aferida a vantagem esperada pelo cliente. Seria, decerto, o montante correspondente às verbas trabalhistas reclamadas.

Ao se reconhecer a seriedade das chances, a reparação das chances perdidas corresponderá ao percentual de chances de êxito multiplicado pela vantagem esperada ao final do processo aleatório, chegando ao valor concreto de reparação das chances. Nesse caso, as chances perdidas representariam um dano eminentemente material e não um dano moral como reconhecido pela Corte Capixaba. Reiteramos que o dano moral poderia existir, tivesse o cliente comprovado, de forma satisfatória, que o inadimplemento contratual representou uma ofensa à sua honra. Em que pese tenha o julgado procedido à correta análise da aferição da seriedade das chances, equivocou-se no sentido de reconhecer que as chances perdidas representariam somente um dano moral⁴¹³.

Em Minas Gerais, semelhante problema ocorreu na Apelação Cível n. 1.0713.12.006981-8/001⁴¹⁴. No caso em apreço, o cliente foi

⁴¹³ E o arbitramento do dano moral também se deu de forma equivocada na medida em que, com fundamento na teoria da perda de uma chance considerou “[...] as circunstâncias do caso concreto, como as condições pessoais do ofendido, a dimensão do dano, a repercussão social do dano e sua gravidade”, condenando o advogado ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Como dito, não é esse o parâmetro que deve nortear a indenização pela perda de uma chance. No caso concreto, o juiz deveria se valer do montante perseguido na reclamatória trabalhista para, então, quantificar as chances. Como não há qualquer relação entre as demandas, há muita chance de que os valores a título de danos morais sejam superiores ao proveito econômico efetivamente perseguido na ação trabalhista, acarretando num contrassenso na reparação das chances, já que ao não haver essa correlação as chances podem, nesse caso, valer mais do que o resultado final do processo aleatório que fora interrompido (ESPÍRITO SANTO, 2014).

⁴¹⁴ MINAS GERAIS, 2015a. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - INDENIZAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA - TEORIA DA ASSERÇÃO - CORRESPONDÊNCIA DO DIREITO INVOCADO COM A CONDUTA PRATICADA PELO REQUERIDO - POSSIBILIDADE - LEGI-

excluído do polo ativo da demanda trabalhista por defeito na representação. Intimado para regularizar o feito, o advogado contratado não sanou o vício, sobrevindo decisão que excluiu o cliente da lide. Dessa decisão o procurador não interpôs recurso, tampouco levou a conhecimento de seu cliente.

Ao tomar ciência da situação, o cliente demandou o então advogado, pleiteando indenização moral e material pela perda de uma chance, pois já havia transcorrido lapso temporal suficiente para o novo ajuizamento da demanda, operando-se a prescrição das verbas pretendidas na ação trabalhista. Ao analisar os autos, o juiz entendeu pela seriedade e realidade das chances de forma correta, porquanto os pedidos das demais partes no polo ativo da demanda foram julgados procedentes. Daí porque, somado às demais provas dos autos, entendeu o Tribunal que, no caso em tela, a questão quase consistia em lucros cessantes, “[...] permanecendo na seara da perda de uma chance somente porque não se tem certeza se a representação do auto de fato poderia ser regularizada a contento do julgador⁴¹⁵”.

A indenização foi então arbitrada em 70% do proveito econômico que o cliente teria na reclamatória trabalhista, caso não houvesse sido interrompida pelo inadimplemento do advogado. Até aí, perfeito o jul-

TIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - CIÊNCIA DO DANO - AÇÃO TRABALHISTA - SINDICATO - PATRONO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - CULPA IN ELIGENDO - PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MORAIS - CULPA CONCORRENTE. – A configuração de legitimidade passiva, nos moldes da teoria da asserção, configura a análise da correspondência entre as partes processuais e os titulares da relação de direito material afirmada em juízo, em conformidade com as narrativas autorais, superficialmente, "sem adentrar no mérito". – O termo inicial do prazo prescricional é a data da ciência da parte quanto ao evento danoso. – O princípio da actio nata preconiza que a ação só nasce para o titular do direito vulnerado quando este toma ciência da lesão daí decorrente, iniciando-se o prazo prescricional a partir de então. – Urge a responsabilização civil do sindicato que encaminhou, com culpa in eligendo, seu associado a contratar advogado para ajuizar ação trabalhista, que não recorreu da decisão que o excluiu do pólo ativo, não tendo o trabalhador sido cientificado da decisão extintiva do processo para ele, vindo a deixar de perceber o reajuste salarial percebido por aqueles que continuaram no pólo ativo da ação. – O dano moral decorre da violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada e a honra, entre outros”.

⁴¹⁵ idem.

gado. Ocorre que, fora o arbitramento do dano material, o julgador foi além e reconheceu, ainda, o dano moral advindo da perda de uma chance, arbitrando a quantia de R\$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) pelo abalo anímico supostamente sofrido pelo cliente.

O problema reside no fato de que não houve qualquer prova do abalo moral suportado pelo cliente em razão do inadimplemento contratual que lhe subtraiu as chances de êxito na demanda originária. As chances perdidas geraram ao cliente o prejuízo material representado pelo percentual da verba que deixou de auferir em decorrência da falha do advogado. Já o dano moral somente poderia ser configurado se demonstrado, na instrução probatória, que a falha contratual atingiu a honra e a imagem do demandante. No caso concreto, o fundamento do dano moral deu-se com base no fato de que acompanhar o êxito dos demais demandantes “[...] ensejou sofrimento ante a situação de impotência que viu o jurisdicionado, que confiava no sindicato a que era filiado para auxiliá-lo à efetivação dos seus direitos⁴¹⁶”. Parece merecer atenção o argumento, mas, a nosso juízo, certamente para a configuração do dano moral pelo menos algum indício de prova nesse sentido haveria de ser produzido.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, a dificuldade da quantificação se apresenta na Apelação Cível n. 0009768-68.2012.8.26.0344⁴¹⁷. Ao analisar detidamente o caso concreto, o juiz entendeu pela existência de chances sérias e reais de êxito na ação principal não ajuizada pelo advogado outrora contratado, que obteve o deferimento de ordem judicial em medida cautelar, mas, por inércia, não iniciou a demanda principal no prazo legal, ocasionando a interrupção dos efeitos do provimento acautelatório. As razões do convencimento se deram especialmente pela presença nos autos de provas atinentes aos defeitos descobertos no imóvel. Como cessou a medida cautelar, o cliente teve de voltar a adimplir o

⁴¹⁶ idem.

⁴¹⁷ SÃO PAULO, 2015g. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL Mandato Alegação de falha na prestação de serviços de advocacia Acusação de conduta negligente e irresponsável Ação de indenização por danos morais proposta pelo contratante Sentença que pronuncia a prescrição Apelo do autor Prescrição descaracterizada - Responsabilidade contratual Prazo decenal Artigo 205 do Código Civil Ausência de propositura de ação principal, por aproximadamente 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, não obstante a efetivação da medida cautelar. Ação cautelar extinta sem resolução do mérito Conduta negligente do advogado Perda de uma chance. Responsabilidade do réu. Dano moral caracterizado. Indenização exigível. Ação procedente Apelação provida”.

financiamento no valor original desde quando a medida havia sido deferida, o que implicou em incidência de encargos, fazendo com que tivesse que contrair empréstimos para satisfazer o débito.

Reconhecida a aplicação da teoria, as chances deveriam ter sido quantificadas com base no prejuízo material sofrido pelo cliente quando sustados os efeitos da cautelar, aferidos com base nos valores originais do financiamento. Os danos materiais eram facilmente palatáveis. Ocorre que foram reconhecidos apenas os danos morais, evidenciando a incompreensão das chances perdidas, além de que o *quantum* arbitrado pautou-se nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que, nos casos de chances perdidas, esse não pode ser o fundamento da indenização, como defendemos incessantemente ao longo do presente trabalho. No que diz respeito à quantificação – problema secundário com relação à incompreensão de que a perda de chances pode causar danos patrimoniais –, não há correlação entre a vantagem esperada pelo cliente na ação em que o advogado incorreu em falha e montante condenatório do advogado.

No Paraná, na Apelação Cível n. 1.392.871-7⁴¹⁸, o reconhecimento da possibilidade de reparação das chances deu-se de forma corre-

⁴¹⁸ PARANÁ, 2015c. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RECURSO DE AMBAS AS PARTES - PERDA DE UMA CHANCE - ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA QUE DEIXA TRANSCORRER O PRAZO PRESCRICIONAL SEM PROPOR RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PARA A QUAL HAVIA SIDO CONTRATADO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E ILIMITADA DA SÓCIA DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - ART. 17 DO ESTATUTO DA OAB - PARTE LEGÍTIMA PASSIVA PARA RESPONDER À AÇÃO - DANOS MATERIAIS PELA PERDA DE UMA CHANCE - ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - DEVER DE INDENIZAR - MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO E DO DANO MORAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL DA SENTENÇA, DE OFÍCIO, PARA CONSTAR QUE A RESPONSABILIDADE DA SÓCIA DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA É SUBSIDIÁRIA (E ILIMITADA) E NÃO SOLIDÁRIA. RECURSO DE APELAÇÃO DOS RÉUS (1) NÃO PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR (02) PARCIALMENTE PROVIDO PARA MAJORAR O VALOR DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS, COM ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, DA SENTENÇA PARA FAZER CONSTAR QUE A RESPONSABILIDADE DA ADVOGADA SÓCIA DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA É SUBSIDIÁRIA E NÃO SOLIDÁRIA. A teoria da perda de uma chance é aquela que autoriza indenizar a parte que, embora tivesse todas as probabilidades, não alcança o resultado pretendido por ocorrência de um fato praticado por terceiro.

ta, porquanto realizado com base nas provas dos autos e na análise jurisprudencial de casos semelhantes. Para a quantificação do dano, foi utilizado o critério matemático, de modo que o Tribunal reconheceu a reparação de 50% do proveito econômico que se esperava no processo aleatório interrompido pela falha do advogado. Além disso, a Corte mandou reparar os valores que foram gastos a título de honorários advocatícios. Perfeito seria o julgado, se tivesse parado por aí. Ocorre que, além desses valores, houve, ainda, a condenação referente ao dano moral, arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) também com fundamento na perda de chances, sem que fosse comprovada a existência do abalo anímico. Não houve qualquer prova nesse sentido. Ao ler o julgado, a impressão que se tem é que o dano moral foi um *plus* à indenização concedida de forma correta. Faz parecer que a perda de chances implica, invariavelmente, numa lesão extrapatrimonial à vítima, o que não possui qualquer fundamento.

2.7.1.2. O problema da fundamentação adstrito à observação dos requisitos de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance

2.7.1.2.1. Precedentes que reconheceram ou não a aplicação da teoria da perda de uma chance, mas que a fundamentação não se mostrou adequada porque não levou em consideração a prova dos autos e a matéria de direito discutida na ação originária⁴¹⁹

Em muitos dos julgados analisados, reconhece-se o defeito da fundamentação porque o julgador não se valeu da prova dos autos, tampouco vislumbrou o entendimento jurisprudencial sobre a matéria discutida na ação em que foi constatada a falha do advogado. A falta de fun-

Não sendo possível comprovar a real probabilidade da ocorrência do fato, mas resultando do comportamento de terceiro prejuízo à parte, deve estar ser indenizada com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O advogado que participa da sociedade, além de ser parte legítima para figurar no polo passivo da ação, responde subsidiariamente pelos danos que a sociedade causar a terceiros. Se o valor da indenização pelos danos material e moral não corresponde exatamente ao prejuízo causado, deve ele ser majorado”.

⁴¹⁹ Em algumas outras seções também se verificou o problema da fundamentação com relação à não observância dos requisitos da perda de chances. Porém, apresentaram aqueles julgados outros inconvenientes mais graves, motivo pelo não foram alocados nesta seção, distribuindo-se em outras anteriores.

damentação adequada⁴²⁰, como em todo e qualquer julgado, prejudica todas as partes do processo, porque não propicia a tutela jurisdicional adequada às pessoas envolvidas no litígio.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance quando do julgamento da Apelação Cível n. 0005106-73.2012.8.19.0209⁴²¹. No corpo do acórdão, o relator pince-

⁴²⁰ Lembrando que a fundamentação das decisões possui previsão constitucional no inc. IX, do art. 93 da Constituição da República, ao prever que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Ao encontro da previsão constitucional é a previsão do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: “I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

⁴²¹ RIO DE JANEIRO, 2014b. Ementa: “Responsabilidade civil. Advogado no exercício profissional. Preliminar de cerceio de defesa que se rejeita. Reclamação trabalhista. Pedidos indenizatórios formulados no juízo cível, ao argumento de que os advogados, aqui apelados, teriam deixado de impugnar alegações da sociedade empresária e de interpor recurso no processo especializado. Obrigação de meio e não de resultado. O advogado responde por seus atos se violadores de deveres profissionais e se agir com negligência, imprudência ou imperícia, dolo ou culpa, ou erro grosseiro de fato ou de direito (CC/02, art. 186; Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, art. 32). A interposição de recurso constitui escolha técnica do advogado, conforme a conveniência da demanda, notadamente quando concluir que a questão não foi satisfatoriamente dirimida pelo juiz natural da causa. Coação inexistente: acordo celebrado entre o reclamante e a sociedade empresária, em audiência perante juiz do trabalho. Teoria da perda de chance: aplicação em situações em que o dano seja real, atual e certo, segundo juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, haja vista que o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é inde-

lou o que ocorreu na ação trabalhista para a qual o advogado fora originalmente contratado. Porém, entendeu pela refutação da teoria sob o argumento de que “[...] o advogado não está obrigado a interpor recursos, dado que se cuida de deliberação técnica em face de análise sobre se a questão foi satisfatoriamente dirimida pelo juiz natural da causa, ou não⁴²²”.

Não se discorda que, dentro de seu conhecimento técnico, o advogado possa eleger a não interposição de um recurso⁴²³. No entanto, ao analisar o acórdão, o relator deixou de examinar se havia alguma possibilidade de êxito caso o recurso tivesse sido interposto, implicando em prejuízo ao autor da demanda. Está-se de acordo com o argumento trazido pelo advogado réu. Ocorre que, se pensarmos em ações como as ora analisadas, fica fácil perceber que esse argumento certamente sempre será trazido pelos procuradores demandados. Se fosse o caso da opção de não interposição do recurso, o advogado deveria informar o seu cliente da posição adotada em atenção aos preceitos ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de cometimento de infração ético-disciplinar⁴²⁴. Não foi o que ocorreu nesse julgado, pois da leitura do acórdão se depreende que não houve essa decisão consciente pela não interposição do recurso.

Não basta o advogado alegar que entendia não ser cabível a interposição do recurso, deve, também, provar que as teses que seriam ventiladas teriam baixas chances de guarida pelo judiciário porque a não interposição do recurso, nesse caso concreto, não foi uma posição declarada e informada ao cliente. É nesse sentido que entendemos pela falha na fundamentação do julgado, pois não se levou em consideração o

nizável. Danos material e moral não caracterizados. Jurisprudência dominante. Recurso a que nega provimento”.

⁴²² idem.

⁴²³ A possibilidade de optar por não recorrer de uma decisão vem regulada na Lei n. 8.906/94, já que constitui infração disciplinar “advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior” e o advogado pode ser responsabilizado solidariamente com seu cliente, consoante parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/94, *verbis*: “Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”.

⁴²⁴ O art. 8º do Código de Ética e Disciplina dispõe que “O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos de sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”.

entendimento da matéria, atendo-se ao mero argumento de que o advogado entendeu ser a melhor opção no caso concreto a não interposição do recurso.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação Cível n. 0033744-26.2014.8.07.0001⁴²⁵, também se refutou a teoria da perda de uma chance. Todavia, o não conhecimento da teoria não restou fundamentado nos autos, consignando-se no acórdão apenas que “[...] não restou demonstrado que a situação da autora seria, de fato, alterada favoravelmente se o recurso fosse analisado”, sem, contudo, ser analisada a prova e o entendimento jurisprudencial sobre o assunto.

Ocorreu problema de fundamentação também na Apelação Cível n. 1.0671.12.000422-9/001⁴²⁶, do TJMG. O Tribunal Mineiro conclu-

⁴²⁵ DISTRITO FEDERAL, 2015e. Ementa: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOGADO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. JUSTA REMUNERAÇÃO. ARTS. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Para que haja responsabilização do advogado, faz-se necessário demonstrar que a sua omissão causou, de fato, prejuízos ao cliente, e que, acaso interposto o recurso, a probabilidade de mudança na decisão de primeiro grau seria significativa. Assim, à luz da teoria da perda de uma chance, a reparação da oportunidade retirada depende da comprovação de que esta é real, concreta e relevante. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados à luz de uma apreciação equitativa do juiz, que vise a um valor justo e compatível com o trabalho desempenhado, de forma que não venha a aviltar o trabalho dos patronos constituídos, ou que não venha a remunerá-los de maneira excessiva. Assim, o julgador deve se nortear pelos preceitos estabelecidos em lei, devendo também ser razoável e prezar pelo equilíbrio financeiro das partes”.

⁴²⁶ MINAS GERAIS, 2014a. Ementa: “INDENIZAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NEGLIGÊNCIA ADOGADO. CONDUTA CULPOSA. DANO CARACTERIZADO PELA PERDA POSSIBILIDADE DE OBTER RESULTADO MAIS FAVORÁVEL. SENTENÇA REFORMADA. INDENIZAÇÃO PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. -A obrigação assumida pelo advogado é de meio e não de resultado, ou seja; o objeto da obrigação não é o sucesso da demanda, mas sim, o desempenho diligente e cuidadoso do procurador. -Embora a obrigação do advogado seja de meio e não de resultado, não se pode olvidar que o advogado tem o dever de prestar seus serviços da forma mais adequada e ainda sempre em favor dos interesses de seu cliente. - A conduta desidiosa dos procuradores da parte Requerida, que deixaram transcorrer "in albis" o prazo para especificar provas, bem como, não compareceram na audiência de instrução e julgamento e sequer avisaram seu cliente sobre a data da audiência, contribuiu e influenciou na sen-

iu que o fato de o advogado ter deixado transcorrer *in albis* o prazo para especificar provas e o seu não comparecimento na audiência de instrução e julgamento caracteriza o dano “[...] diante da possibilidade da parte de conseguir um resultado mais favorável na demanda, ocasionando pela incúria de seu procurador⁴²⁸”. Deixou o acórdão, contudo, de analisar os fatos da ação para a qual tinha sido contratado o procurador, de modo que não houve aferição da seriedade das chances. O que se considerou foi que o inadimplemento contratual em si – perda de prazo para especificação de provas e não comparecimento da audiência – foi o suficiente para gerar o dever de indenizar a parte por danos morais com fundamento nas chances perdidas, o que se revela equivocado pelos motivos que discorremos até aqui⁴²⁹.

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça, ao julgar a Apelação Cível n. 0001056-74.2013.8.26.0564⁴³⁰, aplicou a teoria da perda de uma

tença que acolheu inteiramente o pleito inaugural. - O dano resta evidenciado diante da perda da possibilidade da parte de conseguir um resultado mais favorável na demanda, ocasionado pela incúria de seu procurador”.

⁴²⁷ Esse mesmo precedente já citamos na seção 1.6 do presente trabalho, porquanto do corpo do acórdão inferimos que o tribunal mineiro classifica a perda de uma chance como uma terceira modalidade de dano.

⁴²⁸ *idem*.

⁴²⁹ Aliada a falta de análise da seriedade das chances, a indenização a título de dano moral foi arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não se tendo notícias de qual seria o proveito econômico perseguido na ação originária, ou seja, no processo aleatório interrompido, razão pela qual se pode questionar se o montante arbitrado não poderia representar quantia superior ao que era perseguido na demanda para a qual o advogado foi primeiramente contratado. Chama atenção mais duas situações nesse julgado. A primeira é que a ação original versava sobre alimentos e, como se sabe, a questão dos alimentos, nem sempre faz coisa julgada material, podendo ser rediscutida quando se alteram as condições econômicas das partes envolvidas. A segunda é que o relator faz constar que “[...] a responsabilidade pela perda de uma chance mescla institutos do dano material com instituto do dano moral, constituindo-se em uma nova modalidade de dano⁴²⁹” (MINAS GERAIS, 2014a), evidenciando ainda mais o equívoco da compreensão da teoria. Esse julgado também poderia ter sido enquadrado na Seção 1.4.3. Porém, em que pese a confusão com relação à natureza jurídica da perda de uma chance, a condenação com base em nenhuma análise probatória e na matéria de direito ventilada, chamou mais a atenção no precedente, deslocando o para esta seção.

⁴³⁰ SÃO PAULO, 2015h. Ementa: “Prestação de Serviços. Ação de responsabilidade civil. Autor que contratou advogado para apresentar defesa. Réu que agiu com desídia em suas atribuições, pois além de não apresentar a defesa, sequer

chance com base apenas no inadimplemento contratual do procurador, sem fazer a análise detida se haviam chances reais de êxito ao ex-cliente. Concluiu que se caracteriza o dever de indenizar porquanto a situação “[...] se revela diante de uma possibilidade real e efetiva de ocorrência de um resultado mais vantajoso para a parte que se diz lesada⁴³¹”. Mais uma vez, o equacionamento da teoria se mostra precário, pois o simples inadimplemento contratual não importa no dano moral *in re ipsa*, sobretudo fundamentado na perda de uma chance, razão pela qual, para a responsabilização do advogado, as chances em questão necessitam ser avaliadas, o que, *in casu*, não ocorreu.

Outro caso bastante elucidativo encontra-se na Apelação Cível n. 0040686-51.2010.8.26.0562⁴³². Nesse julgado, a autora demandou sua ex-advogada porque a teria contratado para atuar em ação de indenização por danos morais em razão de outrora ter adquirido produto contaminado (refrigerante com impriedades), mas, ao deixar o produto defeituoso no escritório da então procuradora, esta não teria tomado o cuidado adequado e teria deixado com que tivessem aberto o vasilhame,

interpôs recurso de apelação contra a sentença. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Comprovada má prestação de serviços de advocacia. Litigância de má-fé não configurada. Sentença julgada parcialmente procedente. Apelo improvido”.

⁴³¹ *idem*.

