

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

DANILO ALVES DE PAULA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

FRANCA

2015

DANILO ALVES DE PAULA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

FRANCA

2015

Paula, Danilo Alves de.

Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance /
Danilo Alves de Paula. – Franca : [s.n.], 2015.

117 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

1. Responsabilidade civil. 2. Advogado e cliente. 3. Teoria da
perda da chance. I. Título.

CDD – 342.151

DANILO ALVES DE PAULA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2015.

Dedico:

Aos meus familiares, principalmente, minha mãe pelo apoio e colaboração neste processo de aperfeiçoamento em minha formação.

E à minha querida esposa Fabiola, que soube compreender a minha ausência para a realização desta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Especiais agradecimentos aos colegas do CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU* - MESTRADO, que não pouparam esforços em me ajudar, principalmente à amiga Camila.

Agradeço aos Professores do Curso, sempre dispostos a colaborar e enriquecer os nossos conhecimentos.

À orientadora desta pesquisa, Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga, pela incansável dedicação, imprescindível colaboração para o meu aprimoramento profissional.

Finalmente, agradeço a todos aqueles que de alguma forma colaboraram para a existência deste trabalho.

“Na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam nas diversas funções, mas idênticas no objeto e no resultante: a justiça. Com o advogado, a justiça militante. Justiça imperante, no magistrado.”

Rui Barbosa

“A perfeição é alcançada aos poucos, pois exige ajuda do tempo...”

Voltaire

PAULA, Danilo Alves de. **Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance**. 2015. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

RESUMO

A presente pesquisa é destinada à análise sistemática da responsabilidade civil do advogado por prejuízos que ocasionar ao cliente, no entanto, não será qualquer dano que será abordado, mas aquele no qual o advogado perde uma oportunidade de obter uma chance ou barrar um prejuízo, como no caso de deixar transcorrer o prazo para interpor um recurso. Destarte, será necessária a abordagem da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, a qual se encaixa em uma nova linha da responsabilidade civil com perfeita conexão com o ordenamento jurídico pátrio. Verificar-se-á que a possibilidade de aplicação da supracitada teoria para responsabilizar o advogado, passa pela delimitação e restrição do respectivo alcance, ou seja, no caso concreto é imprescindível a verificação se houve efetivamente lucro cessante e não apenas a probabilidade de êxito, sendo certo que a mera hipótese e a ínfima probabilidade não caracteriza a responsabilidade do defensor. Por fim, será abordada a quantificação do prejuízo advindo ao cliente, em decorrência da inércia, prescrição ou decadência a que o advogado deu causa.

Palavras-chave: responsabilidade civil. Advogado. perda de uma chance.

PAULA, Danilo Alves de. **Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance**. 2015. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

ABSTRACT

This research is aimed at systematic analysis of tort lawyer for damages cause to the client, however, will not be any damage that will be covered, but one in which the lawyer misses an opportunity to get a chance stop or a loss, as if elapse let the deadline for an appeal. Thus, it is necessary to approach the theory of liability for loss of a chance, which fits into a new line of liability with perfect connection to the Brazilian legal system. It will be found that the possibility of applying the above theory to blame the lawyer, go through the delimitation and restriction of its scope, ie in focus if it is essential to check if there was effectively lost profits, not just the probability of success, it being understood that the mere hypothesis and a tiny probability does not characterize the responsibility of the proponent. Finally, the quantification of the damage arising to the customer will be addressed as a result of inertia, prescription or decadence that the lawyer gave cause.

Keywords: civil responsibility. lawyer. loss of a chance.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 A PERDA DE UMA CHANCE.....	15
1.1 Evolução doutrinária	15
1.2 A perda de uma chance no direito brasileiro.....	22
1.3 A dicotomia entre danos patrimoniais e danos morais	35
1.4 A quantificação da perda de uma chance.....	39
CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.....	44
2.1 A advocacia	44
2.2 Responsabilidade Civil	52
2.3 Excludentes da responsabilidade.....	60
2.4 A atividade do advogado	66
CAPÍTULO 3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ADVOCACIA.....	70
3.1 Causas que geram a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.....	70
3.2 Mera possibilidade não é passível de indenização	78
3.3 A jurisprudência em face da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance	83
3.4 A ética do advogado na perda de uma chance.....	90
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS.....	99
ANEXOS	104
ANEXO A RECURSO ESPECIAL Nº 1.079.185	105
ANEXO B RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.180	107
ANEXO C AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.911.....	109

ANEXO D RECURSO ESPECIAL N° 788.459111
RECURSO ESPECIAL N° 788.459111

INTRODUÇÃO

A advocacia é um instrumento de equilíbrio social, absolutamente indispensável para a vida em comunidade. É comum ouvir de algumas pessoas que jamais precisaram (ou precisarão) de um advogado. Ledo engano. Assim como os serviços médicos, o trabalho prestado pelo advogado faz parte do mundo civilizado. Muitos criticam a atuação do médico e do advogado, todavia, o foco desta crítica deveria se voltar para as doenças e as demandas.