⁴³² SÃO PAULO, 2015i. Ementa: “danos materiais e morais. Falhas na prestação de serviços advocatícios. Perda de uma chance. Se em virtude de negligência da advogada na guarda de material que seria submetido a prova pericial ocorreu a inutilidade dessa prova, e por ser ela crucial para a análise do pedido formulado em ação indenizatória, responde a advogada pela frustração decorrente da perda de uma chance. Dano material. Ausência. Porque a pretensão cuja apreciação pelo Poder Judiciário foi tolhida da autora não se constituía direito líquido e certo, mas mera expectativa de direito, tal perda não gera prejuízo material. Dano moral. Comprovação. Desnecessidade. Perda de uma chance. Prejuízo imaterial "in re ipsa". A perda da chance de ter a pretensão apreciada pelo Poder Judiciário constitui evento capaz de desencadear no espírito do homem médio sentimentos que traduzem a existência de verdadeiro abalo moral suscetível de reparação. Se o valor arbitrado se revela excessivo para compor a reparação do dano moral experimentado, impõe-se sua redução. Autora que decaiu em parte, que não pode ser considerada mínima, de seus pedidos. Correta distribuição proporcional da responsabilidade pelo pagamento das verbas sucumbenciais. Recurso da ré parcialmente provido, não provido o recurso da autora”.

inviabilizando a prova pericial na ação indenizatória ajuizada, motivo por que, naquela oportunidade, foi requerida a desistência da ação.

O relator concluiu pelo inadimplemento da advogada em razão da violação ao seu dever de guarda de documentos de seus clientes, condenado a mandatária ao ressarcimento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de dano moral⁴³³, sem qualquer explicação dos parâmetros do valor arbitrado. Sequer foi analisada a possibilidade de êxito da demanda. O caso concreto era de fácil aferição das chances, porquanto situações de fornecimento de produtos defeituosos circulam diuturnamente pelo Poder Judiciário. No entanto, não é unísono o entendimento de que a simples venda de produto defeituoso causa prejuízo moral⁴³⁴, exigindo-se, na maioria das vezes, a existência efetiva do dano ao consumidor, o que não era o caso dos autos, porquanto sequer foi aberto o refrigerante em que se detectou a existência de corpos estranhos. Constatando-se pela plausibilidade do êxito, a quantificação também se revelava acessível porque demandas consumeristas indenizatórias são costumeiras, de modo que à aferição da indenização bastaria verificar o quanto se concede a título de danos morais em ações similares e, então, fazer a redução pelo coeficiente estatístico das chances perdidas. Não houve a devida análise acerca da seriedade das chances no caso concreto. O mesmo Tribunal, quando do julgamento da Apelação Cível n. 0015511-32.2010.8.26.0602⁴³⁵, aplicou a teoria sem qualquer análise das provas dos autos para o qual o advogado havia sido contratado;

⁴³³ Neste caso também há a conclusão equivocada de que o pleito da autora “[...] não se constituía direito líquido e certo desta, representando apenas mera expectativa de direito, de modo que a indenização ficará restrita à esfera imaterial, ante a frustração decorrente da denominada “perda de uma chance”, sentimento que acarreta verdadeiro abalo moral passível de reparação” (SÃO PAULO, 2015i).

⁴³⁴ Uma busca no sítio eletrônico do TJSP revela que há entendimentos esporádicos de que a inexistência do dano em si descaracteriza a existência do dano moral.

⁴³⁵ SÃO PAULO, 2015j. Ementa: “Mandato. Responsabilidade civil. Falhas na prestação de serviços advocatícios. Perda de uma chance. Danos materiais. Improcede o pleito de ressarcimento pelo alegado dano patrimonial, porque a pretensão formulada pelo mandante no processo em que o advogado, ora demandado, defendeu os interesses daquele não constituía direito líquido e certo. Danos morais. A desídia do advogado na defesa dos interesses de seu cliente faz eclodir a responsabilidade indenizatória daquele pelos danos morais por este experimentados, ante a frustração decorrente da denominada “perda de uma chance”. Recurso parcialmente provido”.

apenas levou em consideração o inadimplemento contratual; nenhuma aferição da seriedade das chances foi realizada pelo magistrado⁴³⁶.

Em Goiás, a Corte Estadual, quando apreciou a Apelação Cível n. 93615-25.2005.8..09.0137⁴³⁷, incorreu no equívoco da ausência de fundamentação da chance perdida. No caso concreto, o advogado contratado teria renunciado ao mandato que lhe fora concedido. No entanto, não teria informado seu cliente da renúncia, o que haveria ocorrido bem na fluência do prazo recursal, acarretando na ausência de interposição do recurso pelo procurador. Ocorre que a teoria foi aplicada apenas com base nesse fato, sem qualquer análise sobre a possibilidade de êxito do recurso não interposto. Extraí-se do corpo do acórdão:

Dessa feita, notadamente considerando as peculiaridades do caso no sentido de que a renúncia ao mandato se deu na fluência do prazo recursal, constata-se que o advogado *não agiu com a necessária diligência ao deixar de comprovar nos autos a ciência inequívoca do mandante acerca da renúncia*. Portanto, caracterizada a culpa do patrono entendendo como devida a *responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance*⁴³⁸. (grifamos)

A indenização arbitrada a título de danos morais foi de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o que demonstra certa preocupação, porquanto ao sequer ser analisada a chance de êxito do recurso que não fora interposto, arbitrar indenização expressiva pode implicar em injustiça alarmante e que deve ser evitada.

No mesmo sentido foi o resultado da Apelação Cível n. 2006.005785-4⁴³⁹, do TJMS, ao reconhecer a aplicação da teoria apenas

⁴³⁶ Nesse julgado, além de não aferir a seriedade das chances, há a agravante de que consideraram o dano moral como *in re ipsa* e de arbitrar a condenação a título de dano moral sem traçar qualquer paralelo com o proveito econômico perseguido no processo aleatório interrompido, o que pode implicar num enriquecimento ilícito da parte, já que o valor a título de dano moral pela perda de uma chance poderá ser superior à vantagem esperada na ação de em que falhou o advogado.

⁴³⁷ GOIÁS, 2015.

⁴³⁸ *idem*.

⁴³⁹ MATO GROSSO DO SUL, 2007. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ADVOGADO QUE NÃO EFETUOU PREPARO DO RECURSO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE –

com base no inadimplemento contratual pelo advogado sem, contudo, fazer análise alguma da seriedade das chances. Na Apelação Cível n. 84643/2006⁴⁴⁰, do Tribunal do Estado de Mato Grosso, ocorreu o mesmo problema da falta de aferição da seriedade das chances, haja vista que o advogado foi condenado pelo não ajuizamento da demanda principal após perda de eficácia da medida cautelar, sem, contudo, existir exame concreto das chances de êxito. Tratava-se de caso de financiamento com Caixa Econômica Federal, situações comuns e que permitem a aferição da seriedade das chances, mormente no que diz respeito ao entendimento jurisprudencial sobre o tema.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, três casos similares puderam ainda ser selecionados. O primeiro foi a Apelação Cível n. 2010.059117-9⁴⁴¹. No acórdão, o Tribunal Catarinense aplicou a teoria

RECURSO IMPROVIDO. Verificada a atuação desidiosa do advogado no desempenho de sua função na defesa dos interesses de seus clientes, culminando com a perda da chance de discussão do direito do apelado, impõe-se a condenação de seu patrono ao pagamento de indenização por danos morais”.

⁴⁴⁰ MATO GROSSO, 2007. Ementa: “RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO DE DANO MATERIAIS E MORAIS – INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA EX ADVOGADO – ALEGAÇÃO DE DESÍDIA (PERDA DE PRAZO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPA) – PERDA DE CHANCE DE DEFENDER O CLIENTE – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO – DANO MATERIAL REJEITADO – DANO MORAL CARACTERIZADO – SENTENÇA, PARCIALMENTE, REFORMADA. A perda de prazo para propositura da ação principal, por constar expressamente da lei, constitui *erro inexcusável*, devendo o apelado suportar a reparação dos danos que sua desídia causou ao seu cliente. O ato ilícito cometido pelo réu, ora apelado, materializa com a ausência da ação principal adequada. Agrava-se com a perda do único imóvel residencial que estava sendo discutido judicialmente e que fora arrebato das mãos da autora pelo fato de não ter tido oportunidade de discutir, regularmente, seu direito sobre o imóvel. Por fim, intensifica-se com a desocupação do imóvel. Reside aí, o dano moral. As obrigações do advogado consistem em executar proficientemente sua função não se lhe podendo imputar nenhuma responsabilidade pelo resultado da causa”.

⁴⁴¹ SANTA CATARINA, 2014a. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. DESCUMPRIMENTO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO DEMANDADO. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NÃO CONFIGURADO. AVENTADA INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACOLHIMENTO. RELAÇÃO ENTRE

com base apenas no inadimplemento contratual, não fazendo uma análise detida da prova, nem, tampouco, do entendimento jurisprudencial sobre a pretensão veiculada na ação trabalhista. Ao final, sem qualquer fundamentação correlata ao valor perseguido na demanda originária – vantagem esperada ao final do processo aleatório –, o procurador foi condenado ao pagamento de indenização arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o que se revela completamente equivocado, mormente quando não se faz o exame efetivo da seriedade das chances.

Não se pode considerar que o inadimplemento contratual implica, diretamente, na aplicação da teoria da perda de uma chance. Conforme lição anterior, as chances só serão indenizadas quando comprovadas sua seriedade e realidade, o que deve ser levado em consideração pelo julgador. Um segundo equívoco, derivado do reconhecimento irregular da perda de chances, reside na quantificação da indenização. O acórdão não leva em consideração a vantagem final que a parte buscava na ação trabalhista e se reconheceu tão somente o dano moral oriundo da perda de chances. Por ser uma ação trabalhista, visando ao ressarcimento de verbas trabalhistas, o caráter patrimonial da perda de chances era evidente, de modo que deveria ser este o valor utilizado como balizador na quantificação da indenização, o que não ocorreu.

No mesmo sentido, foi a conclusão das Apelações Cíveis n. 2012.050058-3⁴⁴² e n. 2010.075433-1⁴⁴³. Ainda, entra para esta Seção a

CLIENTE E ADVOGADO QUE DEVE SER REGIDA POR LEGISLAÇÃO PRÓPRIA (LEI N. 8.906/1997). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANO DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA. INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL CONSTANTE NO ART. 205 DO CC. DEMANDA PROPOSTA DENTRO DO LAPSO DECENAL. MÉRITO. MANDADO OUTORGADO AO RÉU PARA PATROCÍNIO EM CAUSA TRABALHISTA. RECLAMATÓRIA PROPOSTA APÓS O EXAURIMENTO DO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. DECISÃO MANTIDA EM TODAS AS INSTÂNCIAS SUPERIORES. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. MONTANTE MANTIDO. RECURSO COÑHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”.

⁴⁴² SANTA CATARINA, 2014b. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. DENUNCIACÃO DA LIDE A TERCEIRO RESPONSÁVEL. PARCIAL PROCEDÊNCIA

NA ORIGEM. LIDE PRIMÁRIA. RECURSO DO AUTOR. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL, AQUELA APÓS DESPACHO DE ESPECIFICAÇÃO PROBATÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE IGUAL PEDIDO NA PETIÇÃO INICIAL QUANTO À PRIMEIRA ESPÉCIE. OCASIÃO PROCESSUAL ADEQUADA PARA REQUERÊ-LA. LEITURA DO ARTIGO 282, VI, DO CPC. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (CPC, ART. 130). JUIZ DESTINATÁRIO DAS PROVAS. PREFACIAL REJEITADA. "Salvo o disposto no art. 324, do CPC, no processo de conhecimento alcançado pelo procedimento ordinário, não há que se falar no despacho de "especificação de provas", posto que estas, necessariamente, devem ser requeridas e especificadas, ou na petição inicial (autor) ou na contestação (réu), sendo absolutamente desnecessária tal inovação, devendo o juiz, desde logo, ou designar audiência preliminar para cumprir com as diretrizes estabelecidas no parágrafo 1º e 2º do art. 331, do CPC, ou sanear o feito, na devida forma" (Agravo de Instrumento n. 2013.041470-4, de Concórdia, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 8-10-2013).

MÉRITO. DANOS MATERIAIS. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. IMPOSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO SOFRIDO. QUANTUM MANTIDO. "Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. Assim, a chance lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização" (SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 63).

CORREÇÃO MONETÁRIA. ILÍCITO CONTRATUAL. MARCO INICIAL DE FLUÊNCIA. FIXAÇÃO. DATA DO PREJUÍZO. LEITURA DO VERBETE SUMULAR N. 43 DO STJ. COMANDO JUDICIAL ALTERADO. "Nas hipóteses de ilícito contratual, a correção monetária incide a partir do efetivo prejuízo (súmula 43/STJ) [...]" (REsp n. 1.168.170/GO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13-4-2010).

DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE ABALO INTERIOR A ENSEJAR A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA ALMEJADA. ABORRECI-MENTOS E INCÔMODOS INERENTES À MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. TESE RECHAÇADA. "Na vida, há comportamentos ilícitos de todo suportáveis, e outros que, ao revés, merecem ser penalizados. Para configuração do dano moral é imperativo que o fato ocasionado tenha carga suficiente para infligir no ofendido um sofrimento intenso e extraordinário, causador de sequelas de indubitosa repercussão, não se amalgamando ao prejuízo anímico as amolações cotidianas e os aborrecimentos efêmeros" (Apelação Cível n. 2010.079729-0, de Lages, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 17-7-2014).

APELO DO RÉU. PREJUDICIAL AO MÉRITO. PRETENSA INCIDÊNCIA

DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL DISPOSTO NO ARTIGO 27 DA LEI CONSUMERISTA. INAPLICABILIDADE DO CDC. SERVIÇO DE ADVOGADO DISTINTO DOS ROTINEIRAMENTE PRESTADOS NO MERCADO DE CONSUMO. AFASTAMENTO DO ARTIGO 3º, CAPUT, E § 2º, DA LEI N. 8.078/1990. PRECEDENTES DO STJ E DA CORTE. "O CDC não incide nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Agravo não provido" (AgRg no Ag n. 1.380.692/SC, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24-5-2011). PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO EXTRA PETITA. TEORIA APLICADA QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS DANOS MATERIAIS. DOCTRINA NORTEADORA DO ESTABELECIMENTO DOS REFERIDOS DANOS NA HIPÓTESE E RESPECTIVA INDENIZAÇÃO. ÓBICE PRÉVIO AFASTADO. MÉRITO. DANOS MATERIAIS. SERVIÇOS PRESTADOS DE MANEIRA DEFICIENTE. CONTESTAÇÃO DEFEITUOSA, AUSÊNCIA DE RÉPLICA E INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU CONTRARRAZÕES SOBRE O INTERPOSTO PELO ADVERSÁRIO CONTRA A SENTENÇA E RECLAMO POR INSTRUMENTO APRESENTADO A DESTEMPO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PREJUÍZOS OCASIONADOS AO RÉU, AO QUAL SE IMPOSSIBILITOU UM RESULTADO FINAL MAIS FAVORÁVEL. DANOSIDADE RECONHECIDA. LIDE SECUNDÁRIA. APELO DO AUTOR. DENUNCIAÇÃO DA SEGURADORA (CPC, ART. 70, INC. III). COBERTURA DE DANOS ADVINDOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO SEGURADO. TERMO INICIAL DA RELAÇÃO JURÍDICA. DEFINIÇÃO. DANOS MATERIAIS OCORRIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA APÓLICE. LEITURA DOS ARTIGOS 760 E 776, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INTERVENÇÃO DESCABIDA. SENTENÇA EM PARTE REFORMADA. RECURSOS CONHECIDOS. PROVIDO PARCIALMENTE O INTERPOSTO PELO AUTOR".

⁴⁴³ SANTA CATARINA, 2013. Ementa: "APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. INSATISFAÇÃO DA AUTORA E DA PRIMEIRA RÉ. PROTOCOLO A DESTEMPO DE RECURSO. CULPA DA ADVOGADA PRIMITIVA VERIFICADA. POSTERIOR SUBSTABELECIMENTO A OUTRA PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRACTICADO POR ESTA ÚLTIMA. PLEITO INDENIZATÓRIO PELA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL EVIDENCIADA. COMPENSAÇÃO DA LESÃO E DESESTÍMULO DA CONDUTA. QUANTUM MANTIDO. ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO MOVIDO EM FACE DE DUAS RÉS. PROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO À PRIMEIRA, IMPROCEDÊNCIA NO TOCANTE À SEGUNDA. SUCUMBÊNCIA DISTRIBUÍDA NA FORMA DO ART. 21, CAPUT, DO CPC. PRESENÇA DE ADVOGADOS DISTINTOS NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. SÚMULA N. 306 DO STJ, NESSE PONTO, AFASTADA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS, TODAVIA, NO QUE

Apelação Cível n. 71005649223⁴⁴⁴, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em a teoria foi aplicada sem analisar a prova dos autos, apenas com base no inadimplemento contratual do causídico.

O Tribunal do Sergipe, ao julgar a Apelação Cível n. 2014.0071534-0⁴⁴⁵, entendeu pela aplicação da teoria da perda de uma chance exclusivamente em razão da inadimplência do advogado, deixando de fazer qualquer análise a respeito da matéria ventilada na origem e da prova dos autos; ou seja, não faz qualquer alusão sobre o direito do cliente que seria discutido na ação não ajuizada⁴⁴⁶.

2.7.1.2. A aplicação correta da teoria da perda de uma chance

2.7.1.2.1. O acerto dos casos em que se refutou a teoria da perda de uma chance

TOCA À AUTORA E À RÉ VENCIDA. VERBA FIXADA EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS QUALITATIVOS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. DESPESAS DO FEITO RATEADAS EM IGUAL PROPORÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DA DEMANDADA E PARCIALMENTE PROVIDO O DA AUTORA”.

⁴⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2016b. Ementa: “RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. DESÍDIA DO PROFISSIONAL. PRESCRIÇÃO DECLARADA. PERDA DE UMA CHANCE CARACTERIZADA PELO NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO PRAZO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO”.

⁴⁴⁵ SERGIPE, 2014. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ADVOCATÍCIO – OBRIGAÇÃO DE MEIO PERDA DE UMA CHANCE – DEVER DE PRESTAR O SERVIÇO DE FORMA ADEQUADA – AÇÃO EXTINTA POR INÉPCIA DA INICIAL – PROPOSITURA DA DEMANDA DOIS ANOS APÓS A CONTRATAÇÃO – CONFIGURAÇÃO DE IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA DO PATRONO – DEVER DE INDENIZAR – VALOR DA INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME”.

⁴⁴⁶ Além disso, a fixação da indenização a título de danos morais fez-se com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que se corre o risco de que a indenização pela perda de uma chance possuir expressão monetária superior ao resultado final do processo aleatório que foi interrompido pelo procurador.

Dos acórdãos analisados, encontramos precedentes muito bem dirimidos pelo Judiciário quando se tratou de afastar a aplicação a aplicação da teoria da perda de uma chance. Tentaremos sistematizar demonstrando a *ratio decidendi* de alguns deles, a fim de evidenciar como a teoria da perda da chance deve ser analisada e refutada (ou aplicada) nos casos envolvendo clientes que demandaram ex-advogado em razão da detecção de falha na prestação de serviço.

Na Apelação Cível n. 70067850198⁴⁴⁷, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a condenação de indenização por perda de uma chance imposta ao advogado foi afastada com base nas provas dos autos. Tratava-se, originariamente, de ação de revisão de contrato julgada extinta em razão da procedência da ação de busca e apreensão ajuizada pelo credor do ajuste em revisão. Não houve interposição do recurso de apelação pelo patrono, o que fundamentou o pedido de reparação pela chance perdida. No entanto, agiu de forma correta a Corte, ao analisar a prova dos autos da ação revisional, bem como colacionar o excerto da sentença em que se reconhece o inadimplemento do autor⁴⁴⁸ e, até mesmo, dos valores entendidos como devidos. Evidente que se as chan-

⁴⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL, 2016c.

⁴⁴⁸ Lê-se do corpo do acórdão: “Como se percebe, considerou-se no caso que houve deferimento de liminar de manutenção da posse em favor do autor em sede de ação revisional de contrato (Proc. n. 001/1.10.0027097-2), cuja ordem ficou condicionada a realização de depósito judicial até o quinto dia útil de cada mês. Analisando a data em que disponibilizada a decisão (liminar deferida na ação revisional) no Diário de Justiça Eletrônico (09.03.2010), pode-se concluir que o primeiro depósito deveria ter sido realizado até o quinto dia útil do mês seguinte, no caso abril de 2010. Considerando a data em que realizados os depósitos judiciais (fls. 331/332) pode-se concluir, em tese, que estes eram cumpridos de forma antecipada. Entretanto, deve ser considerado que os depósitos não foram feitos na integralidade do valor devido, pois, conforme referido na decisão transcrita, o contrato foi firmado em maio de 2009, com obrigação de pagamento de 36 parcelas e destas, quando da vinda a juízo, o autor ainda não havia pago uma sequer. Assim, resta nítido que a própria parte concorreu para que a liminar deferida em seu favor fosse revogada. Também não se pode deixar de referir que o banco teve mais de uma decisão favorável ao seu pleito de busca e apreensão, mesmo que em sede de liminar (conforme se verifica nos autos da ação de busca e apreensão). Destarte, diante dos elementos dispostos nos presentes autos, pode-se concluir que, independentemente do conhecimento do recurso de apelação, não haveria a reforma da sentença prolatada em sede da ação indenizatória, razão pela qual deve ser reconhecida a improcedência do pedido ora deduzido” (RIO GRANDE DO SUL, 2016c).

ces de reversão do julgado eram baixíssimas, não poderá haver condenação do advogado pela perda de chances.

Em outro julgado, o autor pleiteou a reparação por indenização pela perda da chance em razão de o advogado contratado ter feito carga dos autos e ficado anos sem devolver ao cartório. O Tribunal corretamente asseverou que a ação indenizatória se fundamentou apenas no fato da retenção dos autos pelo causídico, deixando de fazer “[...] maiores esclarecimentos da demanda proposta no processo n.º 001/1.05.0215912-3, não havendo como concluir acerca da chance de acolhimento do pedido pelo juiz da causa⁴⁴⁹”, de modo que a mera expectativa não merece reparação, sendo ônus do autor a prova de que as chances cuja reparação se busca eram sérias e reais.

No acórdão exarado no Recurso n. 70065663304⁴⁵⁰ a teoria foi refutada sob a justificativa de que

[...] tendo a ação de n. 2006.71.02001032-7 sido julgada improcedente pela ausência de provas do fato constitutivo do direito dos autores – provas, estas, que os autos não demonstraram existir -, por corolário lógico, não há falar na teoria da perda ‘perda de chance’⁴⁵¹.

De igual forma, na Apelação Cível n. 70060535598⁴⁵², também do Rio Grande do Sul, tratou-se de ação de indenização em face do ad-

⁴⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL, 2016d. Asseverou ainda o acórdão, *verbis*: “Impõe-se o destaque que a simples expectativa de possibilidade de êxito na ação, por si só, não comprova a perda de uma chance, cabendo à parte ora demandante a prova efetiva acerca de uma decisão favorável, o que não ocorreu, em evidente afronta aos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil”.

⁴⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL, 2015d.

⁴⁵¹ *idem*.

⁴⁵² RIO GRANDE DO SUL, 2015e. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. HONORÁRIOS DE PROFISSIONAL LIBERAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. AÇÃO DE RECONVENÇÃO. I. Perda de uma chance. Para que seja configurada, deve-se, primeiramente, avaliar quais seriam as reais probabilidades de obter êxito nas demandas patrocinadas, para, então, aferir acerca da culpa do causídico, no tocante a prestação de serviços. II. Danos morais e materiais. Indeferimento, que é consequência da ausência de comprovação dos fatos constitutivos da autora, na forma em que estabelece o artigo 333, I, do Código de Processo Civil. III. Redução dos honorários contratuais, diante da revogação de poderes. Não cabimento. Caso em que a atuação do advogado atingiu o objetivo da contratação. IV. Reconhecida a

vogado contratado para atuar em ação de indenização por danos morais. O procurador deixou de recorrer da sentença que reconheceu o direito de seu cliente. O cliente ficou insatisfeito, entendendo que caberia a majoração do dano moral arbitrado na ação para a qual o causídico restou contratado. O Tribunal consignou que

[...] o montante consignado, naquele feito, foi em valor equivalente a 50 salários mínimos vigentes à época [...]. Ocorre que tal importância, decorrente de falha na prestação de serviços, causada por instituição financeira, está, inclusive, acima do patamar que é praticado por esta Corte⁴⁵³.

No mesmo sentido, com base na prova dos autos, o Tribunal Gaúcho refutou a aplicação da teoria da perda de uma chance nas Apelações Cíveis n. 70065075327/TJRS⁴⁵⁴, n. 70066814898/TJRS⁴⁵⁵, n.

procedência da ação de reconvenção e extraído da sentença a parte que não constou nos pedidos do reconvinente. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS. UNÂNIMES”.

⁴⁵³ idem.

⁴⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2015f. Caso em que se buscou indenização pelas chances perdidas em face do advogado que contratado para atuar em reclamação trabalhista teria agido com negligência. No entanto, o relator afastou a responsabilidade do causídico de forma correta ao consignar que “[...] sobreveio lauto (fls. 95/106) que constatou ser a ora apelante plenamente apta ao trabalho, o que, conseqüentemente, demonstra que a improcedência da Reclamatória Trabalhista (fls. 115/116-v) não ocorreu por negligência da procuradora”.

⁴⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL, 2015g. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. MANDATOS. AÇÃO ORDINÁRIA. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. Responsabilidade subjetiva, decorrente de obrigação de meio e não de resultado. Precedentes desta Corte. PERDA DE UMA CHANCE. A teoria da "perda de uma chance" leva em consideração as reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da alegada negligência e desídia do advogado. No caso dos autos, não obstante a deserção do recurso de apelação, sem prova de que a parte teria adiantado os valores ao advogado, a simples expectativa de possibilidade de êxito, por si só, não materializa a perda de uma chance. Caberia à parte demandante demonstrar que a insurgência recursal poderia, de fato, ser acolhida pelo Tribunal, ônus do qual não se desincumbiu nestes autos. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Honorários de sucumbência fixados de forma apropriada pela sentença, condizente com o trabalho realizado pelo profissional da advocacia. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS”.

0066648015/TJRS⁴⁵⁶, n. 70061223608/TJRS⁴⁵⁷, n.
70063622666/TJRS⁴⁵⁸ e n. 70067766394/TJRS⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL, 2015h. Do corpo do acórdão se extrai excerto interessante: “Ora ao quanto se depreende das circunstâncias narradas acima, a condenação se deu com base na análise do conjunto probatório que levou o julgador a concluir pela existência de crédito em favor de seus antigos clientes. Não se tratou de interpretação de uma questão de direito, de adoção de posicionamento contrário à jurisprudência vigente, ou de qualquer outro caso em que autorizasse a conclusão de que poderia haver solução diversa para aquela ação. De igual modo, sequer foi aventada, nesta ação, a existência de contexto fático diverso naquela ação, que ‘muito provavelmente’ ou ‘certamente’ conduziria a julgamento diverso. Tampouco foi indicado, de modo objetivo, algum defeito técnico na contestação ofertada pelo advogado ora réu. [...]. Daí porque não é imputável ao advogado réu – procurado para oferecer defesa, necessariamente depois da citação – eventual prejuízo advindo ao escritório autor do descumprimento daquela ordem judicial”.

⁴⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL, 2015i. Consigna o acórdão que “[...] na inicial dos embargos à execução a tese ventilada tem como embasamento o fato de a parte ter sempre honrado com os pagamentos e quanto à intenção de adimplir o débito. Ou seja, considerando que a alegação foi genérica, certamente os embargos não seriam acolhidos, mesmo que houvesse na análise de seu mérito. [...] Destarte, diante dos elementos dispostos nos presentes autos, pode-se concluir que, independentemente de haver o recolhimento das custas e apresentação de memória de cálculo em tempo hábil, os embargos à execução não seriam acolhidos, razão pela qual que deve ser reformada a sentença de parcial procedência”.

⁴⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL, 2015j. Nesse caso, atento à prova dos autos, mormente à prova pericial produzida na ação trabalhista em que restou comprovada a doença acometida do cliente não se originava de função laborativa, afastou a aplicação da teoria da perda da chance. Eis a ementa: “APELAÇÃO CIVEL. MANDATOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Perda de uma chance. Para que seja configurada, deve-se, primeiramente, ponderar quais seriam as reais probabilidades de obter êxito nas demandas patrocinadas, para então poder-se aferir acerca da culpa do causídico, no tocante a prestação de serviços. Não verificado o nexo de causalidade entre a conduta do advogado e o resultado da demanda. Indenização por dano moral. Indeferimento, que é consequência da ausência de comprovação dos fatos constitutivos da autora, na forma em que estabelece o artigo 333, I, do Código de Processo Civil. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME”.

⁴⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL, 2016a. Ementa: “MANDATOS. ADVOGADO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. NÃO CONSTATA DA LESÃO À HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA. DERAM

Um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aponta, também, para a questão da ausência de seriedade das chances. Na Apelação Cível n. 0416728-97.2010.8.19.0001⁴⁶⁰, o cliente demandou o advogado pleiteando a reparação das chances perdidas, alegando que o teria contratado para representá-lo em juízo e que teria avençado, ainda, a realização de sustentação oral perante o Tribunal Fluminense, não tendo o procurador realizado tal ato e, por isso, subtraído suas chances de êxito na demanda. Corretamente, contudo, concluiu a Corte Estadual:

Nesse passo, há que se concluir que o exame do acórdão probatório aponta para a conclusão de que a probabilidade de êxito da demanda ajuizada perante a Justiça Federal era reduzida, uma vez que uma ação mandamental já havia sido proposta, sem êxito, pelo ora Autor, além de se tratar de

PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ, NEGANDO-O AO DA PARTE AUTORA. UNÂNIME”.

⁴⁶⁰ RIO DE JANEIRO, 2013b. Caso em que o advogado foi contratado para realizar sustentação oral no Tribunal de Justiça, mas acabou não fazendo, motivo pelo qual foi demandado pelo ex cliente buscando reparação pela perda da chance. Com base na prova dos autos e no processo para o qual o procurador fora contrato o relator concluiu pela ausência de seriedade das chances consignando que “No caso concreto, verifica-se de fls. 99/104 que o Autor participou de concurso para preenchimento de vaga para a área jurídica da EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA - EPE, organizado pela CESGRANRIO, para a qual o respectivo edital previa duas vagas tendo o ora Demandante se classificado em quarto lugar e, como os dois primeiros colocados desistiram, o ora Autor, alegando que passou a ocupar o segundo lugar, ajuizou uma ação mandamental visando sua nomeação no cargo pretendido, não obtendo êxito nessa via, após o que contratou o advogado ora Apelante para que ajuizasse outra demanda visando tratar da mesma questão. Na demanda ajuizada pelo ora Apelante, foi proferida sentença de improcedência, alvo de apelação, a qual foi examinada pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região em acórdão que restou assim consignado [...].Nesse passo, há que se concluir que o exame do acórdão probatório aponta para a conclusão de que a probabilidade de êxito da demanda ajuizada perante a Justiça Federal era reduzida, uma vez que uma ação mandamental já havia sido proposta, sem êxito, pelo ora Autor, além de se tratar de matéria exclusivamente de direito, o que leva à conclusão de que dificilmente uma sustentação oral iria alterar o resultado, não tendo, além disso, o Autor, feito em sua inicial nenhuma menção de que isso poderia ocorrer. A aplicação da teoria da perda de uma chance exige desperdício de oportunidade séria e efetiva de auferir algum benefício, no caso, a vitória na demanda ajuizada na Justiça Federal, o que não se verifica nos autos. ”

matéria exclusivamente de direito, o que leva à conclusão de que dificilmente uma sustentação oral iria alterar o resultado, não tendo, além disso, o Autor, feito em sua inicial nenhuma menção de que isso poderia ocorrer⁴⁶¹.

Aquele Tribunal Estadual também teve a oportunidade de enfrentar as Apelações Cíveis n. 0023761-96.2012.8.19.0208⁴⁶², n. 0035143-

⁴⁶¹ idem.

⁴⁶² RIO DE JANEIRO, 2014c. Caso em que conclui que as chances de improcedência na justiça trabalhista era manifesta, motivo pelo qual afasta a aplicação da teoria da perda de uma chance. Além disso, sabidamente, conclui que o inadimplemento contratual, por si só, não tem o condão de gerar o abalo moral. Transcrevo a ementa porque muito aclaradora: “APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CONDUTA DO ADVOGADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. AUSÊNCIA DE RECURSO. TE-ORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INEXISTÊNCIA. 1. O caso em testilha trata de típica situação de obrigação de meio, aquela em que o devedor se obriga a utilizar sua habilidade, técnica, conhecimento, prudência e diligência para alcançar o sucesso da empreitada, mas não o garante ao credor, o que não dispensa o profissional de agir diligentemente, visando à consecução do contrato. Precedentes deste Tribunal. 2. O advogado não é obrigado a interpor qualquer recurso se estiver convencido de seu descabimento, ou da sua inconveniência, o que afasta sua responsabilidade patrimonial e profissional. 3. O causídico entendeu não ser pertinente a apresentação de recurso ao segundo grau de jurisdição trabalhista em razão da fragilidade do arcabouço probatório adunado no feito. 4. A teoria da “*perda de uma chance*” foi desenvolvida pela doutrina francesa para aquelas situações em que o ato ilícito suprime da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como a possibilidade de deixar de obter uma posição favorável pela omissão do advogado. 5. A possibilidade de êxito, frise-se, deve se mostrar real, com elevadas possibilidades de ocorrer, para que somente assim se possa crer que a —chancel fora efetivamente perdida por culpa do agente. Precedentes do STJ. 6. Na forma do art. 333, I do CPC, o autor não se desincumbiu o ônus de provar o fato constitutivo do direito reclamado que, *in casu*, consistia na possibilidade real de êxito do recurso que deixou de ser interposto pelo réu. 7. Ademais, depreende-se, através de breve leitura da cópia dos autos do feito trabalhista, que o pleito do obreiro, ora autor, era manifestamente improcedente. Note-se que o empregado perquiria a incorporação de verba relativa à gratificação percebida em razão do exercício de função de confiança, por ele percebida por período inferior a 10 (dez) anos, tempo mínimo necessário para legitimar o pedido. Nesse ponto, o Juízo trabalhista foi enfático ao julgar improcedente o pedido por descumprimento de requisito temporal consagrado na jurisprudência dominante. 8. Além disso, o autor também reclamava o pagamento de adicional de

90.2013.8.19.0066⁴⁶³ e os Embargos Infringentes n. 0000372.33.2006.8.19.0066⁴⁶⁴, dirimindo a questão de forma adequada

insalubridade, em razão da manipulação de material tóxico, todavia, o *expert* afasta a natureza insalubre da atividade exercida pelo reclamante: 9. Também não se vislumbra dano moral indenizável, uma vez que a falta de notificação do cliente pelo advogado, sobre o teor da sentença de improcedência do pedido, e mesmo a ausência de interposição do recuso cabível, não geram a ofensa extrapatrimonial alegada, mas somente consequências materiais que reclamam a comprovação adequada. Verbete nº 75 da súmula de jurisprudência desta Corte. Precedentes do TJRJ. 10. Provimento do apelo do réu e recurso do autor que não segue.

⁴⁶³ RIO DE JANEIRO, 2015b. Segue a ementa: “APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM FACE DE ADVOGADO, PROFISSIONAL LIBERAL CONTRATADO PARA PATROCINAR OS INTERESSES DO AUTOR EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO HABITACIONAL PROPOSTA EM FACE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADVOCACIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. DANO MATERIAL E MORAL NÃO COMPROVADOS EFETIVAMENTE, EIS QUE NÃO SE PODE GARANTIR O RESULTADO DE UM PROCESSO, NÃO HAVENDO AINDA O QUE SE FALAR, CONFORME OS ELEMENTOS PRESENTES NOS AUTOS, EM PERDA DE UMA CHANCE. A OBRIGAÇÃO DO ADVOGADO É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO, RESPONDENDO, PORTANTO, POR DOLO OU CULPA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 32 DO ESTATUTO DA OAB. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO RÉU NO INSUCESSO DA AÇÃO, ÔNUS QUE CABIA AO AUTOR (ARTIGO 333, I, DO CPC). INOCORRÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, POIS A SIMPLES DEFESA DE SEUS INTERESSES NÃO JUSTIFICA A SUA PUNIÇÃO. RECURSO CONHECIDO. SEGUIMENTO NEGADO NA FORMA DO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC”.

⁴⁶⁴ RIO DE JANEIRO, 2014. Em que pese ter aplicado de forma equivocada o Código de Defesa do Consumidor, o acórdão resolve bem a questão ao analisar a prova dos autos e a seriedade das chances. Assim consignou “*In casu*, mesmo tendo admitido ter deixado de alegar oportunamente a ocorrência de prescrição de parte da pretensão então formulada pelos ex-funcionários da autora, a comprovação do real prejuízo suportado é fundamental para caracterizar a responsabilidade civil do réu, já que sem dano não há responsabilidade. [...]. Desse modo, a pretensão indenizatória não encontra guarida no arcabouço probatório adunado aos autos. E isso, porque mesmo que as condenações tenham abarcado parcelas já prescritas, *in casu*, verbas trabalhistas relacionadas a período anterior ao quinquênio que antecedeu o fim das relações de emprego então existentes, o advento de acordos firmados, já na fase executiva das reclamações trabalhistas,

ao refutar a aplicação da teoria com base na prova dos autos e a análise da seriedade das chances.

Em Minas Gerais, quando da apreciação da Apelação Cível n. 1.0338.13.009603-9/001⁴⁶⁵, o Tribunal afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance, mesmo tendo reconhecido a desídia do advogado. Isso porque, ao examinar a probabilidade de êxito, ou seja, a seriedade das chances, concluiu que a interposição do recurso – que não ocorreu – não alteraria a conclusão do juiz na Justiça Trabalhista. Procedeu da mesma forma o Tribunal de Minas Gerais nas Apelações Cíveis n. 1.0024.11.082224-4/001⁴⁶⁶, n. 1.0479.10.000905-5/001⁴⁶⁷, n.

impede a verificação da ocorrência dos danos alegados. Note-se que em tais acordos houve significativa redução da dívida decorrente das condenações trabalhistas impostas à autora, não se podendo crer, sem a necessária prova, que ainda persistiram, nos valores acordados, verbas fulminadas pela prescrição. Necessário frisar que o dano não é presumido somente em razão de terem sido considerados na negociação dos acordos, valores então prescritos. A demonstração da sua ocorrência é condição *sine qua non* para a verificação da responsabilidade, conforme abalizada doutrina já transcrita”.

⁴⁶⁵ MINAS GERAIS, 2015b. Depreende-se do acórdão: “No entanto, as afirmações da Autora, bem como os documentos acostados aos autos não conduzem à procedência do pedido inicial. [...]. Ainda que a conduta do Réu de não comunicar seu cliente sobre os fatos do processo merecesse repreensão, não há comprovação de que a Autora tenha perdido a chance de sagrar-se vencedora na demanda em virtude da incúria de seu patrono. [...] Ao meu alvedrio, ao contrário do que entendeu o magistrado primevo, o ônus da prova acerca da possibilidade de sair vitorioso na demanda trabalhista era da Autora, não do Réu. Além disso, conforme consta da sentença ‘impossível será no caso em tela, mensurar o valor da chance pedida, especialmente porque não se pode dizer que o recurso ordinário, caso interposto, possuiria o condão de afastar a condenação imposta na sentença trabalhista de primeiro grau’. Com efeito, a alegação, tão-somente, de que a ausência de indicação dos quesitos, nomeação do assistente técnico não é suficiente para lhe assegurar o direito à indenização material pretendida”.

⁴⁶⁶ MINAS GERAIS, 2013b. Ementa: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. NEGLIGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. ATO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADO. O advogado é obrigado a defender os interesses de seus clientes da melhor forma possível, não configurando a ausência de insurgência recursal, por si só, negligência profissional do causídico. A teoria denominada "perda de uma chance", em que se faz exame de probabilidade sobre a existência de eventual êxito do recurso não interposto e que retirou a possibilidade do jurisdicionado de exame da matéria pelos órgãos recursais, somente pode ser aplicada se hou-

1.0701.12.025624-6/001⁴⁶⁸, n. 1.0024.08.102407-7/001⁴⁶⁹ e n. 1.0718.10.001191-2/003⁴⁷⁰.

ver elementos para que se exerça o juízo de probabilidade, com a demonstração de que a eventual tese recursal teria possibilidade de ser acolhida”. Do corpo do acórdão se extrai: “No mérito, vê-se que o réu não agiu com dolo e nem culpa, tendo prestado serviço de acordo que se exige de profissional operador do direito. Restou claro com a prova pericial que o autor não teve lesão ou seqüela em razão do acidente (fls. 248 - conclusão do laudo pericial). Ficou também claro no laudo pericial que o autor tinha conhecimento que era proibido esquentar marmitta no local, como se vê do laudo pericial, fls. 241. Ora, ante a tantas evidências dos autos, onde se apurou a culpa exclusiva do autor para o sinistro, mas que dele quer ser vítima, se o advogado fosse recorrer, poderia, a toda evidência, ser enquadrado no artigo 17, incisos I e II, do CPC, vez que a matéria sob a ótica probatória, tornou-se incontroversa.” (f. 513)”.

⁴⁶⁷ MINAS GERAIS, 2013c. Ementa: “APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. TEORIA DA CHANCE PERDIDA. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE PROVA. Na falta de comprovação de qualquer deficiência na prestação de serviços advocatícios que tenham resultado na perda de uma chance para o contratante, como por exemplo, que os advogados contratados deixaram de adotar qualquer medida própria da representação, deve ser indeferida a pretensão reparatória”.

⁴⁶⁸ MINAS GERAIS, 2013d. Caso em que a cliente contratou advogado para entrar com recurso administrativo no ISS para o recebimento de pensão por morte de seu marido, mas o advogado não fez. Alega a cliente que posteriormente entrou com o procedimento e conseguiu, razão pela qual, anteriormente, o advogado lhe teria subtraído a chance de êxito. O juiz afastou a teoria porque não havia prova nenhuma dos autos de que quando a própria cliente alega ter feito o requerimento tenha conseguido, de fato, o benefício. Eis a ementa do julgado: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO - PERDA DE UMA CHANCE - NÃO CONFIGURAÇÃO - INDENIZAÇÃO - NÃO CABIMENTO. - A obrigação de indenizar decorrente da perda de uma chance somente se configura quando há uma chance real, objetiva de se alcançar algum resultado, que somente não é obtido em razão da frustração da oportunidade por culpa de outrem, não sendo bastante a mera expectativa subjetiva de êxito”.

⁴⁶⁹ Esse caso é bastante interessante porque, além de ter afastado a teoria com base na falta de provas de êxito da demanda, o juiz consigna que a ação de alimentos não faz coisa julgada material e que poderia ser revista por qualquer uma das partes. Eis a ementa: “AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO OMISSIVO DE ADVOGADOS. PLEITO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE SUA REVISÃO. JULGADO REBUS SIC

Também foi possível encontrar a correta refutação da teoria no Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Na Apelação Cível n. 0011756-05.2000.8.08.0035⁴⁷¹, por exemplo, as chances de êxito foram devida-

STANTIBUS E DE PROGRESSÃO EXONERATÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 471, §1º, CPC. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA SOBRE AS QUESTÕES FÁTICAS. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE NECESSÁRIO ENTRE A NÃO INTERPOSIÇÃO DO RECURSO E A CONSEQUÊNCIA DE DIREITO MATERIAL. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (MINAS GERAIS, 2013e).

⁴⁷⁰ MINAS GERAIS, 2015c. Ementa: “APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO DE COBRANÇA NÃO AJUIZADA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA REAL PROBABILIDADE DE ÊXITO - DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. Não procede o pedido de indenização por danos materiais, por aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pelo fato do advogado não ter ajuizado a ação, para a qual fora constituído procurador da parte, e ter ocorrido a prescrição da pretensão, se não há prova de uma real probabilidade de êxito daquela demanda”.