Como um instrumento para consolidar a justiça, a advocacia não é boa ou má, irá depender de quem usa este instrumento e qual o uso se fará.

Por outro lado, o conceito de responsabilidade civil, por vezes e principalmente para leigos, se confunde com a definição de justiça. Não se deve olvidar que a responsabilidade é fundamental nas interações humanas. O ordenamento jurídico organizado, em uma análise derradeira, permite a convivência humana, diferenciando os homens dos animais irracionais. Em qualquer grupo humano organizado, seja qual for a época e cultura, aquele que praticar um ato danoso, tendo agido com culpa, é considerado responsável pelas consequências de seu ato. Lembra-nos do da lei de talião, do latim *lex talionis*: “olho por olho, dente por dente”.

De outro modo, a discussão no que tange a perda de uma chance é uma jovem teoria, na qual ocorre a privação de determinada pessoa em obter certa vantagem ou até mesmo de evitar um prejuízo, em virtude de um ato lesivo praticado por uma terceira pessoa. Os exemplos expressos pela jurisprudência são vários, como a chance de realizar a prova em concurso público pelo atraso do voo; o médico que comete um erro de diagnóstico inescusável por imperícia e, assim, reduza as chances de cura do paciente; o aluno que não consegue prestar o vestibular por erro da instituição financeira ao compensar o respectivo boleto;¹ e, o

¹ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PAGAMENTO DE INSCRIÇÃO. ERRO DE DIGITAÇÃO. IMPEDIMENTO DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO VESTIBULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS IN RE IPSA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS. Há responsabilidade objetiva da empresa, bastando que exista, para caracterizá-la, a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surgindo o dever de indenizar, independentemente de culpa ou dolo. O fornecedor de produtos e serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos

advogado que perde o prazo para um recurso, ou, até mesmo ajuíza uma demanda depois de transcorrido o lapso prescricional.

Foi justamente pensando nestas situações que, recentemente, surgiu a teoria da perda de uma chance, a qual veio sanar uma lacuna e reparar algumas situações que eram deixadas de lado pela legislação.

Destarte, inúmeras são as possibilidades de aplicação desta teoria no âmbito da advocacia. Geralmente, quando se fala em responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance, o exemplo clássico que nos recorda é falta de atenção do profissional, quanto ao prazo recursal, ou seja, a perda do prazo, que é fato mais recorrente nestas situações. Contudo, várias são as hipóteses, como por exemplo: a não propositura da ação; pedido não formulado; omissão na prova a ser realizada; perda dos autos e documentos do cliente; falta de apresentação do recurso ou contrarrazões, entre outros.

Ameaçada restaria a segurança social se aqueles que, com culpa ou dolo, no exercício da profissão, viessem a causar danos e se tornassem impunes, sendo esta uma das razões que fez surgir a presente pesquisa. Destarte, no direito nacional a responsabilidade civil do advogado é guiada pelas determinações legais da responsabilidade civil, ou seja, não existem normas específicas para determinar a atuação deste profissional.

A teoria da perda de uma chance tem características bem típicas que a diferenciam das outras situações que envolvem a responsabilização por perdas e danos. Por exemplo, no clássico caso já citado do advogado perder o prazo para recorrer, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do tribunal que, deixou

relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo. A alegação de que a autora não pode fazer a prova do Vestibular da UFRGS em razão do erro no depósito do valor da inscrição não foi elidida pela empresa ré, nos termos do art. 333, II do CPC e diante da possibilidade de aplicação da inversão dos ônus da prova prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC. Configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois o ato ilícito praticado pela ré retirou qualquer probabilidade de a autora obter aprovação no Concurso Vestibular, pois sequer constava como candidata inscrita. Danos morais in re ipsa configurados, pois decorrem do próprio ato ilícito. - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - O valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve refletir sobre o patrimônio da ofensora, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica ao resultado lesivo produzido, sem, contudo, conferir enriquecimento ilícito ao ofendido. Manutenção do quantum indenizatório, considerando-se a particularidades do caso em apreço. - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Deve ser mantido o valor fixado na sentença a título de honorários advocatícios, porquanto bem remunera o trabalho do profissional, na esteira do entendimento manifestado por este Colegiado. APELOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70040016735, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/01/2011). RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70040016735main_res_juris>. Acesso em: 18 jul. 2014.