⁴⁷¹ ESPÍRITO SANTO, 2015. Para deixar clara a questão, colaciona-se do acórdão: “Não vejo como responsabilizar o demandado por uma licitação que supostamente a apelante poderia ter obtido êxito se o apelado tivesse impetrado mandado de segurança, face a desclassificação daquela empresa. Ademais, não restou demonstrado que a autora/apelante teria saído vitoriosa da licitação. Aliás, em Assembleia Extraordinária daquele Condomínio, diversamente do que afirma a apelante, entendeu por desclassificar sua proposta, senão vejamos: "a empresa Tetramar a qual seria uma das propostas finalistas, esta comissão avaliou pontos da proposta por serem de suma importância, tais como: rasura da proposta, visto que o item garantia foi acrescentado à caneta, sendo que o restante da proposta estava totalmente datilografada; o atestado de capacidade técnica feito em papel ofício comum, sem timbre, sem carimbo do CGC e sem firma reconhecida; etc..., finalmente a opção e aprovação desta comissão definiu-se pela firma Águia Pinturas Acabamentos e Representações Ltda., isto pelos motivos expostos abaixo;..." Assim, verifico que a simples conduta ilícita do advogado não é capaz de gerar sua automática responsabilidade civil, devendo haver a necessária ponderação acerca da probabilidade que seu cliente teria de se sagrar vitorioso, que não é o caso dos autos. Por decisão da Assembleia daquele condomínio, saiu vitoriosa outra empresa, a Águia Pinturas Acabamentos e Representações Ltda., e mesmo se o apelado tivesse interposto alguma medida judicial para a defesa da apelante, não seria certo que esta ganharia a licitação”.

mente analisadas, concluindo-se pela sua falta de seriedade⁴⁷², porquanto nenhuma prova de fez de que o cliente/autor sairia vitorioso da licitação de que participou, mormente porque, em outras situações, o condomínio responsável pela contratação das empresas licitantes, já tinha se pronunciado no sentido de estabelecer ajuste com outra concorrente. No Tribunal do Estado vizinho, São Paulo, o mesmo encaminhamento foi dado, com relação à refutação da teoria da perda de uma chance, na Apelação Cível n. 018774-12.2007.8.26.0100⁴⁷³.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ao julgar a Apelação Cível n. 0067819-58.2011.8.12.0001, não reconheceu a aplicação da teoria para condenar o ex-causídico por concluir que a autora não demonstrou que indicou o rol de testemunhas ao advogado outrora contratado e que este, por desídia, não as arrolou oportunamente na ação indenizatória ajuizada em face de seu ex-cônjuge. E mais. Consignou a Corte, ainda, que o juízo “[...] prolator da sentença, bem fundamentou seu vencimento, de acordo com a documentação acostada aos autos,

⁴⁷² No mesmo sentido foi o resultado da apelação cível n. 0025439-50.2012.8.08.0048, em que restou consignado no corpo do acórdão a impossibilidade de aplicação da teoria sob a seguinte fundamentação: “De um simples lançar de olhos sobre a documentação colacionada aos autos, verifico faltar ao autor a real probabilidade de vitória em seu pleito, sendo até o mesmo incoerentes os fatos narrados na exordial trabalhista, que resultaram na total improcedência da demanda. [...]. Não há, portanto, como acolher a tese do recorrente, pois embora o serviço contratado não tenha disso prestado a contento, não se mostra plausível a tese defendida que, repito, foi considerada fala até mesmo na descrição fática, não havendo que se falar em responsabilidade do sindicato” (ESPÍRITO SANTO, 2014).

⁴⁷³ SÃO PAULO, 2015k. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL Mandato Alegação de falha na prestação de serviços de advocacia Acusação de conduta imperita e negligente, e de afronta ao dever de informação Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pela contratante Sentença de extinção sem resolução do mérito em relação ao pedido de indenização por danos materiais (pedido genérico) e de improcedência quanto ao pedido de compensação por danos morais Apelo da autora Inobservância da regra do artigo 286, caput, primeira parte, do Código de Processo Civil caracterizada Perda de chance em decorrência da não propositura de ação revisional de contrato - Responsabilização, todavia, que não é automática Necessidade de comprovação da probabilidade real e séria do acolhimento da demanda não ajuizada por desídia da ré - Prova não produzida - Ônus da autora, na forma do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil Imperícia e negligência não caracterizadas Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação entre cliente e advogado Indenizações inexigíveis Recurso Desprovido”.

mencionou que não restou demonstrada a conduta difamatória praticada pelo réu”, e que, acaso se tivesse feito prova da indicação das testemunhas pela cliente, “[...] ainda assim a oitiva em juízo não indica provável modificação do julgado, mormente porque seria prova oral contra prova oral, ambas em sentidos opostos⁴⁷⁴”.

Outro caso do Mato Grosso do Sul que merece destaque é a Apelação Cível n. 0027662-09.2012.8.12.0001⁴⁷⁵. No caso concreto, o cli-

⁴⁷⁴ MATO GROSSO DO SUL, 2015b.

⁴⁷⁵ MATO GROSSO DO SUL, 2015c. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – DESÍDIA NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO ADVOGADO – DIREITO DO CLIENTE PREJUDICADO – RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CABIMENTO – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO PELO VALOR DA AÇÃO PROPOSTA E QUE FOI JULGADA EXTINTA PELA DESÍDIA DO ADVOGADO – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – INAPLICABILIDADE AO CASO PRESENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Se a atuação do advogado no deslinde da causa para qual foi contratado não se mostrou pautada no dever de cuidado e prudência profissional que lhe era exigível, impõe-se a obrigação de indenizar os danos morais acarretados ao cliente. No que se refere aos danos materiais, contudo, consistentes na condenação do valor respectivo que a autora pretendia obter com a ação cujo processo foi julgado extinto pela desídia do advogado, deve-se tomar em consideração que 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. Daí porque 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. No caso concreto, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pacificou entendimento contrário ao externado pela autora na ação primitiva, julgada extinta sem apreciação do mérito, no sentido de que nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pelo que não há que se falar em repetição e dobro do valor que supostamente teria sido pago a maior, além do que, no que diz respeito ao plano de reajustamento das prestações, que se objetivava fosse pelo PES, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, o STJ entendeu que é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei n. 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico, decisão adotada em sede de recurso especial repetitivo. ter sofrido com a extinção do processo sem julga-

ente contratou advogado para ajuizar revisional de contrato em face da Caixa Econômica Federal. Após a propositura da ação, o advogado havia sido intimado para juntar aos autos o contrato objeto do pedido de revisão, mantendo-se ele, entretanto, inerte. Nesse contexto, o juiz federal indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito. Com base em tais fatos, pleiteou o cliente lesado indenização por danos morais e materiais com fundamento na perda de uma chance.

Na origem, em razão de ter sido verificada sua desídia, o procurador foi condenado ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) com fundamento na perda de uma chance. O autor recorreu para majorar a condenação, ao passo que o advogado não apresentou recurso. Todavia, ao analisar o caso, o tribunal de justiça do Mato Grosso do Sul procedeu de maneira escorreita. Primeiramente, analisou as teses ventiladas na ação primitiva cuja petição inicial fora indeferida e as contrapôs ao entendimento jurisprudencial majoritário sobre elas, concluindo que as chances de êxito eram mínimas, mormente com base na época do ajuizamento da ação e do direito vigente naquele período, consagrando a questão da atualidade das chances apontada no item 1.7.1 do presente trabalho.

Em segundo lugar, a análise mostra-se certa ao concluir que

[...] referida extinção do processo, por não formar coisa julgada material, ensejaria a possibilidade de a autora, por outro causídico, repropor a ação em face do agente financiador, para dele insistir na reposição dos valores que entendia devidos, e não perante o advogado, ação esta que não foi por ela, em seguida, proposta. Com efeito, não formando a sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito a coisa julgada material, mas apenas a formal, não estava a autora impedida de repropor a ação, através de outro advogado, para postular os mesmos direitos que entendia ser detentora, perante a CEF, atitude que não adotou, o que significa dizer que ela própria abriu mão do direito que entendia ser detentora, para postular o recebimen-

mento do mérito. Sobreleva notar, também, que referida extinção do processo, por não formar coisa julgada material, ensejaria a possibilidade de a autora, por outro causídico, repropor a ação em face do agente financiador, para dele insistir na reposição dos valores que entendia devidos, e não perante o advogado, ação esta que não foi por ela, em seguida, proposta. recurso conhecido e improvido”.

to de valor idêntico do próprio advogado, fundada na teoria da perda de uma chance, a qual, como se viu, requer análise pormenorizada do caso e hipótese de sua incidência, sob pena de se cometer injustiça contra o advogado que, mesmo negligente no atuar, pode ter dado prejuízo ao cliente, mas não na extensão objetivada, como é o caso presente⁴⁷⁶.

Realizada essa análise, o Tribunal afastou a aplicação da teoria da perda de uma chance de forma adequada. A condenação, no entanto, não foi alterada porque não houve recurso por parte do advogado e a Corte, evidentemente, não poderia julgar o que não fora requerido pelas partes. No mesmo sentido, foi, ainda, a Apelação Cível n. 0000308-83.2007.8.12.0033⁴⁷⁷.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, semelhantemente, afastou a aplicação da teoria com base na prova dos autos do processo em que ocorreu a falha do causídico, como é o caso das Apela-

⁴⁷⁶ idem.

⁴⁷⁷ MATO GROSSO DO SUL, 2013. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS E MORAIS – ATO ILÍCITO PRATICADO POR ADVOGADA – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DOS CLIENTES ACERCA DA SENTENÇA PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO – OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO – ANÁLISE DAS CHANCES DE BENEFÍCIO PELA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – BAIXA PROBABILIDADE DE ÊXITO NA REFORMA DO JULGADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A responsabilidade profissional do advogado com relação ao seu cliente configura verdadeiro vínculo obrigacional, com nítida natureza contratual, sendo que sua obrigação, em regra, não é de resultado, mas de meio, uma vez que, ao patrocinar a causa, obriga-se a conduzi-la com toda a diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. II - Ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de fatores que refogem ao seu controle, por isso a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexos causal entre a negligência e o dano, razão por que se mostra aplicável a teoria da perda de uma chance, que 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 uma posição mais vantajosa, não fosse o ato ilícito praticado. III - Ausente a demonstração de que o ato ilícito praticado pela ré apelada retirou dos apelantes a chance de auferir benefício decorrente da reforma da sentença, pela não interposição de recurso de apelação, não há como prosperar a pretensão recursal”.

ções Cíveis n. 0011217-0.2014.8.07.0001/TJDFT⁴⁷⁸, n. 0053127-92.2011.8.07.0001/TJDFT⁴⁷⁹, n. 0005777-40.013.8.07.0001/TJDFT⁴⁸⁰ e n. 0033744-26.2014.8.07.0001/TJDFT⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ DISTRITO FEDERAL, 2016b. Da decisão colegiada extrai-se a conclusão correta do relator: “As condenações foram todas superiores ao limite dos valores do depósito recursal (2011 - R\$ 6.290,00 e 2012 - R\$ 6.598,00). A ré comunicou às autoras da necessidade de recolhimento de custas e depósito recursal para interpor recurso da sentença condenatória das reclamações de Nilton Rodrigues de Oliveira (f. 497), Walter Santiago de Sousa (fls. 499 e 502) e Marizon Paz de Sousa (fls. 520 e 522). Não há resposta das autoras aos e-mails. Intimidadas para manifestar sobre os documentos (f. 537) e contestação, não apresentaram réplica (f. 539). Nas reclamações trabalhistas pedia, na sua maioria, a condenação das rés em aviso prévio, adicional de periculosidade e reflexos, intervalo intrajornada e reflexos, dano moral, horas extras, por ilegalidade da jornada 12x36 e por inobservância da hora noturna reduzida e reflexo. O advogado nas reclamações era o mesmo, e as iniciais semelhantes. As sentenças julgavam procedentes as reclamações, exceto quanto às verbas prescritas e o pedido de dano moral (fls. 37/50, 74/82, 117/36, 218/30, 251/5, 266/71, 302/13 327/31). Verifica-se da reclamação de Denevalter Pereira da Silva que, enquanto a advogada tenha comparecido à audiência, as autoras, cientes da audiência, ausentaram-se (f. 72), tornando-as confessa quanto à matéria de fato (CLT, 844). A sentença, contudo, não foi diferente das demais. As autoras foram condenadas no pagamento de aviso prévio indenizado, adicional de periculosidade, horas extras e adicional noturno (fls. 74/82). A ré informou às autoras da sentença da reclamação de Magno Carvalho Silva, que a ré entendeu como “muito boa” (f. 505). Durante a prestação de serviços, há dezenas de e-mails da ré informando os andamentos das reclamações, datas da audiência, solicitando o envio de documentação e informações para confecção de contestação e de comprovante de depósito recursal e custas (fls. 363/528). A revelia na reclamação trabalhista de Alex Fabiano Neves Castro, que buscava o pagamento do aviso prévio, multa do 40% do FGTS, diferenças do vale refeição e reflexo das horas extras, não foi diferente das demais condenações em reclamações semelhantes. As autoras não provaram o potencial real de êxito nas reclamações trabalhistas e a negligência da advogada em interpor recurso, hipótese que este Tribunal tem entendido que não há responsabilidade do advogado, pois não demonstrada a certeza da potencialidade real da perda. [...] Não se concebe, assim, que a ré seja obrigada a ressarcir valor referente à condenação que as autoras sofreram, especialmente porque inexistem quaisquer indícios de negligência dela na condução da defesa. E as autoras não provaram que o suposto ato ilícito tenha tirado a oportunidade real e certa de obter resultado que a beneficiaria”.

⁴⁷⁹ DISTRITO FEDERAL, 2015f. Extrai-se do voto: “No presente caso, o ato impugnado pelo apelante está representado pela interposição do Recurso Ordinário desacompanhado da guia de preparo original, alegando ter sido privado de

Outro julgado que merece destaque pela correção de sua fundamentação para o afastamento da teoria é Apelação Cível n. 1.398.813-

um possível julgamento favorável. Ocorre que ao confrontar a r. sentença e o recurso ordinário, é possível verificar que a chance de êxito era praticamente inexistente. Na citada peça recursal o ora apelante se insurgia apenas quanto ao valor da remuneração considerado pelo d. Juiz *a quo* como sendo a remuneração do reclamante, consoante pode-se verificar diante da narrativa à fl. 71, e do único pedido para que fosse julgada improcedente "*A fixação da remuneração do Recorrido em R\$ 7.144,00 (sete mil e cento e quarenta e quatro reais) e seus reflexos, visto que não houve a ocorrência dos requisitos para caracterização da confissão ficta (...)*" - fl. 79. Contudo, diante da ausência naqueles autos de provas capazes de contrariar as alegações autorais quanto ao valor do seu salário, aliada à informação prestada pelo preposto de que "*não tem informação do valor do salário recebido pelo reclamante*" (fl. 257), não há que se falar em desacerto da aplicação da confissão ficta. Destarte, considerando que o fato consubstanciado na negativa de seguimento, em razão da juntada de cópia do preparo, por si só, não gera o dever de indenizar e que o apelante descuidou de provar ter providenciado a guia original do preparo, e que possuía significativa probabilidade de êxito com o julgamento do recurso ordinário, a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos emergentes e por danos morais deve ser mantida".

⁴⁸⁰ DISTRITO FEDERAL, 2015g. O acórdão assim concluiu: "Assim, em que pesem as alegações do autor e a vasta documentação juntada aos autos, não ficou comprovado em qualquer das 3 (três) situações jurídicas que os atos falhos do réu no exercício de sua função de procurador tiveram nexo de causalidade com o dano alegado pelo autor – impossibilidade de obtenção das tutelas jurisdicionais".

⁴⁸¹ DISTRITO FEDERAL, 2015g. Ementa: "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADVOGADO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. JUSTA REMUNERAÇÃO. ARTS. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Para que haja responsabilização do advogado, faz-se necessário demonstrar que a sua omissão causou, de fato, prejuízos ao cliente, e que, acaso interposto o recurso, a probabilidade de mudança na decisão de primeiro grau seria significativa. Assim, à luz da teoria da perda de uma chance, a reparação da oportunidade retirada depende da comprovação de que esta é real, concreta e relevante. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados à luz de uma apreciação equitativa do juiz, que vise a um valor justo e compatível com o trabalho desempenhado, de forma que não venha a aviltar o trabalho dos patronos constituídos, ou que não venha a remunerá-los de maneira excessiva. Assim, o julgador deve se nortear pelos preceitos estabelecidos em lei, devendo também ser razoável e prezar pelo equilíbrio financeiro das partes".

3⁴⁸², do Tribunal de Justiça do Paraná. Os autores demandaram os antigos advogados pela reparação de indenização em razão da perda de uma chance porque, no processo aleatório, deixaram de comparecer à audiência de instrução e julgamento por orientação dos seus então procuradores, tendo-lhes sido aplicada a revelia na ação trabalhista pretérita⁴⁸³, motivo pelo qual parte de seus pedidos foram julgados improcedentes. No entanto, ao analisar os fatos, provas e entendimento jurisprudencial,

⁴⁸² PARANÁ, 2015d. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. PRETENSOS DANOS CAUSADOS POR ADVOGADO. DEMANDA EXCLUSIVAMENTE INDENIZATÓRIA, SEM PERQUIRÇÃO DO CONTRATO. PATRONO QUE, EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA, ORIENTA SEU CLIENTE A NÃO COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO PARA PRESTAR DEPOIMENTO PESSOAL. UTILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA CONSISTENTE NO DEPOIMENTO PESSOAL DAS PARTES EM OUTRA RECLAMATÓRIA, CONVENCIONADA E EXPRESSAMENTE MENCIONADA NA SENTENÇA. PEDIDOS JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE VERIFICA NEM ERRO GRAVE E EVIDENTE DO ADVOGADO NEM SE APURA A CHANCE SÉRIA E REAL DE ÊXITO DA DEMANDA. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA ESCORREITA. RECURSO NÃO PROVIDO. Em caso de imputado erro de advogado, para se reconhecer o dever de indenizar fundado na Teoria da Perda de uma Chance, deve-se comprovar concomitantemente: (a) a conduta culposa por parte do profissional capaz de alijar sumariamente as chances de sucesso de seu cliente e (b) a existência de chance séria e real de êxito, caso o erro não se verificasse”.

⁴⁸³ Em caso similar – cliente demandando advogado porque não compareceu na audiência de instrução e julgamento e, por isso, aplicou-se a revelia, com a diferença de que nesse caso o não comparecimento foi por falta de aviso do procurador constituído – o relator, de forma correta, entendeu que não ficou comprovado que o comparecimento do autor na audiência teria revertido o julgamento. Assim foi decidido “Verifica-se que a sentença trabalhista que acolheu o pleito inicial de integração da parcela salarial de R\$ 200,00 (duzentos reais) ante o pagamento ‘por fora’ teve com base a confissão ficta. Entretanto, mesmo sendo este o fundamento, é certo que para ser aplicada a *teoria da perda de uma chance* deveria o autor/apelante demonstrar na presente demanda quais seriam as providências que seriam tomadas na audiência a fim de afastar a alegação da reclamante. Melhor, incumbe ao autor/apelante elucidar e trazer provas suficientes a convencer o juízo de que modo alcançaria a possibilidade de êxito na Reclamatória Trabalhista. *Ocorre que, não há nos autos qualquer elemento que poderia alterar o resultado, ou favorecer o ora apelante naquela demanda se tivesse a oportunidade de comparecer à audiência*” (PARANÁ, 2015e).

o Tribunal afastou a responsabilização dos causídicos, assim fundamentando:

Ainda que tenha sido mencionado, no tópico, que o autor seria confesso quanto à matéria de fato, *há de se destacar que a prova de tal pretensão (pagamento a menor do autor em relação ao piso da categoria) era de cunho eminentemente documental*, bastando para tanto o autor mostrar o montante de sua remuneração (através de holerites, recibos, crédito em conta-salário, etc.) e o dissídio da sua categoria, já que ela teria um suposto piso. *O depoimento pessoal do autor, neste aspecto, dificilmente alteraria o deslinde do feito.*

Foi rejeitado também o pedido de pagamento de adicional de periculosidade e de insalubridade. *Da sentença trabalhista assentou que as condições do local de trabalho e as reais atividades desempenhadas pelo autor não foram comprovadas pelo meio hábil, qual seja, a prova pericial que não foi realizada.*

Finalmente, *foi indeferido o pedido de pagamento da multa rescisória do art. 467 da CLT porque não ficou esclarecido o motivo da rescisão contratual (o que haveria de ser feito por prova testemunhal, e não mediante depoimento pessoal). Quanto à multa do art. 477 da CLT, a sentença entendeu que as verbas rescisórias foram pagas no prazo legal.*

Foi rejeitado o pedido de estabilidade – indenização substitutiva – porque o autor não provou que se candidatara a uma vaga de membro da CIPA (prova, evidentemente, de caráter documental) e não ficou comprovado que ele teria adquirido doença profissional nos 3 meses em que trabalhou na empresa (fundamento que também alicerçou a rejeição do pedido de indenização por danos morais).

Em suma, no caso concreto não se vislumbra, de um lado, a pretensa prática de erro dos advogados requeridos. *E, de outro lado, não se vislumbra chance concreta de êxito (quanto menos uma significativa probabilidade de sucesso) caso o autor tivesse comparecido àquela audiência na Justiça Trabalhista e lá prestado depoimento pessoal.*

De todo o exposto, conclui-se ser escorreita a conclusão do juiz singular, na sentença ora recorrida, que julgou improcedente a pretensão indenizatória do autor, fundada na Teoria da Perda de Uma Chance, porque não evidenciados os requisitos para o seu reconhecimento⁴⁸⁴. (grifamos)

De igual forma, o mesmo Tribunal, quando do julgamento da Apelação Cível n. 1.102.461-4⁴⁸⁵, refutou, adequadamente, a aplicação da teoria, por não restar configurada a seriedade da chance, consignando que

as apelantes buscam demonstrar sua chance de sucesso fundamentando em acórdão no período compreendido entre 2007 a 2008. Vê-se que os acórdãos [...], tratam de situações bem diversas da contida nos presentes autos. Denota-se pelo conjunto de acórdãos trazidos pelos recorrentes que não é possível auferir (sic) probabilidade de êxito do recurso não conhecido interposto pela apelada⁴⁸⁶.

Julgado interessante é o da Apelação Cível n. 1.268.382-2. Nesse caso, o advogado havia sido contratado para opor embargos à execução, porém fê-lo intempestivamente. Com base nesse fato, o ex-cliente ajuizou ação indenizatória em face do causídico com fundamento na teoria da perda da chance. Ao equacionar a lide, o relator analisou os argumen-

⁴⁸⁴ PARANÁ, 2015d.

⁴⁸⁵ PARANÁ, 2015f. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO QUE DEIXA DE JUNTAR SUBSTABELECIMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA. IMPOSSIBILIDADE DE REANÁLISE DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. FORMAL INCONFORMISMO. CHANCE REAL E SÉRIA PERDIDA EM DECORRÊNCIA DA NEGLIGÊNCIA DA RÉ. INCONGRUIDADE. HIPÓTESE HIPOTÉTICA DE REFORMA DA SENTENÇA NO TRIBUNAL. NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DOS AUTORES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO”.

⁴⁸⁶ *idem*. Fundamenta o julgado: “Em tais decisões, as reduções são motivadas pontualmente quanto a gravidade de cada dano moral, tais como, constrangimento de funcionário por instalação de câmera no banheiro da empresa, atribuição de danos morais antes não considerados na sentença singular, não comprovação de doença adquirida por falta de segurança, ofensa verbal, falta de treinamento e morte familiar”.

tos contidos nos embargos para aferir a reais chances de provimento/procedência da peça de defesa do executado, concluindo que pela pouca probabilidade de êxito, vejamos:

No caso dos autos, quanto à chance de sucesso do apelante, analisando-se os argumentos constantes dos embargos à execução, tem-se que:

(a) Quanto à inexigibilidade do título executivo, porque obtido para pagamento de agiotagem, tem-se que o título consubstancia-se em cheque.