para sempre, de examinar a pretensão do cliente, ou seja, o recurso não será apreciado pela instância *ad quem*, de maneira que nunca se saberá o resultado do julgamento, simplesmente porque ele não ocorreu.

O tema é novo e merece reflexões para se evitar desvirtuamentos, enquadramentos errados e até mesmo corrida irresponsável na busca de indenizações para qualquer situação, fato que colocaria o profissional do direito em uma situação delicada, levando inclusive ao desestímulo na profissão.

O interesse despertou no autor em face da forma como esta teoria vem sendo marginalizada, deixa de lado pela jurisprudência, assim como pela forma errônea que por vezes é aplicada.

Em momento algum a presente pesquisa pautará na defesa do advogado que atou sem conhecimento técnico ou sem diligência, este profissional deve ser responsabilizado, com a devida indenização do prejudicado, o que caracteriza a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, que está a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual será abordado oportunamente.

No entanto, é necessário deixar bem claro que o escopo da teoria é não ser distorcida e cair na chamada “indústria do dano moral”, os tribunais precisam atuar com bom senso, a razoabilidade e é ainda preciso que essa oportunidade perdida seja plausível, séria e real, excluindo as meras expectativas e possibilidades hipotéticas.

Ante as divergências de opiniões haverá no presente trabalho uma série de jurisprudências e citações de vários doutrinadores que se pronunciaram acerca do assunto, a fim de se chegar a uma conclusão.

É claro que o tema de responsabilidade civil tem se destacado em importância e extensão. Atualmente, talvez, seja o assunto com mais referência bibliográficas. Outrossim, pode se afirmar da jurisprudência. Corre-se o risco de se abordar o assunto de forma superficial ou de se alongar de forma desnecessária. Por esta razão há várias obras específicas e gerais de grandes doutrinadores pátrios. Entre as áreas específicas, a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é um tema bastante limitado quanto à bibliografia e de escassa jurisprudência. Encontram-se mais julgados e obras sobre a responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica.

Surge, portanto, a dupla preocupação nesta pesquisa: trabalhar a responsabilidade civil nos seus pontos essenciais e a perda de uma chance pelo advogado. Por uma questão didática, iniciar-se-á por este último ponto, menos conhecido e passível de despertar maior interesse.

Portanto, o primeiro capítulo será dedicado a teoria da perda de uma chance, com um breve relato histórico, a sua respectiva aplicação no Brasil, a eventual consideração como espécie de dano moral ou dano material e um problema a ser superado: a quantificação da indenização, ponto este não pacífico nos tribunais.

No segundo capítulo, traçar-se-á o panorama da responsabilidade civil, com ênfase na advocacia, enquadrando esta na correta obrigação, qual seja, de meio ou de resultado. Assim, será necessário verificar os elementos que caracterizam a responsabilidade civil, outrossim, eventuais excludentes.

Por outro lado, no terceiro capítulo será abordada a posição jurisprudencial pertinente ao assunto, discutindo a possibilidade de indenizar as meras expectativas. E como fica a questão da ética do advogado que perde a chance do cliente.

Sendo assim, sem a pretensão de esgotar o tema, busca-se um caráter didático, um norte para acadêmicos dos cursos de Direito e iniciantes no tema.

A pesquisa apresenta grau de complexidade que exigirá um tratamento metodológico eclético:

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo-bibliográfico e a dogmática jurídica, processo lógico e específico da ciência do Direito, com base na legislação, doutrina e jurisprudência do Direito Civil, Direito Comparado e da teoria da perda de uma chance.

Será necessária a aplicação do processo comparativo sempre que surgirem institutos e normas desses Direitos e eventual eficácia.

O procedimento analítico-sintético será aplicado quando a pesquisador exigir incursão analítica nos textos normativos, para futura aplicação a fatos e atos concretos da vida social; levantamento de casos concretos, reais ou potenciais, cujas soluções dependerem da aplicação de princípios e ideias gerais do Direito.