*A própria leitura dos embargos à execução indica que a questão não seria acolhida pelo juízo (f. 137 e seguintes). Primeiro, porque o apelante não trouxe aos autos nem início de prova documental. Além disso, para se opor à autonomia do título executivo apresentado – cheque de f. 24 -, a rigor, ordem de pagamento à vista dirigida ao sacado, é necessária a alegação, que não prescinde de lógica, razoável – inexistente aqui – e sobretudo ao menos calcada em início de prova documental. Nem mesmo existe referência à empréstimo de dinheiro, seu valor, data de pagamento e seu tempo, tantas muitas informações que adensariam e confeririam plausibilidade à afirmação constituída em apontamentos para justificar a dilação probatória. Portanto, o recorrente alegou a agiotagem sem, no entanto, declinar o substrato fático da asserção e, mais que isso, sequer indicou meio de prova para tanto (f. 137 e seguintes). E não se negue que é possível investigar a *causa debendi*, diante de uma alegação concreta. O executado-apelante, contudo, restringiu-se a afirmar “a ausência de relação jurídica material lícita entre as partes, ou seja, o título foi obtido para pagamento de empréstimo com juros excessivos, melhor dizendo, agiotagem” (f. 138).*

(b) *A alegada prescrição também não prospera ao se confrontar a data da propositura da execução (f. 21-verso) e a data do título executivo apresentado (f. 24).*

(c) O alegado excesso de execução e de penhora também são fundamentados na dita agiotagem que, como já mencionado, inexistente nos autos sequer início de prova nesse sentido.

(d) Por fim, não há que se falar em chamamento ao processo da BV Financeira em razão de que a penhora recairá sobre bem móvel por ela financiado, *já que essa forma de intervenção de terceiro somente é admitida nos casos de fiança e solidariedade e é sempre facultativo.*

*Desse modo, a evitabilidade “em tese” do insucesso obtido pelo apelante na execução não integra o conceito de “chance séria e real” de êxito no acolhimento dos embargos à execução. É dizer, no caso, não há referência segura quanto à possibilidade de que os embargos fossem acolhidos da maneira como opostos, evitando-se a penhora bem e demais consequências do prosseguimento do processo de execução*⁴⁸⁷. (grifamos)

Ainda, as Apelações Cíveis n. 1.418.146-5⁴⁸⁸, n. 1.405.326-8⁴⁸⁹, n. 1.316.499-1⁴⁹⁰, n. 1.285.725-1⁴⁹¹ e n. 1.268.382-2, seguiram o mes-

⁴⁸⁷ PARANÁ, 2015g. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL EM “AÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS”. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOGADO. OPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO - ERRO GRAVE DO PROFISSIONAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - ARGUMENTOS TRAZIDOS NOS EMBARGOS QUE NÃO CONSUBSTANCIAM-SE EM CHANCE SÉRIA E REAL DE SUCESSO DO APELANTE, CASO OPOSTOS OS EMBARGOS NO PRAZO LEGAL. PROBABILIDADE DE EVITAÇÃO DO RESULTADO QUE NÃO INTEGRA O CONCEITO DE CHANCE SÉRIA E REAL. RECURSO CO-NHECIDO E DESPROVIDO”.

⁴⁸⁸ PARANÁ, 2015h. Lê-se do corpo do acórdão “No caso, não há dúvidas de que o Agravo de Instrumento não foi recebido por não conter os elementos essenciais (art. 897, § 5º, da Consolidação das Leis Trabalhistas), mas ainda que a advogada Apelada tenha sido negligente nesse aspecto, não há como condená-la pela perda de uma chance. O primeiro aspecto que leva a essa conclusão é o fato de o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, no julgamento do Recurso Ordinário interposto por LUIZ CLAUDIO MACHADO DA SILVA, já ter afastado a prescrição. [...]. Essa situação, de *per si*, revela que, se recebido fosse, o Recurso de Revista interposto pela Apelante estaria fadado à rejeição em relação ao argumento da prescrição. O segundo ponto a formar o convencimento deste Órgão Colegiado é que a hipotética chance de a situação da Apelante ser alterada não serve para responsabilizar a Apelada pela perda uma chance, pois é indispensável que a chance seja séria e real, o que aqui não se verifica”.

⁴⁸⁹ PARANÁ, 2015i. Infere-se do acórdão: “A responsabilização do advogado na perda de uma chance exige, portanto, que a oportunidade perdida seja séria e

real, o que não restou vislumbrado no presente feito. A sentença de improcedência da Ação Trabalhista (fls. 444/450 do CD-ROOM) foi proferida com base nas provas produzidas no curso processual, que se mostraram verossímeis ao caso retratado e deram conta de afastar os pedidos formulados pelo Reclamante, não podendo presumir que eventual interposição de Recurso Ordinário seria capaz de reformar a sentença e dar provimento à sua pretensão. No mais, a suposta orientação do Apelado em não aceitar a proposta ofertada pelo banco Reclamado no patamar de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), não tem o condão de responsabilizá-lo na forma pretendida, pois a parte estava presente na audiência e poderia perfeitamente tê-la aceitado (fls. 379 da mídia digital)”.

⁴⁹⁰ PARANÁ, 2015j. Da ementa se extrai a conclusão correta do julgado: “APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PEDIDO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – ALEGAÇÃO DE DESÍDIA PELO ADVOGADO QUE ENTROU COM A AÇÃO TARDIAMENTE – CONJUNTO PROBATÓRIO CONTRÁRIO – PRESCRIÇÃO OCORREU ANTES DA ASSINATURA DA PROCURAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DO ATO ILÍCITO – ÔNUS DA PROVA DAS AUTORAS DE PROVAR FATO CONSTITUTIVO – ART. 333, I, DO CPC – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA RECURSO DESPROVIDO”.

⁴⁹¹ PARANÁ, 2015k. Conforme se denota do acórdão, o relator analisou pormenorizadamente a questão, *verbis*: “Infere-se dos autos que o apelado foi contratado, em 06/11/2002, para dar continuidade às ações, e principalmente, para impedir a arrematação do imóvel residencial dos apelantes, nas Reclamações Trabalhistas nº 2086/1995 e nº 2087/1995 (fls. 1002), ajuizadas por HORMI ANTONIA DODÔ COSTA CURTA e LÚCIA DODÔ FERMINO, contra a empresa dos apelantes. Ressalta-se que em momento anterior, outro advogado teria ajuizado Embargos de Terceiro (fls. 283), julgado improcedente em 01/04/2002 (fls. 283). Posteriormente, os apelantes, através de seu advogado, ora apelado, ingressaram com embargos à arrematação pretendendo rediscutir a impenhorabilidade do bem de família (fls. 587/597), que foram rejeitados em razão de já ter havido discussão da matéria nos embargos de terceiro (fls. 636/639). Após, em 03/03/2005 (fls. 1003), o apelado firmou novo contrato para intentar ação rescisória, da decisão que julgou improcedente os Embargos de Terceiro, o que não o fez tendo em vista a extemporaneidade do prazo. Em ato contínuo, os autores intentaram ação rescisória em face da decisão que rejeitou os embargos à arrematação, entretanto, não lograram êxito (fls. 803/812). Portanto, houveram quatro contratos de serviços; o primeiro para usar todos os recursos legais nas RTs nº 2086/1995 e 2087/1995; o segundo para propor ação rescisória, no TRT, em face da decisão que rejeitou os embargos à arrematação; o terceiro para propor recurso ao TST, da decisão proferida na ação rescisória no TRT; e o quarto para propor ação rescisória do TST contra o acórdão do TRT. *E assim, o não reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel dos apelantes, em todos os demais recursos, restou adstrito de que a prova produzi-*

mo direcionamento dos julgados anteriormente mencionados, e afastaram a aplicação da teoria, sob nosso entendimento, de forma correta, pois levaram em consideração a prova e o entendimento jurisprudencial sobre o assunto para possibilitar a aferição da seriedade das chances.

Em Santa Catarina, a Apelação Cível n. 2008.005729-2⁴⁹², cujo acórdão ficou sob a relatoria do Des. Carlos Prudêncio, dirimiu bem a

da nos embargos de terceiro, era insuficiente a demonstrar que o bem penhorado era utilizado para moradia. Portanto, é de se notar que o apelado fora contratado em destempo para a interposição da Ação Rescisória, nos autos de Embargos de Terceiro, que possui prazo de interposição de 2 anos a partir do trânsito em julgado (Art. 495, CPC)” (grifamos).

⁴⁹² SANTA CATARINA, 2011. Ementa: “PRELIMINAR. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”. RESPONSABILIDADE POR EVENTUAL INDENIZAÇÃO CARACTERIZADA. PREJUDICIAL AFASTADA. Não obstante a apelante não ser intimada da sentença, participando somente na audiência de instrução e julgamento, é responsável por eventual condenação que o outro procurador possa a ser condenando, isso porque “conquanto a requerida não tenha sido contratada originalmente pela autora (fl.168), atuou nos embargos julgados desfavoravelmente à última, acompanhando-a na audiência conciliatória levada a efeito no incidente à execução. Diante dessa situação, ainda que no instrumento de substabelecimento exista cláusula de reserva de poderes em favor do primeiro acionado, o qual recebeu a intimação da sentença, não há dúvida que após o substabelecimento, ambos os réus passaram a dispor de mandato conjunto para patrocinar a causa. Ademais disso, o instrumento de substabelecimento não apresenta qualquer especificação indicando uma restrição da atuação da requerida, redução de sua responsabilidade ou mesmo, observação indicando que o substabelecimento era dirigido para um único ato, correspondente à audiência conciliatória, tudo indicando que ambos os requeridos partilharam as obrigações de representação da autora, impondo-se a ambos, abstratamente, a responsabilidade solidária pelos eventuais prejuízos experimentados pela acionante”. (Dr. Luiz Cláudio Broering, Juiz de Direito - fl. 480). ADOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. “Diante da interpretação conjunta dos arts. 13 e 37 do CPC, conclui-se que a ausência de procuração constitui vício sanável na instância ordinária, e deve o juiz, antes de qualquer providência, consentir à parte suprir a irregularidade da representação, nos termos do art. 13 do CPC. Precedentes” (REsp n. 871.681/SP, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, unânime, DJU de 19.12.2006). Desse modo, verificando que os procuradores da parte autora juntaram instrumento de procuração devidamente assinada à fl. 670, suprida a irregularidade levantada, devendo ser rejeitada a preliminar arguida pelos apelantes. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADOGADO. ALEGADA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFICIEN-

questão acerca da aplicação ou não das chances perdidas e da responsabilidade civil do advogado. Com relação à aferição da culpa do ex-procurador, por haver um entrechoques de provas, depoimentos das

TE. PERDA DO PRAZO PARA RECORRER. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE PROVA DO DOLO OU CULPA, ESTA GRAVE OU INESCUSÁVEL A JUSTIFICAR A RESPONSABILIZAÇÃO. FALTA DE PROVA DE ATO DESIDIOSO OU NEGLIGENTE DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE CHANCE INAPLICÁVEL AO CASO DOS AUTOS. SENTENÇA REFORMADA. Em se tratando de falha na prestação de serviço em ação judicial, impende considerar que, além de demonstrar que o profissional obrou com desídia ou erro, necessário a comprovação, pelo autor, das chances sérias e reais de probabilidade da vitória na demanda (caso o procurador houvesse praticado os atos processuais). É o caso clássico chamado de dano por perda de uma chance, estando caracterizado quando "a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal" (Flávio Tartuce in Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 4º ed., p. 414). Compulsando os autos, constata-se que o autor, ora apelado, não logrou êxito em comprovar a culpa dos ex-procuradores, não se desincumbindo do seu ônus probatório nos termos do art. 333, I do CPC. Da análise das provas existentes nos autos, que se resumem nos depoimentos das testemunhas, não se chega a nenhuma conclusão firme sobre a culpa dos réus apelantes. Acrescenta-se, ainda, que não foi colacionado aos autos qualquer documento, recibo, enfim, qualquer indício probatório material que se afigure com exatidão o acontecido no caso, estando a prova apenas nos depoimentos, que, não se esperando de outra maneira, ora defendem as teses da autora (testemunhas colacionadas pela autora), ora protegem o direito dos réus (testemunhas dos apelantes). Ademais, e mesmo que fosse os réus apelantes considerados negligentes em seu modo de proceder a partir da análise dos depoimentos, verifica-se que o outro requisito não foi preenchido pela parte autora, qual seja, que sua chance na demanda era considerada razoável para conseguir a inversão da decisão, pois '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'. (REsp 1190180/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 22-11-2010)".

testemunhas dos autores e réu, cada um enaltecendo uma das versões, o magistrado concluiu, de forma adequada, que

“[...] verificar culpa dos advogados pelos mencionados depoimentos, seria, no mínimo, partir do princípio de uma presunção de culpa dos ex-patronos, o que não se verifica, isso porque da análise no presente caso, conforme mencionado, é subjetiva, necessitando de prova”.

Extrai-se do aresto, ainda, que, além dos depoimentos das testemunhas, não houve nem sequer início de prova documental, razão pela qual não se reconheceu a culpa dos advogados. Já no que toca às chances perdidas, ao analisar a matéria de fundo, questão de indenização securitária, o acórdão consignou que

A propósito, tal posicionamento se coaduna com a maioria dos julgados, os quais asseveram que sendo a apólice o instrumento do contrato de seguro, o período de vigência é aquele por ela indicado. Sendo assim, “a aplicação da ‘teoria da perda da chance’, ao atendimento do pleito indenizatório está adstrito aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade”. (REsp 1104665/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 9-6-2009. No caso, ainda que se que se admita a oscilação da jurisprudência no tocante à tese da execução, tal divergência não pode conferir certeza, ou ainda mera presunção, de que se submetido à segunda instância o processo da autora teria destino diferente do ocorrido, o que impossibilita a aplicação dos danos por perda de uma chance⁴⁹³ .

Ainda perante a Corte Catarinense, as Apelações Cíveis n. 2012.039021-2⁴⁹⁴, n. 2013.064085-9⁴⁹⁵ e n. 2013.078525-6⁴⁹⁶, cami-

⁴⁹³ idem.

⁴⁹⁴ SANTA CATARINA, 2015. Do acórdão se extrai que “No caso dos autos, verifica-se que muito embora os causídicos tenham de fato perdido o prazo para interpor o Recurso de Revista perante o TST, não havia certezas ou ao menos expectativa de reforma daquelas decisões desfavoráveis pelos Ministros do Tribunal Superior. Em uma ponderação acerca das expectativas de ganho real da demanda trabalhista em específico, *observo que não há como se responsabilizar os profissionais que atuaram como mandatário do requerente, uma vez*

nharam no mesmo sentido do julgado acima referido. Nelas, refutou-se a

que ausente qualquer indício de chance real de vitória. Ademais, naquela demanda, houve de fato o enfrentamento da questão de mérito por um magistrado singular e posteriormente pelo órgão colegiado, de forma que descabe falar em ausência de análise do direito pelo judiciário. Assim, não havendo comprovação da real chance de modificação do *decisum* pelo TST, *não há falar em perda de uma chance que sequer restou demonstrada*” (grifamos).

⁴⁹⁵ SANTA CATARINA, 2014c. Nesse caso o tribunal reconhece a negligência do advogado, no entanto, assevera que isso não é suficiente, tendo que restar comprovada a seriedade de realidade das chances. Assim julgou “Apesar da aferição dos preceitos acima indicados (omissão culposa do agente e dano experimentado pela vítima), componentes da responsabilidade civil do advogado, a identificação do nexo de causalidade entre a omissão do agente e o dano experimentado pela vítima, na hipótese de aplicação da teoria da perda de uma chance, impescinde da presença de uma probabilidade razoável, séria e real de concretização da chance. No caso em tela, a chance perdida seria de o autor, uma vez examinada sua ação principal, ter acolhida sua pretensão, qual seria, de que fosse rescindido o contrato e restituído o caminhão entregue como pagamento na referida negociação originária da celeuma. Por certo, o ônus de demonstrar tal probabilidade, porquanto fato constitutivo de seu direito (art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil), era do autor. Porém não satisfez, com sucesso, sua atribuição, vez que da documentação acostada não se extrai, num exame perfunctório – imperioso na espécie, sob pena de se julgar temática estranha àquela da causa ora apreciada -, uma probabilidade qualificada de êxito. [...] Assim, se maiores ilações no mérito daquela demanda, eis que bastante as incursões realizadas, verifica-se não ser razoável, séria e real a probabilidade de a parte prejudicada sagrar-se vitoriosa na demanda não proposta, de modo a inexistir o dever de indenizar”.

⁴⁹⁶ SANTA CATARINA, 2014d. O julgado assim conclui: “Com efeito, no caso em estudo, não se vislumbra a possibilidade de procedência da *actio*, notadamente porque a prova produzida no transcorrer da marcha processual demonstra a inexistência de qualquer ato ilícito praticado pelo apelado. Isso porque, o que se observa dos autos, é que o advogado não impugnou a avaliação do imóvel formulada pelo oficial de justiça, em razão de que o apelante, seu cliente, após conversas no escritório, concordou com a quantia estipulada pelo meirinho avaliador. Nesse ínterim, a testemunha Diego Ramon Carvalho Carlim (arquivo audiovisual de fls. 157), confirma que o apelante esteve no escritório do apelado, tendo, a princípio, anuído com o montante estipulado na avaliação judicial, o que restou ratificado, posteriormente, através de contato telefônico. Já o informante Marcelo de Souza, o qual se acredita possuir interesse na causa, posto que residia no imóvel, não trouxe qualquer informação relevante para o deslinde do feito; de modo que a prova produzida no transcorrer da marcha processual não remete a outra conclusão que não a inocorrência de qualquer ato ilícito praticado pelo apelado”.

incidência da teoria com base em fundamentação correta, a qual levou em consideração a prova dos autos do processo no decurso do qual o advogado contratado incorreu em falha, além da seriedade e da realidade das chances perdidas e o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

No Nordeste, o Tribunal de Justiça do Sergipe, ao julgar a Apelação Cível n. 5304/2007⁴⁹⁷, também refutou a aplicação da teoria em razão do que pôde extrair da prova dos autos, concluindo que deveria o autor, ex-cliente, ter

[...] comprovado nos autos que a tese jurídica autoral no plano trabalhista pertencia a corrente jurisprudencial majoritária ou mesmo predominante no Tribunal Regional do Trabalho, pois somente assim seria possível a este juízo aferir a potencial chance de reforma⁴⁹⁸.

Também o Tribunal de Justiça de Pernambuco, na Apelação Cível n. 0005705-96.2013.8.17.0220⁴⁹⁹, afastou a incidência da teoria de

⁴⁹⁷ SERGIPE, 2008. Ementa: “Processo civil e civil Ação de indenização por danos morais Pedidos julgados improcedentes em demanda trabalhista Não interposição de recurso na Justiça do Trabalho Perda de chance Alegação de culpa do advogado Responsabilidade civil subjetiva Não comprovada Não atendimento ao previsto no art. 333, I, do CPC. I O direito à indenização, in casu, prescinde de dano efetivo, embora o abalo moral seja subjetivo. Portando, em se tratando desse ato culposo, aquele dano deve pautar-se em provas evidentes de que a interposição de recurso trabalhista, a contento, alteraria a decisão recorrida. II O autor não cumpriu o ônus que lhe impõe o art. 333, I, do CPC, de produzir prova quanto ao fato constitutivo do seu direito. III Recurso que se conhee, para negar provimento”.

⁴⁹⁸ idem.

⁴⁹⁹ PERNAMBUCO, 2016. Ementa: “DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSTITUIÇÃO DE ADVOGADO PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO TRABALHISTA. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. SENTENÇA DE PRESCRIÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA PRETENSÃO PRESCRITA DESDE ANTES DA OUTORGA DA PROCURAÇÃO. 1. Para que a teoria da perda de uma chance seja aplicada é imprescindível que a chance perdida seja real e séria, extreme de dúvida, e não apenas provável, mormente quando a questão envolve advogado no exercício de sua profissão, haja vista que a sua obrigação com o cliente é tão-somente de meio e não de resultado. 2. Estado prescrita a pretensão do cliente antes mesmo da outorga da procuração ao advogado, não há que se falar em perda de uma chance, em razão de sentença que reconhece a ocorrência

forma apropriada. O caso era o seguinte: Maria Vera Lúcia Vieira de Farias contratou advogado para ajuizar ação trabalhista, objetivando o recebimento de valores referentes ao FGT não recolhido pela Câmara de Vereadores da cidade de Arcoverde, relativo ao período de 01.05.1977 a 07.01.1994, quando era celetista do órgão municipal. O regime de contratação foi alterado para estatutário no decorrer desse período. Na ação indenizatória posteriormente ajuizada, a autora alegou que o causídico havia sido contratado em 2011, mas que a ação foi proposta somente em 2013, razão pela qual sobre seus direitos teria operado a prescrição.

A demanda reparatória movida contra o causídico, portanto, fudou-se na perda da chance, porque o teria procurador feito com que sua cliente perdesse as chances de receber as verbas perseguidas na ação trabalhista. Em que pesasse, contudo, a conduta negligente do advogado e a aplicação do CDC à hipótese, o Tribunal corretamente afastou a teoria da perda de uma chance em razão de entendimento sedimentado perante o Tribunal Superior do Trabalho, assim concluindo:

Ocorre que a autora manteve vínculo trabalhista submetido ao regime jurídico celetista com a Câmara de Vereadores de Arcoverde apenas entre o período de 01.05.1977 a 07.01.1994, quanto então optou pelo estatutário. Nesse caso, é pacífico o entendimento de que “a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime” (Súmula 382, do TST)⁵⁰⁰.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte teve o mesmo entendimento quando do deslinde da Apelação Cível n. 2013.003246-1⁵⁰¹,

da prescrição, ante a ausência de probabilidade real, certa, de êxito na demanda”.

⁵⁰⁰ idem.

⁵⁰¹ RIO GRANDE DO NORTE, 2014b. Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. ART. 514, II, DO CPC. RAZÕES RECURSAIS. REPRODUÇÃO DOS TERMOS CONSTANTES DA INICIAL. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO DE REVISTA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESÍDIA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE, SÉRIA E REAL, DO PROVEITO JURÍDICO ESPERADO PELA PARTE. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA

rejeitando a teoria da perda de uma chance ao constatar que “da leitura que se faz do *decisum* acima transcrito, não há como concluir que o manejo do agravo de instrumento ensejaria uma real possibilidade de que o TST admitiria o recurso de revista”, especialmente em razão do revolvimento da matéria fático-probatória dos autos, sendo possível se admitir que o causídico, diante das circunstâncias, optou pela não interposição do recurso instrumental. Ainda no Nordeste, o Tribunal de Justiça de Alagoas, no julgamento da Apelação Cível n. 2010.003188-6⁵⁰² também dirimiu bem a questão, afastando a aplicação da teoria da perda de uma chance.

MANTIDA. 1. Apesar de não ser de boa técnica a reprodução dos termos da inicial nas razões recursais, tem-se por atendida a dialeticidade que se espera dos recursos, quando demonstrado, ainda que de forma genérica, a contraposição aos fundamentos da sentença objurgada e manifestado o inconformismo do apelante. 2. A responsabilidade civil lastreada na teoria da perda de uma chance somente se configura quando restar demonstrada, no caso concreto, a probabilidade, séria e real, de que a suposta vítima haveria de obter um determinado proveito jurídico se não lhe tivesse sido cerceada a oportunidade que lhe proporcionaria um benefício futuro. 3. Não configura responsabilidade civil pela perda de uma chance a conduta do advogado que, mostrando-se diligente durante toda demanda, deixou de interpor agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso de revista, fundada em enunciado e orientação jurisprudencial do TST, sobretudo porque não demonstrada a probabilidade séria e real de que o recurso seria provido. 4. Apelo conhecido e desprovido”.

⁵⁰² ALAGOAS, 2011. Caso interessante de se mencionar. A cliente contratou advogado para aquisição de títulos do governo. No entanto, arguiu que o advogado não repassou a ela as informações necessárias acerca do título, de modo que as compras dos títulos para o fim de quitar seu financiamento junto à CEF restou inexitosa. Por este motivo, demandou o advogado com fundamento na perda de uma chance. Ao analisar a prova dos autos e a matéria de direito ventilada na ação originária o tribunal, sabiamente, concluiu que, “Contudo, como bem frisou o juiz federal em seu *decisum*, a possibilidade de portadores de títulos da dívida pública quitarem seus débitos de diversas naturezas, dando-os em pagamento, estava em voga, sendo discussão em diversos feitos judiciais daquela época. [...]. Assim, os tribunais pátrios, àquela época, esposavam entendimentos diversos sobre a matéria, uns pela possibilidade da compensação usando tais títulos, enquanto outros não a admitiam.. [...]. Tal fato é-me bastante para crer que, no momento que ajuizou o feito, o advogado da autora tinha absoluta consciência de que poderia conseguir uma tutela jurisdicional útil, não se podendo arguir que agiu com negligência ou imperícia. Ora, a controvérsia jurídica estava instalada e, portanto, a possibilidade de se obter um provimento positivo era existente”

Da pesquisa que realizamos, estes revelaram-se os casos em que o afastamento da teoria se deu com base em fundamentação eficiente, levando-se em consideração a prova dos autos do processo original e o entendimento jurisprudencial do tema ventilado na primeira demanda. Nesses casos, os requisitos subjacentes à incidência da tese foram analisados, conduzindo os julgadores a reconhecer a falta de seriedade das chances perdidas, isto é, que as chances alegadas pela parte prejudicada não possuíam o atributo da certeza e da seriedade, motivo pelo qual, ainda que se tenha reconhecido a negligência do advogado, não mereciam reparação.

2.7.1.2.2. O acerto dos casos em que se aplicou corretamente a teoria da perda de uma chance

Dos precedentes coletados em pesquisa, conseguimos selecionar, ainda, um grupo em que a aplicação da teoria da perda de uma se deu de forma correta. Eles serão analisados todos nesta Seção, a fim de evidenciar a maneira apropriada de aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de demandas reparatórias ajuizadas por ex-clientes em face de advogados faltosos na condução de processo anterior.

No Paraná, a Apelação Cível n. 1.343.819-0, a nosso ver, dirimiu a questão de forma adequada. A ação em questão tinha como pano de fundo o fato de que o litigante trabalhava como segurança de uma casa noturna quando, em uma ocasião, ao solicitar que um cliente pagasse sua comanda, foi agredido verbalmente, com palavras de cunho altamente racista. Inconformado com a situação, o segurança da casa noturna procurou advogado para demandar a reparação moral em face do ofensor. Iniciada a ação, o juiz saneou o feito e determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam para instruir a ação. No entanto, nenhuma das partes apresentou manifestação, sobrevindo sentença de improcedência do pedido com fundamento na ausência de prova.

Em decorrência do insucesso por atitude omissiva do advogado, o cliente demandou o mandatário outrora contratado, com fundamento na perda de uma chance, porquanto não havia sido por ele procurado para indicar as pessoas que pudessem prestar depoimento em juízo, sendo certo que havia testemunhas a seu favor. A circunstância foi comprovada nos autos, de modo que o juízo da ação iniciada contra o ex-procurador ouviu as testemunhas que deveriam ter sido arroladas na ação original e concluiu que “[...] a procedência do pedido indenizató-

rio, caso tivesse sido produzida lá a prova testemunhal, era bastante provável”^{503, 504}.

Aferida a probabilidade de êxito, o relator do aresto, então, passou a explanar sobre o montante indenizatório e título de dano moral, analisando precedentes similares e as condenações neles observadas, consignando, ao final, o seguinte:

Ofensa moral de tal envergadura haveria de ser fixada em pelo menos R\$ 20.000,00 (considerando valores atuais), considerando que não teve maior repercussão e tomando-se por parâmetro alguns

⁵⁰³ PARANÁ, 2015l. Ementa: “CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA ADVOGADOS. DEMANDA EXCLUSIVAMENTE INDENIZATÓRIA, SEM PERQUIRÇÃO DO CONTRATO. PATRONOS QUE, EM AÇÃO INDENIZATÓRIA ANTERIOR, DEIXAM DE POSTULAR A PRODUÇÃO DE PROVAS. SENTENÇA SUPERVENIENTE QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO INDENIZATÓRIO EM RAZÃO DA FALTA DE PROVAS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NECESSIDADE DE SE AFERIR, NO CASO CONCRETO, A PRETENSÃO OMISSÃO CULPOSA E A CHANCE SÉRIA E REAL DE ÊXITO DA DEMANDA. ERRO DOS ADVOGADOS, CUJA RESPONSABILIDADE NÃO É AFASTADA POR PREVISÃO CONTRATUAL. TESTEMUNHAS QUE DEMONSTRARAM A PROBABILIDADE DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO ANTERIOR. CHANCE SÉRIA, REAL E PROVÁVEL DE ÊXITO CARACTERIZADA. PEDIDO PROCEDENTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM PATAMAR PARCIMONIOSO, MESMO COM A EXTENSÃO DOS DANOS LIMITADA À PERDA DA CHANCE. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. HONORÁRIOS CORRETAMENTE ARBITRADOS. RECURSO DOS REQUERIDOS NÃO PROVIDO E RECURSO DO AUTOR PROVIDO. 1. Em caso de imputado erro de advogado, para se reconhecer o dever de indenizar fundado na Teoria da Perda de uma Chance, deve-se comprovar: (a) a conduta culposa por parte do profissional a alijar as chances de sucesso de seu cliente e (b) a existência de chance séria e real de êxito, caso o erro não se verificasse. 2. O valor da indenização, quando a condenação estiver fundada na Teoria da Perda de uma Chance, porque consistente em mera expectativa alijada (ainda que séria e real), sempre será mitigado em relação às hipóteses de dano real, direta e objetivamente comprovado”.

⁵⁰⁴ Do acórdão extrai-se que “Com efeito, tanto Elder Jean Zatti quanto Ezequiel Farias, ambos vigilantes, apresentaram relatos condizentes com a narrativa constante da inicial primitiva. Os dois afirmaram que ouviram Joilson proferir as expressões “*nego sujo*” e “*macaco*”, dirigindo-se a Ailton. A testemunha Ezequiel negou que Ailton estivesse alterado, ao passo que Elder confirmou que seria testemunha na ação indenizatória” (PARANÁ, 2015l).

precedentes desta Corte. Contudo, a extensão do dano, neste feito, está limitada à chance perdida. No caso, há de se fixa-la em 50% da indenização que provavelmente o autor faria jus.

Assim, é de se acolher o pedido recursal do autor para que a indenização por danos morais fundada na Teoria da Perda de uma Chance, em R\$ 10.000,00⁵⁰⁵.

Ainda que, em nossa compreensão, as chances não devessem, nesse caso, ser apuradas com base na redução a cinquenta por cento, o fato é que a solução encontrada pelo Tribunal Paranaense vai ao encontro do que prevê a teoria das chances perdidas, bem como pondera de forma correta a indenização pelo perdimento da chance.

O Tribunal de Justiça de Rondônia, ao julgar a Apelação Cível n. 0037296-50.2008.8.22.0014⁵⁰⁶, também observou os requisitos e a aplicação adequada da teoria da perda de uma chance. No caso, o advogado havia inobservado o prazo para o recurso, razão pela qual seu ex-cliente ajuizou contra ele ação indenizatória com fundamento nas chances perdidas. Ao analisar a hipótese, a Corte concluiu, apropriadamente, que não se poderia afirmar “[...] que haveria a reforma da sentença quanto à fixação da incidência dos juros e correção, pois na data em que foi proferida (dezembro de 2005), a Súmula 362, do STJ ainda não havia sido editada”. A corroborar a conclusão, o acórdão coligiu decisões anteriores à edição da súmula nele referida, as quais entendiam a aplicação do direito exatamente como defendia o recurso intempestivo, daí extraíndo a seriedade das chances.

Além disso, o valor arbitrado a título de danos morais foi mantido pelo Tribunal, pois

[...] o valor da condenação ao pagamento dos danos, que não me parece além do razoável, tendo em vista que o seu valor foi fixado, levando-se em consideração o real benefício que poderia ser obtido o apelado no julgamento do seu recurso interposto intempestivamente pelo apelante⁵⁰⁷.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também providenciou um caso em que a teoria da perda de uma chance foi corretamente

⁵⁰⁵ idem.

⁵⁰⁶ RONDÔNIA, 2012.

⁵⁰⁷ idem.

observada. É o caso da Apelação Cível n. 70064038771⁵⁰⁸. Duas advogadas firmaram contrato prestação de serviços com uma cooperativa médica, passando a prestar assessoria jurídica aos médicos cooperados, incluindo representação em demanda judicial eventualmente ajuizada em face de um dos associados. Em razão do contrato, e mediante procuração outorgada em agosto de 2004, as advogadas passaram a representar, em juízo, uma médica contra pretensão reparatória de um de seus ex-pacientes, em decorrência de um suposto erro médico ocorrido durante uma cirurgia realizada no decurso de tratamento.

No processo indenizatório em que as advogadas representam a médica, o laudo pericial foi conclusivo no sentido de que não teria existido o erro médico arguido pela paciente da cooperada. A prova pericial então produzida no entanto, não foi tomada em consideração pela sentença, que, prolatada em 2007, julgou parcialmente procedentes o pleito reparatório, condenando a médica/cooperada a pensionamento de 1,5 salário-mínimo desde a data o fato até a data em que o paciente completasse 72 anos, além de indenização a título de danos morais no valor de 19 mil reais.

Conquanto devidamente intimadas do teor da decisão proferida naquele caso, as advogadas da médica/cooperada deixaram de apresentar recurso de apelação, nada obstante a firmeza da prova pericial a seu favor. O então paciente interpôs recurso para majorar a indenização por danos morais, tendo as advogadas, novamente, sido intimadas para apresentarem contrarrazões e/ou recurso adesivo, o que também não fizeram. Quando da apreciação do recurso do autor naquele feito, a indenização foi então majorada para 30 mil reais, com trânsito em julgado na sequência.

A médica/cliente não foi informada de imediato por suas procuradoras, vindo a tomar conhecimento do caso apenas quando, após iniciado o cumprimento da sentença, foi surpreendida pela penhora *online* de sua conta bancária, o que a levou procurar o cartório da Comarca em que tramitava o processo. Tendo procurado as advogadas na sequência, foi cientificada de que o contrato de prestação de serviços com a cooperativa de médicos tinha sido encerrado, motivo pelo qual as procurado-

⁵⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL, 2016e. Ementa: “Apelação civil. Responsabilidade civil. Ação de reparação por danos materiais e morais. Exercício da advocacia. Perda de uma chance. Responsabilidade civil subjetiva. Negligência configurada. Aplicação do artigo 14, § 1º do CDC e do artigo 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Dever de indenizar os danos morais. À maioria, vencida a Relatora, negaram provimento aos apelos”.

ras substabeleceram todas as procurações que lhes haviam sido outorgadas nos processos em que atuavam.

Em razão do ocorrido, a médica demandou as advogadas com base na teoria da perda de uma chance, fundada, sobretudo, no laudo pericial que apontava em seu benefício. No corpo do acórdão proferido, então, na demanda reparatória pela falha na execução do mandato outorgado às ex-procuradoras, o Tribunal Gaúcho concluiu:

Porém, na ação indenizatória não alertaram o juízo, nem a sua constituinte de que a Cooperativa havia rescindido o contrato de prestação de serviços, pois era a entidade quem pagava seus honorários e despesas processuais de obrigação da autora, médica cooperativada. *Por pura omissão e negligência, desconsideraram o mandato recebido da autora, e que não pode ser considerado como peça acessória do contrato com a Cooperativa, não mais olharam para o processo, tanto que não se precaveram em regularizar o substabelecimento ao novo escritório de advocacia contratado antes da sentença, exatamente para evitar perdas de prazos para recorrer e contra-arrazoar.*

Ante o laudo pericial mantido, não obstante enfática impugnação do autor, aliado à prova oral, havia perspectiva de que a pretensão indenizatória não fosse acolhida. A juíza prolatora da sentença, porém, seguiu outra linha de raciocínio, levando mais em consideração as queixas do autor do que a conduta da médica durante o processo anestésico, desconsiderando por completo a perícia realizada. Em sede de apelo, a médica teria um reexame da prova e da própria sentença, que até poderia reverter o resultado.

O resultado foi desastroso para a outra, pois a sentença transitou em julgado após o julgamento do apelo do autor, tangente às parcelas indenizatórias.

O valor fixado a título de danos morais não guarda coerência com o reconhecimento de que as advogadas incorreram em culpa grave verificada no caso, e nem com o substancial montante que assumiu pagar a Pedro José, em acordo obtido com a mediação do advogado que patrocina a causa (fls. 29/32). *Razoável, ao meu sentir, é elevar o montante para R\$ 50.000,00.*

Da mesma forma, a partir da rescisão do contrato de prestação de serviços, desincumbiu-se a Cooperativa de pagar honorários e despesas processuais para o cooperativado não teve seu processo repassado ao novo escritório de advocacia, exatamente o caso da autora. O valor relativo à multa prevista no art. 475-J do CPC foi contabilizado e incluído acordo estabelecido assim como a verba paga ao advogado, antes desta ação, para que pudesse compor algo financeiramente viável com o autor da demanda. Portanto, devem ser reembolsados. (grifamos)

Pelo que se pode inferir do acórdão, as chances reclamadas pela cliente eram sérias e reais, a ponto de ensejar a reparação, sobretudo porque a própria prova pericial indicada a inexistência do erro médico que originou a ação primeira, havendo alta probabilidade de reversão da sentença de procedência. Além disso, como se vê no que toca ao arbitramento do *quantum* reparatório, a Corte Gaúcha levou em consideração o valor que a médica cooperada despendeu em acordo realizado com o ex-paciente. Ou seja, utilizou como parâmetro o prejuízo final suportado pela cliente para, então, quantificar as chances perdidas, motivo pelo qual entendemos como correta a aplicação da teoria nesse caso.

2.8. Outras considerações extraídas dos precedentes judiciais examinados

2.8.1. Fraca representação dos clientes lesados ao advogado inadimplente na jurisdição administrativa das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil

Com base na análise dos precedentes objetos deste trabalho, uma primeira observação que nos cabe fazer, muito embora não constitua o objeto propriamente dito de nossa dissertação, é de que, quando do inadimplimento do advogado liberal contratado, não se tem a cultura de realizar a representação do procurador junto à Ordem dos Advogados do Brasil, nas Seccionais dos Estados em que atuam os causídicos faltosos.

Como dito anteriormente, o advogado deve obedecer, em sua atuação, aos ditames não só do Estatuto da OAB, mas, também, do Código de Ética e Disciplina, o qual prevê os ritos e os procedimentos do pro-

cesso disciplinar do advogado que incorrer numa das condutas previstas no art. 34⁵⁰⁹ do Estatuto da OAB.

Para tanto, aliás, foram criados os Tribunais de Ética e Disciplina instalados em todos os Conselhos Seccionais, os quais detêm competência para julgar todos os processos disciplinares iniciados em face de advogados regularmente inscritos nos quadros da OAB⁵¹⁰.

Da análise dos casos concretos, apenas cinco, entre a centena dos precedentes examinados, noticiaram a existência de processo disciplinar deflagrado pelo cliente supostamente lesado em face do advogado que teria incorrido em falha na condução do processo. Isso demonstra que os clientes, modo geral, desconhecem a existência da jurisdição administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil que, através de processo administrativo tramitado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode, acaso constatada a existência de alguma infração prevista no art. 34 do Código de Ética, aplicar sanção ao advogado infrator.

Pode-se pensar que, a depender do caso concreto, a sanção administrativa do órgão de classe pode representar ao advogado, sob a égide da ética e da moral da reputação do causídico, uma sanção muito mais firme do que a condenação no Judiciário a reparar determinada quantia em dinheiro.

Não defendemos, evidentemente, o desencorajamento da parte prejudicada a buscar sua reparação nas vias judiciais, se assim entende ser a melhor opção; notamos, todavia, que muitas vezes a iniciativa judicial visa tão somente à reparação pecuniária, não se levando em consideração a falta contratual do advogado e a possibilidade de ele ser repreendido pelo Conselho ao qual deve se reportar.

2.8.2. A questão da incidência do Código de Defesa do Consumidor não está tão bem consolidada

Outro ponto com que nos deparamos, muito embora tenha sido dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho Federal da

⁵⁰⁹ Dentre as infrações ético disciplinares da norma legal, para o presente trabalho importa destacar algumas delas, quais sejam: “[...] VI – advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; [...] IX – prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio; [...] XXIV – incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional; VI – deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação de emanada do órgão

⁵¹⁰ LÔBO, 1994, p. 121.

Ordem dos Advogados do Brasil, é a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais estabelecidas entre cliente e advogado.

Existe ainda uma quantidade expressiva⁵¹¹ de julgados que entendem pela aplicação do CDC à relação contratual estabelecida no mandato para a prestação do serviço jurídico. Decerto que o Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/94, por se tratar de lei especial posterior, derogou as disposições do Código de Defesa do Consumidor que, eventualmente, alcançassem a advocacia, porquanto trata de forma pormenorizada acerca da responsabilidade civil do advogado.

A Seção 2.5 pretendeu evidenciar os motivos pelos quais defendemos a impossibilidade de aplicação do CDC às relações entre cliente e advogado, bem como apontar que o entendimento unísono dos Tribunais Superiores caminha nesse sentido. Nada obstante, ao analisar os julgados coletados para o presente trabalho, deparamo-nos ainda com alguns precedentes que, à revelia do entendimento consolidado, fazem incidir as regras consumeristas sob a equivocada compreensão de que o advogado seria fornecedor de serviços advocatícios, e o cliente, consumidor do serviço oferecido.

Como dito, em decorrência de seu status constitucional, a atividade advocatícia é pautada em princípios que servem de fundamento ao Estatuto da Advocacia e vão de encontro àqueles nos quais o Código de Defesa do Consumidor está pautado, o que, além de ser mais uma razão para sustentar a impossibilidade de aplicação do CDC à relação cliente/advogado, nos demonstra a falta dos requisitos objetivos e subjetivos da relação de consumo, prestando-se a confirmar a impossibilidade de incidência das regras atinentes ao direito do consumidor⁵¹².

2.8.3. Ausência de unanimidade sobre o prazo prescricional para se pleitear valores oriundos do inadimplemento contratual pelo advogado

Outra questão que se visualizou em decorrência da análise dos precedentes estudados, foi a falta de unanimidade acerca do lapso prescricional para a cobrança de indenização em face do advogado que inadimpliu o contrato.

⁵¹¹ A quantidade de julgados que entende pela aplicabilidade do CDC representa menos que 40% dos julgados analisados.

⁵¹² RAMOS, 2012, p. 30 et seq.

Nem todos os julgados enfrentaram a questão, mas, entre aqueles que se dedicaram a discutir a prescrição, encontramos três entendimentos: a prescrição quinquenal galgada no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor; a prescrição decenal do art. 205 do Código Civil; e a prescrição trienal, fundamentada no art. 206, § 3.º, inc. V, do Código Civil.

A primeira hipótese pode ser rechaçada de plano porque, como trabalhamos de forma detalhada na Seção 2.5, a relação entabulada entre cliente e advogado não é de consumo, sendo, portanto, inaplicáveis as normas atinentes às relações consumeristas, incluindo-se aquelas que tratam do lapso prescricional à reparação.

A segunda possibilidade – prescrição decenal –, a nosso ver também não se revela a mais adequada. A justificativa para a aplicação do prazo decenal reside no argumento de que a reparação pleiteada por cliente em face do advogado não se referira à reparação civil decorrente de ato ilícito (responsabilidade extracontratual), mas, sim, de reparação decorrente de inadimplemento do contrato por parte do causídico, razão pela qual incidiria o prazo geral do Código Civil⁵¹³.

Discordamos, no entanto, dessa conclusão. O prazo geral previsto no artigo 205 do CC serve para abordar as hipóteses não contempladas nas especificidades do artigo 206 do mesmo diploma. Porém, a possibilidade de reparação civil vem contemplada na norma prevista no artigo 205, § 3.º, inc. V, daquela Lei. Não se refuta o entendimento de que, sobre as ações de revisão e rescisão de contrato, porque sem previsão específica de prazo prescricional, incide a regra geral do prazo decenal⁵¹⁴. Compreendemos, contudo, que as ações aqui examinadas não tiveram a intenção de revisar ou rescindir o contrato, mas, sim, a reparação civil em decorrência do inadimplemento contratual do advogado⁵¹⁵.

⁵¹³ Nesse sentido apontam os seguintes julgados: SANTA CATARINA, 2014a; e SÃO PAULO, 2015a.

⁵¹⁴ A jurisprudência é uníssona no sentido de que à revisão ou a rescisão do contrato, por ter natureza obrigacional e pessoal, aplica-se o prazo decenal.