CAPÍTULO 1 A PERDA DE UMA CHANCE

1.1 Evolução doutrinária

A teoria da perda de uma chance teve sua origem na França, a doutrina destaca alguns casos pioneiros que se evidenciaram para o nascimento desta ideia, todavia, é impossível apontar, com precisão, o primeiro caso.

Entretanto, indubitavelmente, o exemplo o qual se destacou como marco da teoria, data de 1889, onde a Corte de Cassação Francesa concedeu, a um postulante, uma indenização para compensar os prejuízos causados por um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades da demanda obter sucesso.¹

A teoria da perda de uma chance não se originou em um caso de irresponsabilidade de um advogado para com o cliente ou a causa, pode-se afirmar que teve seu desenvolvimento atrelado com as atuações médicas. A perda de uma chance muito discutida na França é também conhecida como perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Não se assemelha a perda de uma chance do advogado, pois nesta o dano somente virá a ser apurado no final, caso exista. Naquela a perda de chance é presente, restará comprovada se houver nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano causado ao paciente.

A respeitável jurista, Vera Maria Jacob Fradera, ao tratar sobre a teoria de uma chance na área médica, afirma que:

Há decênios, a Corte de Cassação francesa considera reparável a perda de uma chance, pois, se a reparação nestes casos não existisse, não haveria justiça. De acordo com este entendimento, os Tribunais daquele país recorrem à noção de perda de uma chance quando subsistem dúvidas sobre o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, ou o agravamento do dano. Admite-se a reparação apenas se, pelo menos, ficar estabelecido que a culpa teve como efeito a perda, para a vítima, das suas chances de evitar o dano, ou o seu agravamento, aumentando os riscos que preexistam à intervenção culposa ou mesmo fragilizando a vítima.²

¹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traté de droit civil**. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. p. 74.

² FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 55, p. 132, jul. 1992.

Um julgado que marcou a França e influenciou o direito estrangeiro, foi o proferido pela Corte de Cassação, que para Janaina Rosa Guimarães, inaugurou a atual jurisprudência francesa:

A decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria adveio da 1. Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho 1964. O caso narrou a acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido a verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotava, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto. Assim a corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em 1. instância, que entre o erro do médico e as graves consequências – a invalidez do menor – não se podia estabelecer de modo preciso umnexo de causalidade. A Corte de Cassação assuntou que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir a responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido a chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos.³

O fato é que no século passado, a jurisprudência francesa, começou a estender a teoria da perda de uma chance nos mais diversos sentidos, inclusive no caso de falhas de advogado, até casos cotidianos, como por exemplo, o julgado da Corte de Cassação datado de 1972, onde esta, concedeu reparação de quinze mil francos pela perda de chance de se ganhar o prêmio. O ocorrido consistiu em uma ação ajuizada pelo apostador em face do jóquei que montava o cavalo, tendo como base a punição da comissão organizadora, a qual considerou que o réu havia infringido o código de conduta, pelo fato de não empregar todos os meios possíveis para que o animal tivesse o melhor desempenho, posto que diminuiu a velocidade próximo a linha de chegada, fazendo com que chegasse em terceiro lugar.⁴

Outro país que merece destaque na recepção da teoria da perda de uma chance é a Itália, onde foi enfrentada pela primeira vez pelo professor da Università di Milano, Giovanni Pacchioni, em sua obra *Diritto Civile Italiano*. A maior preocupação deste acadêmico se encontrava nas situações em que, mediante

³ GUIMARÃES, Janaina Rosa. Perda de uma chance. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo. ed. 37. p. 72, 2008.

⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 150.

culpa, alguém causasse um prejuízo a um terceiro, em razão da privação de uma possibilidade de lucro. Sérgio Savi ao discorrer sobre este professor italiano afirma:

Para este autor que, frise-se, enfrentou o tema antes mesmo da entrada e vigor do atual Código Civil Italiano, as condutas culposas descritas nos exemplos fizeram com que as vítimas de tais atos perdessem uma possibilidade de lucro, uma simples chance que, no seu entender, seria uma possibilidade aleatória e não um valor efetivo, certo e presente. As situações descritas seriam, assim, desagráveis, mas incapazes de causar um dano patrimonial. Apesar de admitir que alguns autores franceses e a jurisprudência deste país já estariam reconhecendo o valor da chance em si considerada, desde que séria e real, Pacchioni é enfático ao afirmar que não poderia concordar com este corrente. Isso porque uma simples possibilidade, uma chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado. A justificção para essa afirmação seria a de que, ao contrário do ordenamento jurídico francês, na Itália indenização dos danos estaria limitada aos danos patrimoniais, e não a qualquer tipo de dano moral.⁵