⁵¹⁵ O próprio STJ possui entendimento contrário ao que aqui defendemos. Podemos visualizar a defesa do prazo decenal em alguns julgados: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COM FUNDAMENTO EM DIREITO DE NATUREZA PESSOAL. PRESCRIÇÃO DECENAL. DECISÃO MANTIDA.1. Aplica-se o prazo de prescrição decenal (art. 205 do CC/2002) quando o pedido de reparação civil tem por fundamento contrato celebrado entre as partes.2. O prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 incide apenas nos casos de responsabilidade civil extracontratual. Precedentes. 3. Agravo regimental a

Daí porque nos filiamos à corrente que entende pela subsunção, nessas hipóteses, do prazo trienal disciplinado no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil. Isso porque não nos coadunamos que ao entendimento de que a norma legal tenha pensado apenas na responsabilidade civil oriunda de ato ilícito advindo da obrigação extracontratual⁵¹⁶. Entendemos, porém, que a responsabilidade contratual, ou seja, a reparação civil pelo inadimplemento do contrato também está albergada na regra da prescrição trienal, porque o inadimplemento contratual gera o dever de reparar, tal como nos atos ilícitos extracontratuais.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino, ao comentar a nova sistemática dos prazos prescricionais trazida pelo Código Civil de 2002, leciona ser “Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabi-

que se nega provimento.” (AgRg no Ag 1401863/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 12/11/2013). No REsp n. 645.662 extrai do corpo do acórdão que “Por isso, concluo que a prescrição da ação por dano decorrente da prestação do serviço advocatício (CC/16, Art. 159 - CC/02, Art. 186) será regulada pela regra geral das ações pessoais do Código Civil. Isto é, 20 anos na vigência do Beviláqua (Art. 177) e 10 anos após a entrada em vigor do Código Reale (Art. 205).[...]. Em suma, na linha da inaplicabilidade do CDC aos serviços advocatícios, a prescrição será regulada, no caso de reparação por dano decorrente de serviço advocatício, pela regra geral das ações pessoais do Código Civil”. (BRASIL, 2007). Também foi o entendimento no Recurso Especial n. 633.174: “Civil e consumidor. Recurso especial. Ação reparatória. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Inexecução contratual. Prazo prescricional. A ação para reparação de danos relativos à inexecução de contrato de prestação de serviços advocatícios se sujeita ao prazo prescricional previsto no art. 177 do CC16 (art. 205 do CC02), e não aquele previsto no art. 27 do CDC. Recurso especial não conhecido” (BRASIL, 2004).

⁵¹⁶ Humberto Teodoro Júnior ensina que “No regime do Código anterior, à falta de regra própria, à indenização do dano *ex delicto* sujeitava-se à prescrição vintenária das ações pessoais. [...] O Código atual, na preocupação de encurtar as prescrições, incluiu a das reparações civis do ato ilícito no rol das que se dão em três anos. Não importa que o dano seja doloso ou culposo, nem que seja material ou moral. A prescrição civil é uma só. Para evitar, porém, que a demora do processo criminal pudesse eventualmente gerar a condenação de alguém que ficasse isento de reparar o prejuízo da vítima, porque prescrita a ação civil antes da condenação penal, o Código Civil criou uma suspensão do termo extintivo da ação de ressarcimento” (TEODORO JÚNIOR, 2003, p. 331). Também é a posição adotada por Carneiro (2010).

lidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito⁵¹⁷”.

Nada impõe, a nosso entender, a exclusão da reparação pelo inadimplemento contratual do lapso previsto no art. 206, § 3.º, inc. V, CC/2002. Caracterizado o inadimplemento, não interessa ao sistema e à segurança jurídica postergar a desavença entre as partes. Não se justifica a diferenciação do regime do prazo prescricional para o ilícito extracontratual e o ilícito contratual⁵¹⁸. Ainda que possuam naturezas jurídicas diversas, as pretensões oriundas das faltas contratuais e dos ilícitos extracontratuais têm o mesmo objetivo: a reparação da vítima lesada. Podemos admitir a consolidação desse entendimento a partir do enunciado n. 419 das Jornadas de Direito Civil, a saber: “Art. 206, § 3º, V. O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto responsabilidade extracontratual”⁵¹⁹.

Este é o posicionamento da maioria dos julgados analisados, entre aqueles que chegaram a enfrentar a questão⁵²⁰. Transcrevemos, por oportuno, a ementa do precedente que sequer analisou o mérito da demanda, porquanto atingido o lapso prescricional:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA RÉPLICA A CONTESTAÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTESTA-

⁵¹⁷ TEPEDINO, 2007, p. 407. Arnaldo Rizzardo, no mesmo sentido assevera que “Fundamentalmente, duas causas provocam o direito à indenização, imposto como obrigação legal. A primeira nasce do inadimplemento, pelo devedor, de um dever de dar, fazer ou não fazer. É a reparação pelo dano contratual. A lei protege do credor e o cerca de meios legais a fim de que o obrigado satisfaça aquilo a que se comprometera” (RIZZARDO, 2008, p. 660).

⁵¹⁸ Grande parte da doutrina ao tratar da questão da prescrição não chega a dar destaque à diferenciação entre ilícito contratual e ilícito extracontratual, o que nos remete a uma conclusão que veem a questão da prescrição nos termos da tese aqui defendida, valendo-se do conceito de ato ilícito de forma *latu sensu*. São exemplos: WALD, 2011, p. 310; FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 715 et seq.; MONTEIRO, 2007, p. 363; CAHALI, 2012, p. 173.

⁵¹⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012.

⁵²⁰ Nesse sentido foram os julgados: SANTA CATARINA, 2012; DISTRITO FEDERAL, 2015b; DISTRITO FEDERAL, 2015c; DISTRITO FEDERAL, 2015d; SÃO PAULO, 2015b; RIO GRANDE DO SUL, 2015a.

ÇÃO REJEITADA NA SENTENÇA. AUSECIA DE PREJUÍZO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CAUSÍDICO CONTRATADO PARA DEFESA DO APELANTE EM PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO COMO AUSENCIA DE SUSTENTAÇÃO ORAL E INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUBSTABELECIMENTO SEM RESERVAS. SAIDA DO ADVOGADO APELADO DA CAUSA. DECURSO DE MAIS DE 3 (TRES) ANOS DO AFASTAMENTO DO CAUSIDICO E A INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 206, § 3º, V DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. ARTIGO 219, § 5º DO CPC.

1. A preliminar suscitada pelo recorrente no tocante ao cerceamento de defesa não prospera, eis que a preliminar de ilegitimidade ativa arguida na contestação foi rejeitada em sentença pela instância de origem, inexistindo prejuízo a parte apelante.

2. Consta nos autos que o desligamento do advogado recorrido da ação penal nº 2008.2.000471-7 ocorreu em 08/05/2009, através de substabelecimento sem reservas de poderes a outro causídico, cuja ciência e aprovação do recorrente ocorreu em 14/05/2009.

3. Nos termos do artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, incluindo eventuais danos causados em razão de falha na prestação do serviço advocatício pela teoria da perda de uma chance, sendo que, a com a propositura da ação em 17/01/2014, transcorreu o prazo trienal para que o apelante postulasse a reparação por danos morais e materiais.

4. Apelo Conhecido e Desprovido nos termos do artigo 557 do CPC. De ofício, nos termos do artigo 219, § 5º do CPC declaro a prescrição da pretensão indenizatória do apelado⁵²¹.

⁵²¹ PARÁ, 2015.

Conclui-se, portanto, que o prazo prescricional para o cliente pleitear ação de indenização pela perda de uma chance é aquele previsto no art. 206, § 3.º, inc. V, em razão de o prejuízo a ser ressarcido advir do ilícito contratual cometido pelo advogado, hipótese contemplada de reparação pela responsabilidade civil, cujo prazo prescricional está encartado no nosso Código Civil.

3. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar como os Tribunais Estaduais vêm compreendendo a aplicação da teoria da perda de uma chance nas ações ajuizadas por ex-clientes em face de advogados que, no decorrer da demanda para cuja promoção foram procurados, hajam incorrido em descumprimento contratual.

Demonstramos, para tanto, inicialmente, o histórico da teoria da perda de uma chance, seus fundamentos e os requisitos de sua aplicação. A par disso, entendemos não apenas pela recepção da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas, também, pela possibilidade de sua aplicação às relações entre clientes e advogados, desde que, é claro, preenchidos satisfatoriamente seus requisitos.

Com efeito, a teoria da perda de uma chance foi inicialmente discutida em julgados no Brasil no início da década de 1990. Foi, então, no início dos anos 2000, que começou ela a ser consolidada e amplamente difundida pelos tribunais País afora e, desde o início, sempre existiram os casos contemplados por este trabalho.

Diferentemente das demais searas em que aplicável a teoria da perda de uma chance, no âmbito da relação contratual entre cliente e advogado encontramos algumas peculiaridades. Algumas delas de natureza eminentemente contratual, como o fato de a obrigação do advogado ser de meio e não de fim, bem como a impossibilidade de se responsabilizar o advogado sem a correta aferição da culpa do procurador, porquanto tanto a legislação pátria, quanto o entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores, compreendem ser necessária a demonstração da culpa do advogado, e tal ônus recai sobre o cliente insatisfeito. Conta-se, ademais, com um elemento importantíssimo para aferição da seriedade das chances: o entendimento jurisprudencial dos tribunais sobre o tema debatido nas ações em que o advogado restou inadimplente.

Tal elemento auxilia na avaliação da seriedade das chances e proporciona uma estatística ao caso concreto, pois permite ao julgador aferir, com convicção, se a tese arguida no recurso ou na contestação intempestiva, por exemplo, teria ou não chance de êxito se o processo aleatório tivesse ocorrido até o final.

A par disso, no presente trabalho realizamos uma análise detalhada de como a teoria vem sendo aplicada nos casos concretos pelos Tribunais Estaduais do País. Para nossa surpresa, foram identificadas diversas incompreensões da teoria, seja por parte dos advogados, como por parte dos julgadores. Essa conclusão reside no fato de que o juiz, por força de princípio, julga de acordo com o pedido feito na petição inicial,

de modo que, a incompreensão da teoria se verifica, em muitos dos casos, já na petição inicial, pois os pedidos de reparação se fundamentam na perda de uma chance, mas o que se está pleiteando, na realidade, é a vantagem esperada, de modo que delimitada a lide, os julgadores não faz a devida correção da aplicação da teoria, perpetuando a incompreensão das chances até o resultado final do processo.

As incompreensões se demonstraram em variadas formas. Uma delas se revelou na dificuldade de entendimento do conceito de chance. Procuramos demonstrar que, em muitos julgados, não se soube individualizar a chance e o que ela significa. Com efeito, diversos dos precedentes analisados equacionaram a lide de forma equivocada ao condenar o advogado a reparar valores equivalentes ao da vantagem final esperada, caso o processo aleatório houvesse transcorrido até o final. As hipóteses foram as mais distintas, mas, no geral, alguns casos demonstraram que a condenação foi o montante total perseguido na ação em que o procurador incorreu em erro.

Evidente, assim, a incompreensão, porquanto não assimilado o conceito de chance. A chance nunca poderá ser equivalente à vantagem esperada, seja ela positiva ou negativa, porque nunca será certa e determinada. Ela representa uma possibilidade séria e real de êxito, e não se confunde com o objetivo anteriormente pretendido e obstado pelo advogado inadimplente. Isso quer dizer que, ao se aplicar a teoria da perda de uma chance, em hipótese alguma se poderá indenizar o resultado final almejado na demanda originária, pois, dessa forma, desnaturaliza-se a chance, transformando-a no resultado final, o qual, sobre cujo sucesso, no entanto, não se pode elaborar juízo de certeza.

Houve também casos em que não se julgou procedente o dano material advindo da perda de uma chance, sob a justificativa de que não se comprovou, uma vez mais, a *certeza* do resultado final esperado. A teoria da perda de uma chance não exige a comprovação do nexo de causalidade do ato do ofensor com a vantagem esperada, mas a demonstração de seriedades das chances, para que o ato ilícito – interrupção do processo aleatório – seja passível de reparação. A Seção 2.7.1 do presente trabalho contemplou os julgados em que se visualiza facilmente a incompreensão do conceito das chances.

Outra dificuldade identificada remonta à fundamentação da aplicação da teoria da perda de uma chance. Da análise dos julgados, facilmente se conclui que os precedentes em que houve uma fundamentação correta da aplicação da teoria da perda de uma chance são aqueles em que se refutou a teoria pelo Judiciário. Pouquíssimos foram os casos em que a aplicação da teoria se deu corretamente. Ou seja, àqueles casos

em que foi buscada e evidenciada a falta de seriedade das chances, a refutação da teoria restou devidamente fundamentada pelos julgadores.

Da análise dos julgados visualizou-se, ainda, que o problema reside na hipótese contrária, de aplicação da teoria da perda de uma chance. A Seção 2.7.1.2 visou a esclarecer essa questão, podendo-se concluir que os precedentes cuja fundamentação não restou satisfatória, porque não analisada a seriedade e realidade das chances, são, em sua maioria, aqueles em que houve a aplicação da teoria da perda de uma chance, sem aferir, na prova dos autos e no entendimento jurisprudencial a respeito do tema, se as chances eram sérias e reais.

O problema da fundamentação inadequada, ou a falta dela, é a injustiça do julgado, mormente diante do fato de que uma análise do Superior Tribunal de Justiça é muito pouco provável, tendo em vista o revolvimento de matéria fática e a aplicação da Súmula 7 da Corte Superior. Também porque implica a condenação do causídico, a qual, no entanto, se fosse devidamente analisado o caso concreto, sequer existiria, o que, por evidente, se revela prejudicial aos advogados. Do mesmo modo, a refutação da teoria, sem adequada fundamentação, importa em injustiça para com o cliente, pois corre o risco de ver sua demanda ser julgada improcedente, quando, se realizada a análise correta das provas e do entendimento jurisprudencial, poderia conferir-lhe a indenização, seja a título moral ou material, pela perda de uma chance.

Outra questão que ficou visível é o problema correspondente à compreensão da natureza jurídica das chances perdidas. Em muitos casos, compreende-se que a teoria da perda de chances seria capaz tão somente de causar prejuízos de ordem moral, pouco se atentando para o fato de que, nas relações entre clientes e advogado, na grande maioria das vezes, estaremos diante de prejuízos eminentemente materiais. Na imensa maioria dos julgados, a pretensão material estava corretamente delimitada pela ação originária na qual o advogado incorreu em erro: perseguição de verbas trabalhistas, repetição de indébito tributário, requerimento à percepção de rendimentos previdenciários, dentre outras situações. Raríssimos foram os casos em que, no processo aleatório original, perseguia-se indenização de cunho exclusivamente moral, cujo valor dificilmente se sabe de antemão. Rafael Peteffi em sua obra já advertia que “[...] quando a vantagem esperada pelo cliente se constitui em um benefício primordialmente patrimonial, parte da jurisprudência opta por indenizar o dano moral”⁵²² decorrente da frustração da expectativa de ver sua causa examinada pelo Poder Judiciário. Tal assertiva é

⁵²² PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 214.

comprovada a partir da análise dos julgados realizados nessa pesquisa, conforme pudemos evidenciar na Seção 2.7.1.

Como consequência da dificuldade de incompreensão das chances perdidas, temos o problema da quantificação. É que, ao entendê-la como causadora de dano exclusivamente moral, ao se realizar a quantificação das chances quantificação visualiza-se o problema da não utilização da vantagem esperada como parâmetro para o arbitramento das indenizações. Na grande maioria dos julgados, sequer há menção à quantia que representaria a vantagem esperada ao final do processo aleatório. Ainda que se tenha feito uma correta aferição da seriedade das chances, por não se compreender a natureza jurídica das chances perdidas, fatalmente incorre-se, também, no problema da quantificação. Conclui-se, assim, que, quando se reconhece que o dano causado no caso concreto foi um prejuízo moral, a fixação do *quantum* indenizatório, para a grande maioria dos precedentes aqui reunidos, leva em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, aqueles utilizados como balizadores da indenização moral nos mais variados casos, onde se verifica a capacidade econômica das partes, o grau de culpa do agente e extensão dos danos suportados pela parte lesada.

Abstraindo-se o fato de que, para muitos julgados, o reconhecimento do dano moral oriundo da perda de chances ocorreu pela incompreensão da natureza jurídica do conceito de chances – há dificuldade em se reconhecer que no caso concreto os danos pelas chances perdidas são eminentemente patrimoniais –, é forçoso ressaltar que também o dano moral advindo da perda de uma chance deve obedecer a dois critérios que não se confundem com os acima descritos, quais sejam: a probabilidade das chances perdidas e o patamar do resultado final do processo aleatório como teto da indenização. Ou seja, para se quantificar as chances perdidas, em regra, deve-se estabelecer o que a parte teria ganhado ou diminuído o prejuízo se o processo aleatório tivesse chegado até o final. Isso quer dizer que se deve apurar o valor que o cliente ganharia ou deixaria de perder se, por exemplo, o recurso houvesse sido interposto tempestivamente, ou se tivesse arrolado as testemunhas adequadas, ou levantado uma tese que não fora arguida pelo procurador.

Aferido esse montante, deve-se verificar o grau de probabilidade de êxito se o processo tivesse seu curso normal. Na seara que constitui o objeto de nossa dissertação, temos, como facilitador, a existência de precedentes que podem tornar a estatística mais palpável e, assim, delimitar com maior precisão a porcentagem de êxito. A par dessas duas informações é bastante razoável encontrar um valor adequado das chances perdidas. A não utilização desses dois critérios pode implicar numa

equivocada reparação da teoria, porquanto, se não obedecidos, podem redundar na reparação das chances perdidas em patamar superior ganho ou redução do prejuízo se o processo aleatório tivesse ido até o seu final.

Verificou-se, também, que, embora a teoria da perda de uma chance não se restrinja ao dano de natureza extrapatrimonial, alguns julgados entenderam que apenas o dano moral estaria abarcado pelas chances perdidas, o que se revela em flagrante falta de compreensão da natureza dos danos advindos da perda de uma chance.

Por fim, uma última conclusão não passou despercebida: depois de analisar uma centena de julgados, constatamos que cerca quase a totalidade dos julgados colacionam lições doutrinárias em seus votos. Contudo, cerca de 80% trazem lições de doutrinadores que trazem em suas obras passagens didáticas e que pouco se aprofundam no tema⁵²³. Poucos julgados trazem em seu bojo lições de autores que publicaram obras inteiramente dedicadas à teoria da perda de uma chance, o que, talvez, possa justificar em parte o cenário retratado no presente trabalho.

O fato é que, de modo geral, há muito ainda a ser compreendido acerca da teoria da perda de uma chance e nós, operadores do direito, precisamos nos debruçar mais sobre o tema para dirimir os julgados de forma apropriada e, assim, evitar decisões equivocadas e verdadeiras injustiças.

⁵²³ Não se está aqui a desqualificar a qualidade dessas obras. Pelo contrário. Elas muito contribuem para o ensino jurídico. O fato é que por normalmente se dedicarem à responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance ganha um tópico com as explicações necessárias à compreensão da teoria. No entanto, como não é objeto do autor, não há uma análise acurada desse tema especificamente, podendo, por vezes, não ser o suficiente para que o leitor compreenda de forma satisfatória a teoria da perda de uma chance.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Fontes consultadas

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Ética do advogado*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. Indenização pela teoria da perda de uma chance: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 62, n. 438, p. 39-58, abr. 2014.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. A responsabilidade civil do advogado. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 697, p. 22-30, 1993.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 40, p.177-214, out./dez. 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 7. ed. São Paulo: RT, 1998.

BAETA, Herman Assis (Coord.) *História da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB-Ed, 2003.

BAPTISTA, Silvio Neves, *Teoria geral do dano*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BUSNELLO, Saul José. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise doutrinária. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 27, n. 172, p. 283-305, jul./ago. 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 922, p. 139-171, ago. 2012.

_____. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Prescrição trienal e 'reparação civil'. *Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 11, n. 66, p. 113-117, jul./ago. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

DE CUPIS, Adriano. *Teoria generale dela responsabilità civile*. 2. ed. Milão: A. Giuffrè, 1966.

DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. IV.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, p. 11-36, out. 2005.

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

KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários do novo estatuto da advocacia e da OAB*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: Obrigações em geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freira Bastos, 2000.

____. *Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 1988.

MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. V, Tomo II.

MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo LIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 816, p. 733-752, out. 2003.

____. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Agnoclébia Santos; TORRES, Felipe Soares. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 958, p. 23-44, ago. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Instituições de direito civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Flávio Cabral Fialho. Análise da natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 28, n. 178, p. 99-246, jul./ago. 2014.

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

RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia: comentário e jurisprudência selecionada*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

REPRESAS, Félix Alberto Trigo. *Responsabilidad civil del abogado*. Buenos Aires: Astrea, 1978.

REZENDE, Astolpho. A função social do advogado. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio de Janeiro, v. 42, 1939.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

ROCHA, Nuno Santo. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. e-book.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 15. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol. IV.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance no Direito Francês*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.

_____. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

VASSILIEF, Silvia. *A responsabilidade civil do advogado*. 2004. 220 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SODRÉ, Rui de Azevedo. *O advogado seu estatuto e a ética profissional*. 2. ed. São Paulo: RT, 1967.

SOUSA, Rafael Luiz Lemos de. O Juiz e o cálculo da indenização na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance na interposição de apelação cível intempestiva. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 86, p. 23-39, jan./mar. 2011.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *O direito achado na rua*. Brasília: Editora da UNB, 1990.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1997.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. Vol. II.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III, Tomo II.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de casualidade. *Revista Jurídica São Paulo*, São Paulo, v. 296, p. 7-18, jun. 2002.

TEPEDINO, Gustavo; VICENTE, Paulo Barreto; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Vol. I.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015. Vol. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo. Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. *Direito civil*: introdução e parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. I.

_____. *Direito civil*: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. II.

WILSMANN, Fabrício. A perda de uma chance e a caracterização da responsabilidade civil do advogado. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 29, n. 183, p. 337-363, maio/jun. 2015.

b) Legislação, regulamentações e enunciados

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Lei n. 8.096, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2012.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Publicado no Diário da Justiça de 01.03.1995.

c) Precedentes judiciais

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Apelação Cível n. 2010.003188-6. Apelante: Ismael Simões Marino. Apelado: Osvaldina Alves da Silva. Relator: Des. Ivan Vasconcelos Brito Junior. DJ 28 fev. 2011.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível n. 0001081-29.2011.8.05.0213. Apelantes: Boanerges Alves da Costa Neto, Nilza dos Santos Gois e Agemiro Rodrigues dos Reis. Apelados: os mesmos. Relator: Des. José Olegário Monção Caldas. DJ 20 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.364/SP. Agravante: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Agravado: R. Despacho de fl. 135. Relator: Min. Ilmar Galvao. DJ 10 out 1990.