Portanto, o acadêmico italiano reconheceu que, por exemplo, o advogado que não propõe, tempestivamente, o recurso de apelação, impedindo o cliente de ter a sentença desfavorável reformada, faz surgir para o cliente o direito de reclamar, todavia, faltaria interesse jurídico para esta pessoa ingressar com uma ação contra o advogado, eis que não poderia falar em um dano certo.⁶

Apesar de não se equiparar à França, o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance foi muito importante na Itália, pelo fato de ser aperfeiçoada e disseminada, o que contribuiu para a respectiva divulgação.

No entanto, foi em 1966 que, Adriano De Cupis, professor italiano da Università di Perugia, publicou o livro, *Il DANNO: Teoria Geral Della Responsabilità Civile*.⁷ Diferente do professor Pacchioni, Adriano reconheceu a possibilidade do dano ser indenizado no caso do advogado negligente, ou seja, haveria um dano ao cliente quando aquele deixa escoar o prazo para apelação, transitando em julgado a sentença prejudicial.

Sergio Savi destaca a importância deste acadêmico:

⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 8.

⁶ Ibid., p. 7.

⁷ DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 2. p. 261.

Adriano de Cupis foi, em nosso sentir, o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano, uma vez que conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, e portanto, enquadrar a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam. [...] O grande mérito de Adriano de Cupis não está apenas em reconhecer o valor patrimonial da chance de vitória por si só considerada, mas, principalmente, de enquadrá-la como uma espécie de dano emergente, o que afastaria as objeções acerca da incerteza de dano, que influenciaram negativamente os trabalhos dos autores que o precederam.⁸

Assim, no caso do advogado que deixar de apelar de uma decisão judicial prejudicial, para Adriano de Cupis, não seria possível prever o final do processo e garantir o êxito na demanda, portanto, não haveria indenização pela vitória não atingida, todavia, haveria a chance perdida, ou seja, a possibilidade de vitória, cujo valor deverá ser menor que a vitória almejada, ou do prejuízo ocorrido. Destarte, enquadrou a responsabilidade civil pela perda de uma chance em uma em dano emergente e não mais como lucros cessantes, como vinham entendendo os estudiosos anteriores. Para o autor:

Riguardo a tali casi, devo però aggiungersi: se non può parlarsi di un danno consistente della mancata vittoria (della corsa ippica, della gara pittorica, della causa giudiziaria), non può, d'altura parte, contestarsi che la prestazione del fantino, del corriere, dell'avvocato, assicuri una possibilità di vittoria, e che proprio in vista di questa sia stata dedotta in una convenzione impegnativa. In conseguenza, sembra giusto ammettere che in relazione all'esclusione della possibilità di vittoria sussista un danno giuridico.⁹

Outro professor que merece destaque na doutrina italiana foi Maurizio Bocchiola, professor da universidade de Milão, que escreveu o artigo “*Perdita di una chance e certezza del danno*”. Destaque para este acadêmico foi a definição do termo chance, que segundo ele se trata da possibilidade de obter um lucro ou evitar uma perda, ou seja, garantiu um valor econômico ao suposto dano. Portanto, no supracitado caso do advogado que deixa de apresentar o recurso, não há como definir o dano final, caso fosse possível haveria um dano certo, o que faria com que o advogado pagasse ao cliente o valor que este teria com o êxito do processo

⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10-11.