____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 13.0764, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma. DJ 12 maio 1992.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57.529/DF. Recorrente: Nutrição Comércio e Representações Ltda. Recorrido: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Relator: Min. Ruy Rosado De Aguiar, Relator para acórdão Min. Fontes De Alencar. DJ 07 nov 1995.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185/MG. Recorrente: Aldeir Batista de Aguiar. Recorrido: Antônio Abdala Júnior. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ 11 nov 2008.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 32.575/SP. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo e Ipiranga Produtos de Petróleo S/A. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Ari Pargendler. DJ 1º set 1997a.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.512/SP. Recorrente: Real Expresso Ltda. Recorrido: Rápido D'Oeste Ltda. Relator: Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira. DJ 25 ago 1997b.

____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24073. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 06 nov 2002.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 532.377/RJ. Recorrente: Célia Maria Peixoto de Araújo. Recorrido: Gilberto Campos Tirado. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. DJ 21 ago 2003.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 876.527/RJ. Recorrente: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Recorrido: Marilene Gonçalves Tenebaum e outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha. DJ 1º abr 2008.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira – espólio e outros. Relator: Min. Nancy Andriighi. DJ 04 dez 2012.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1454640/ES. Recorrente: Elisa Helena Lesqueves Galante. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJ 15 out 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0003730-84.2013.8.07.0004. Apelante: Marco Antônio Felício, Escritório de Advocacia Julia Oliveira Advogados Associados. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Sebastião Coelho. DJ 15 abr 2015a.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0013323-15.2014.8.07.0001. Apelante: Sindsaúde Sindicato dos Empregados em Estabelecimento de Serviços de Saúde Brasília. Apelado: Mauli Aparecida da Silva. Relator: Des. J. J. Costa Carvalho. DJ 23 set 2015b.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0013316-23.2014.8.07.0001. Apelante: Reginaldo Pereira de

Carvalho. Apelado: Sindicato dos Empregados em Estabelecimento de Serviços de Saúde de Brasília/DF – Sindsaúde. Relator: Des. Hector Valverde. DJ 24 jun 2015c.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0013320-60.2014.8.07.0001. Apelante: Sindsaúde Sindicato dos Empregados em Estabelecimento de Serviços de Saúde Brasília. Apelado: Raimundo Nonato Nunes da Silva. Relator: Des. Carlos Rodrigues. DJ 03 jun 2015d.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0033744-26.2014.8.07.0001. Apelante: Luciana Giffoni Rodrigues Padilha e Karla Renata Franca Carvalho. Apelados: os mesmo. Relator: Des. Hecto Valverde. DJ 25 nov 2015e.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0053127-92.2011.8.07.0001. Apelante: Globo Veículos Ltda. EPP. Apelado: Muglia Advogados Associados S/A, Erica Lima de Paiva Muglia e Luiz Gustavo Barreira Muglia. Relator: Des. Ana Cantarino. DJ 15 jul 2015f.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0005777-40.2013.8.07.0001. Apelante: Antônio Eustaquio dos Santos. Apelado: André Rodrigues Costa Oliveira. Relator: Des. Nídia Corrêa Lima. DJ 06 maio 2015g.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0013862-44.2015.8.07.0001. Apelante: Elizete Barbosa da Costa. Apelado: José Aldemir Borges de Matos. Relator: Des. Laila Arlanch. DJ 27 jan 2016a.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 0011217-80.2014.8.07.000. Apelante: Dan Engenharia e Consultoria Ltda. Apelado: Regina Sebastiana Caldeira. Relator: Des. Jair Soares. DJ 03 fev 2016b.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelante: Gessy Rodrigues Lopes. Apelada: Christovam Ramos Pinto Neto e SEEB/ES. Apelação Cível n. 024.03.021440-7. Relator: Des. Carlos Simões Fonseca. DJ 27 jul 2010.

____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação n. 0005041-68.2004.8.08.0014. Apelante: Metalosa Indústria Metalúrgica S/A. Apelado: Exacto Consultores Empresariais Ltda. Relator: Des. Carlos Roberto Mignone. DJ 17 set 2012a.

____ Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 0002187-41.2008.8.08.0021. Apelante: Gilberto Simões Passos. Apelado: Nilceia Pestana da Silva Medeiros. Relator: Des. Carlos Roberto Mignone. DJ 25 jul 2012b.

____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 0025439-50.2012.8.04.0048. Apelante: Moisés Batista Monção. Apelado: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Asseio e Limpeza, Relator: Des. Manoel Alves Rabelo. DJ 09 jun 2014a.

____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação n. 0007247-15.2010.8.08.0024. Apelante: Angelina Scardua e Silva. Apelado: Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo. Relator: Des. Robson Luiz Albanez. DJ 16 dez 2014b.

____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 00008848-90.2013.8.08.0011. Apelante: Murta Advogados. Apelante: Marcio Renato Gomes de Almeida. Relator: Des. Roberto Fonseca Araújo. DJ 09 set 2014c.

____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 0011756-05.2000.8.08.0035. Apelante: Tetramar Comércio e Serviços Ltda. ME. Apelado: Evandro Luiz Ferreira. Relator: Des. Manoel Alves Rabelo. DJ 1º jun 2015.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível n. 93615-25.2005.8.09.0137. Apelante: Alex Ivan de Castro Pereira e Paulo Cesar Reis Vieira. Apelado: os mesmo. Relator: Des. Itamar de Lima. DJ 12 maio 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 2006.005185-4. Apelante: Martinho Otto Gerlack Neto e Helio Ferreira Júnior. Apelados: os mesmo. Relator: Des. João Maria Lós. DJ 29 maio 2007.

____. Tribunal de Justiça do Estado Do Mato Grosso Do Sul. Apelação Cível n. 2004.000674-8/0000-00. Apelante: José Valeriano de Souza Fontoura e outro. Apelado: Adelaide Nogueira Nunes e outro. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 12 fev 2009.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0000308-83.2007.8.12.0033. Apelante: Organização de Saúde Rio de Janeiro Ltda. e outro. Apelado: Irene Maria dos Santos Almeida. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. DJ 07 maio 2013.

____. Tribunal de Justiça do Estado Do Mato Grosso Do Sul. Apelação Cível n. 00003003-46.2012.8.12.0029. Apelante: Cléia Pereira Dias. Apelado: Orlando Ducci Neto. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel. DJ 19 maio 2015a.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0067819-58.2011.8.12.0001. Apelante: Maria de Fátima Gomes de Lima. Apelado: Willian Táia Vargas. Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues. DJ 29 jan 2015b.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0027662-09.2012.8.12.0001. Apelante: Matilde Carcheski Zanete. Apelado: Wilmar Souza Fortaleza Junior. Relator: Des. Dorival Renato Pavan. DJ 03 fev 2015c.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Apelação Cível n. 84643/2006. Apelante: Valdecy Martins Arruda. Apelado: Roberley Rodrigues Ribeiro. Relator: Des. Maria Aparecida Ribeiro. DJ 17 set 2007.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Apelação Cível n. 1201/2012. Apelante: Maria Aparecida Bianchini Pacheco. Apelado: Iracildo Pereira de Carvalho. Relator: Des. Marcos Machado. DJ 29 mar 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.10.068054-5/001. Apelante: Geraldo Magela de Carozzi de Miranda e Sinpro MG Din Professores Estado Minas Gerais. Apelados: os mesmo. Relator: Des. Nilo Lacerda. DJ 22 maio 2013a.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.082224-4/001. Apelante: Maciel Rufino dos Santos. Apelado: Luiz Carlos Godinho. Relator: Des. Moacyr Lorato. DJ 03 dez 2013b.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0479.10.000905-5/001. Apelante: Ana Carlota de Lima Freire, Rogério Chaves de Melo e outro. Apelado: André Luiz Pereira. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. DJ 07 nov 2013c.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.07.01.12.025624-6/001. Apelante: Olga Antônia Gonçalves Marques. Apelado: Leonardo Vitório Salge. Relator: Des. Luciano Pinto. DJ 10 out 2013d.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.08.102407-7/001. Apelante: Vanda Rosa Dutra. Apelado: Cezar Miranda Advogados Associados, Celio Moreira Bastos Junior, Anderson Rodrigues de Oliveira e Fernando Cezar Miranda. Relator: Des. José Marcos Vieira. DJ 16 maio 2013e.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0671.12.000422-9/001. Apelante: Clodualdo Domingos de Queiroz. Apelado: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. DJ 13 nov 2014a.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0362.12.006942-6/001. Apelante: Aldrigues Candido e Advogados Associados e Adilson Nunes de Deus. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. DJ 18 jun 2014b.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.12.297862-0/001. Apelante: Tania Rosane Tome Fonseca. Apelado: Claudineia de Souza Gonçalves de Araújo. Relator: Des. Rogério Medeiros. DJ 29 maio 2014c.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.073.12.006981-8/001. Apelante: ASPUV Seção Sind Docentes Universidade Fed. Viçosa. Apelado: Paulo Sérgio Fiuza Ferreira. Relator: Des. Mariângela Meyer. DJ 09 jun 2015a.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.. Apelação Cível n. 1.0338.13.009603-9/001. Apelante: Jader Lúcio Rodrigues de Souza. Apelado: Perfil ADm Empeend. Ltda. Relator: Des. Claudia Lima. DJ 07 maio 2015b.

____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0718.10.001191-2/003. Apelante: Agostinho Eustaquio da Silva. Apelado: Geraldo Alves Arruda e Geraldo Pereira de Souza. Relator: Des. Octavio Augusto de Nigris Boccalini. DJ 03 mar 2015c.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.399.427-1. Apelante: Lidergraf Gráfica e Editora Ltda. ME. Apelado: Romeu Augusto Simon Junior. Relatora: Desa. Lenice Bodstein, Décima Primeira Câmara Cível. DJ 25 nov 2015a.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.258.371-6. Apelante: Marco Cesar Vanelli e Claudiney dos Santos e outros. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Fagundes Cunha. DJ 16 abr 2015b.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.392.871-1. Apelante: Ademir Hipólito da Silva e Maria Regina Vizioli e Vizioli Advocacia S/C. Apelado: os mesmos. Relator: Des. Gilberto Ferreira. DJ 22 out 2015c.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.398.813-3. Apelante: Reimundo Obirajara Patene de Oliveira. Apelado: Lauro Augusto da Silva e Rodrigo Augusto da Silva. Relator: Des. Lilian Romero. DJ 05 nov 2015d.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.313.824-2. Apelante: Alex Mitsumassa Iwakura. Apelado: Mauricio de Oliviera. Relator: Des. Denise Krüger Pereira. DJ 03 jun 2015e.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.102.461-4. Apelante: Sercomtel S/A – Telecomunicações, Sercomtel Celular S/A e Internet By Sercomtel S/A. Apelado: Rosângela Khater Advogados Associados. Relator: Des. Guimarães da Costa. DJ 09 jul 2015f.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.268.382-2. Apelante: Domingos Soares Neto. Apelado: Sérgio Aparecido Vicentini. Relator: Des. Renato Lopes de Paiva. DJ 25 mar 2015g.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.418.146-5. Apelante: JAC Etiquetas e Adesivos Ltda. Apelado: Marisa Gonçalves Lemos. Relator: Des. Vilma Régia Ramos de Rezende. DJ 10 dez 2015h.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.405.326-8. Apelante: Marcelo Borges. Apelado: Ferrareze e Freitas Sociedade de Advogados. Relator: Des. Vilma Régia Ramos Rezende. DJ 10 dez 2015i.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.316.499-1. Apelante: Silvana Aparecida, Mateus Maravieksi e outro. Apelado: Paulo Henrique Camargo Viveiros. Relator: Des. José Aniceto. DJ 1º out 2015j.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.285.725-1. Apelante: Zenilda Gomes Antunes e José Augusto Antunes. Apelado: Adélio Druciak. Relator: Des. Marcel Guimrães Rotoli de Macedo. DJ 03 jun 2015k.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 1.343.819-0. Apelante: Auro Augusto da Silva e outro e Ailton Fabio dos Santos. Apelado: os mesmos. Relator: Des. Lilian Romero. DJ 17 dez 2015l.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação Cível n. 0005705-96.2013.8.17.0220. Apelante: Tércio Soares Belarmino. Apelado: Maria Lúcia Vieira de Farias. Relator: Des. Fábio Eugênio Oliveira Lima, julgado de 06 jan 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0469647-29.2011.8.19.0001. Apelante: MFS Serviços de Carretos e Retiradas de Aterros Ltda. Apelados: Ailton Coutinho da Silva e José Batista de Macedo. Relator: Des. Cristina Tereza Gaulia. DJ 28 ago 2013a.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0416728-97.2010.8.19.0001. Apelante: Sergio Alexandre Camargo. Apelado: João Ricardo Vicente. Relator: Des. Mario Robert Mannheimer. DJ 29 out 2013b.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0079849-96.2012.8.19.0001. Apelante: José Renato Soussinr Pereira e Marcos Antônio Cardoso. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Cristina Tereza Gaulia. DJ 22 jul 2014a.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0005106-73.2012.8.19.0209. Apelante: Neimyr Guaycurus. Apelado: Wadih Nemes Damous Filho e José Carlos Albuquerque Queiroz. Relator: Des. Jossé Torres. DJ 21 maio 2014b.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0023761-96.2012.8.19.0208. Apelante: Colbert Dutra Machado e Luiz Antonio de Almeida. Apelados: os mesmos. Relator: Des. José Carlos Paes. DJ 29 ago 2014c.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Embargos Infringentes n. 0000372-33.2006.8.19.0066. Embargante: Espólio de Heldon Chaves Capello Barrozo. Embargada: INCOPEC Indústria Mecânica Ltda. e outro. Relator: Des. José Carlos Paes. DJ 06 ago 2014d.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0159905-53.2011.8.19.0001. Apelante: Sindicato dos Professores do Município do Rio de Janeiro e Região – SINPRO e Talita Ramos Carneiro. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. DJ 14 jan 2015a.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0035143-90.2013.8.19.0066. Márcia Abrahão de Miranda Nascimento. Apelado: Pedro Alves de Souza Advogados. Relator: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo. DJ 28 jan 2015b.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Apelação Cível n. 0324094-48.2011.819.0001. Apelante: Dinorah de Oliveira Villas. Apelado: Alarte Jacinto da Silva. Relator: Des. Carlos Azeredo de Araújo. DJ 1º mar 2016.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação Cível n. 2013.003246-1. Apelante: Mario Vasconcelos da Silva. Apelado: Manoel Batista Dantas Neto e outro. Relator: Des. Amílcar Maia. DJ 03 abr 2014a.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível n. 2014.009464-6. Apelante: Raimundo da Silva Câmara e SINDIPETRO. Apelados: os mesmos. Relator: Des. João Rebouças. DJ 14 out 2014b.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Apelação Cível n. 2014.016108-8. Apelante: Ivan Siqueira Bezerra. Apelado: Giovanni Dmitri Campos Arimateia. Relator: Des. Amaury Moura Sobrinho. DJ 31 mar 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 589069996. Apelante: Ruth Lea Xavier Leite. Apelado: Antônio Flávio Del Arroyo. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. DJ 12 jun 1990.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591064837. Apelante: Ernani Enio Juchen. Apelado: Erica Noé. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. DJ 29 ago 1991.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível Nº 70066803040. Apelante: Rogério Bones Cardozo. Apelado: José Bueno Trindade. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. DJ 16 dez 2015a.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. Recurso Inominado n. 71005674452. Recorrente: Miguel Balduino Bender. Recorrido: Rodrigo Toss. Relator: Des. Glauca Dipp Dreher. DJ 30 out 2015b.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Recurso Inominado n. 71005028279. Recorrente: Eriuelto Garcia Nunes. Recorrido: Aline Silva da Silva. Relator: Des. Luiz Felipe Severo Dessassards. DJ 28 ago 2015c.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70065663304. Apelante: Walmira Kirchhof Barcelos. Apelado: Antônio

Carlos Porto e Silva. Relator: Des. Ergio Roque Menine. DJ 17 dez 2015d.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70060535598. Apelante: Carmen Honorina Oliveira de Moura e Carlos Francisco Homirch dos Santos. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Ergio Roque Menine. DJ 27 ago 2015e.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70065075327. Apelante: Elizabeth Dias Pereira. Apelado: Sandra Elizabeth Gomes Carvalho. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. DJ 16 dez 2015f.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70066814898. Apelante: Felipe Alexsander Ruppenthal de Souza e Bertonoli Comércio e Representações Ltda. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Ana Beatriz Triz Iser. DJ 16 dez 2015g.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70066648015. Apelante: Podhurst Orseck PA. Apelado: Eduardo Lemos Barbosa. Relator: Des. Paulo Sergio Scarparo. DJ 26 nov 2015h.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70061223608. Apelante: Mecânica Venauto Ltda. e Cleber Ricardo Alves de Moraes. Apelado: os mesmos. Relator: Des. Ergio Roque Menine, julgamento em 05 nov 2015i.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70063622666. Apelante: Santa Silveira. Apelado: Jeferson Bianhi. Relator: Des. Ergio Roque Menine. DJ 17 dez 2015j.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70067766394. Apelante: Patrícia Cristina Machado de Castro e Leandro Spohr – Firma Individual. Apelado: os mesmo. Relator: Des. Paulo Sérgio Scarparo. DJ 28 jan 2016a.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Recurso Inominado n. 71005649223. Recorrente: Luiz Fernando Iser. Recorrido: Loiva Maria Ramos da Silva. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. DJ 26 jan 2016b.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70067850198. Apelante: De Luiz, Souza e Advogados Associados. Apelado: José Ramatis Oliveira de Machado. Relator: Des. Ergio Roque Menine. DJ 10 mar 2016c.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70067867630, Apelante: Carlos Eduardo Mujica dos Santos. Apelado: José Alex Giru Fagundes. Relator: Des. Ana Beatriz Iser. DJ 09 mar 2016d.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Cível n. 70064038771. Apelante: Zenia de Stefani e Ana Luisa Fernandes Gonçalves. Apelados: os mesmo. Relator: Des. Elisa Carpin Corrêa. DJ 26 nov 2016e.

____. RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação Cível n. 0037296-50.2008.8.22.0014, de Vilhena. Apelante: Valdir Antoniazzi. Apelado: Hospital Bom Jesus Ltda. Relator: Des. Alexandre Miguel. DJ 12 de setembro 2012.

____. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.003133-6. Apelante: Europe Veículos Ltda. e outro. Apelado: José Correia de Amorim. Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira. DJ 09 jun 2010.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.005729-2. Apelante: Walter Carlos Seyfferth, Fabrisia Frazoi e Evanilde Mazzini. Apelados: os mesmo. Relator: Des. Carlos Prudêncio. DJ 16 dez 2011.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.036435-8. Apelante: A. C. N.. Apelada: C. H. Relator: Des. Stanley da Silva Braga. DJ 20 set 2012.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.075433-1. Apelante: Maria Roseni de Vargas Rodrigues, Morgana Cardozo de Farias e Márcia Andréia Schultz Piazza. Apelados: os mesmo. Relator: Des. Odson Cardoso Filho. DJ 23 maio 2013.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.059117-9. Apelante: César de Oliveira. Apelado: Lourival de Souza. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. DJ 04 set 2014a.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.050058-3. Apelante: Dorival Pagnussatt, Renato Giuratti e Itaú Seguros S/A. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer. DJ 13 out 2014b.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.064085-9. Apelante: Marquides Murer. Apelado: Cid Couto Filho. Relator: Des. Henry Petry Junior. DJ 24 abr 2014c.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.078525-6. Apelante: Nauri Manoel Novaes. Apelado: Eliseu Casagrande. Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. DJ 16 set 2014d.

____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.039021-2. Apelante: Jaime da Silva Duarte e outros. Apelados: Leodete Arantes Toniotti e outros. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. DJ 28 maio 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0000369-87.2008.8.26.0042. Apelante: Jovelino José de Souza. Apelados: Elison de Oliveira Vieira e outros. Relator: Des. Soares Levada. DJ 11 nov 2015a.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0002362-32.2011.8.26.0602. Apelante: Marco Antônio Carriel. Apelado: Nilson Martin Domenes. Relator: Des. Antônio Nascimento. DJ 17 dez 2015b.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0134739-52.2010.8.26.0100. Apelante: Aldemar de Assis, Leandro Meloni, Romeu Guarniei, Sandro Simões Meloni, Flávio Simões Meloni, Almir da Salva Goes e Alexandre Freire Barrientos. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Cesar Lacerda. DJ 18 maio 2015c.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0005283-63.2012.8.26.0008. Apelante: Jorge Jarrouge e Maria Flávia da

Silva. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Cesar Lacerda. DJ 26 out 2015d.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 3001413-07.20138.26.0595. Apelante: Colégio Reino Serrano de Educação Fundamental Ltda. e Marco Antônio Zanoni ME. Apelado: Rafael Gianotti dos Santos. Relator: Des. Cesar Lacerda. DJ 20 out 2015e.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0130470-96.2012.8.26.0100; Apelante: Arivaldo de Souza e Ricardo Toshiyuki Anraki. Apelado: Ivo Bezerra de Vasconcelos. Relator: Des. Hamid Bdine. DJ 15 abr 2015f.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0009768-68.2012.8.26.0344. Apelante: Nivaldo Duarte de Lima. Apelado: Antônio Carassa de Souza. Relator: Des. Carlos Miguel Trevisan. DJ 30 set 2015g.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0001056-74.2013.8.26.0564. Apelante: Eugenio Antônio Capel Bernardes. Apelado: Daniel Paulo das Neves. Relator: Des. Ruy Coppola. DJ 23 jul 2015h.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0040686-51.2010.8.26.0562. Apelante: Andréa Catarina da Silva Severo do Nascimento e Camila Pires de Almeida de Luca. Apelados: os mesmo. Relator: Des. Cesar Lacerda. DJ 30 nov 2015i.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0015511-32.2010.8.26.0602. Apelante: José Roberto de Oliveira Buzzini e Claudio Augusto Brunello Guerra da Cunha. Relator: Des. Cesar Lacerda. DJ 26 out 2015j.

____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 018774-12.2007.8.26.0100. Apelante: Neuraci Macedo Araújo Borrelli. Apelado: Fernanda Maria Lancia Sousa. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. DJ 08 abr 2015k.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado Do Sergipe. Apelação Cível n. 2014.0071534-0. Apelante: Luiz Roberto Dantas de Santana e Valdir

dos Santos. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto. DJ 26 ago 2014.

___ Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe. Apelação Cível n. 5304/2007. Apelante: Hildebrando Santos. Apelado: Cornelio Avelino Santos. Relator: Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. DJ 1º set 2008.