⁹ DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 2. p. 264.

judicial. E por outro lado, se houvesse a possibilidade de demonstrar que a chance não ocorreria, não haveria dano e isentaria a conduta do advogado.¹⁰

Na época que Bocchiola escreveu o artigo, a jurisprudência italiana não admitia a responsabilidade civil do advogado no caso de perda de uma chance, no caso de culpa. O entendimento era de que o advogado deveria ressarcir as despesas antecipadas, mas não o dano, o qual não teria como ser provado. A *Corti di Cassazione* até afirmava que o advogado negligente deveria ser responsabilizado, no entanto, caberia ao cliente o impossível ônus de provar que a negligência do patrono contratado trouxe o prejuízo e que tal demanda seria certamente vitoriosa. Ou seja, na prática não havia condenações destes profissionais, eis que é impossível provar que uma ação judicial será vitoriosa.¹¹

Este acadêmico foi de grande importância para a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito italiano, com base nos ensinamentos de Adriano de Cupis. Destarte, tal professor chega às seguintes conclusões, citadas por Sérgio Savi:

(i)[...] não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo chance não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente, perdida a chance, o dano é, portanto, certo. [...] (i) a chance, desde que com uma probabilidade de sucesso superior a 50%, pode ser considerada dano certo e, assim, ser indenizável; (iii) a certeza de tal dano será valorada segundo um cálculo de probabilidade.¹²

Para este professor italiano, o advogado só seria responsabilizado civilmente pela perda de uma chance quando a suposta vítima demonstrasse que havia a possibilidade de conseguir uma vantagem e esta deveria ter a probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento), com base em estatística.

¹⁰ BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita de uma chance e certeza del danno**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, anno 30. p. 55-101, 1976 apud SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

¹¹ Ibid., p. 18.

¹² SAVI, op. cit., p. 23.

É necessário destacar que este mecanismo de auferir a probabilidade, com base na estatística judiciária, foi criado pelo jurista Peiro Calamandrei em 1931, em um artigo que defendia a responsabilidade civil por perda de uma chance e criticou uma decisão da Corte de Cassação italiana, o qual isentou o advogado que protocolou um recurso intempestivo, com o fundamento de que não era possível prever o resultado do julgamento em sede de recurso.¹³

Ao contrário do alegado pela Corte, Calamandrei entendia que o dano era injusto, pois ao advogado faltou com uma obrigação inerente ao próprio mandato. No entanto, este jurista reconheceu a dificuldade em definir a probabilidade de êxito que cliente teria, desta forma, Sérgio Novais Dias explica o mecanismo de cálculo estatístico criado por Calamandrei:

Sugeriu, então, que se fizesse um cálculo estatístico, lançando-se mão da estatística judiciária, e, para ser mais exato, a estatística concernente à circunscrição à qual a causa pertencia, e, talvez, a estatística daquele mesmo ano, para ver, por exemplo, em cada cem recursos interpostos (sem distinção entre as matérias abordadas), quantos eram acolhidos pela instância superior. Se a média era de 40% de recursos acolhidos (independentemente das matérias neles ventiladas), então, o advogado deveria pagar ao cliente o correspondente a 40% do valor da causa. Mas, se verificado que o percentual de chances no recurso sucessivo à Corte de Cassação era mais reduzido, reduzia-se, na mesma proporção dessa estatística de êxito, ou seja, para 25%, o valor da indenização a ser paga pelo advogado. Essa é, para Calamandrei, a solução equânime que considera justa. Contudo, não é difícil perceber que a solução encontrada pelo grande jurista está muito longe de resolver adequadamente o problema, pois Calamandrei deu tratamento igual a todos os recursos. Para ele, todos os recursos, independentemente da matéria, teriam a mesma chance de êxito na instância superior, o que é um erro gritante supor, pois evidentemente que, de acordo com a questão discutida, as chances de êxito são totalmente diferentes.¹⁴

De forma acertada o jurista, Sergio Novais Dias, afirmou que o sistema criado por Calamandrei é injusto, pois por exemplo, se em uma situação onde é pacífico no tribunal superior que o recurso seria julgado improcedente, não seria justo com o advogado pagar o valor de 25% do valor da causa. De qualquer modo,

¹³ CALAMANDREI, Piero. **Limiti di responsabilità del legale negligente**, in Riv. Dir. Proc. Civ. II, 1931, p. 260 apud DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 58.

¹⁴ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 59.

não se deve olvidar o legado deixado por Calamandrei para o aperfeiçoamento da teoria da perda de uma chance.

Observa-se que a Itália teve contato com a teoria somente após algum tempo de seu surgimento na França, todavia, isto não impediu o profundo aperfeiçoamento, primeiramente por Adriano de Cupis e, em um segundo momento, por Maurizio Bocchiola, permitindo o reconhecimento dos tribunais da supracitada teoria.

Contudo, somente em novembro de 1983, houve o julgamento do primeiro caso favorável à indenização da perda de uma chance pela Corte de Cassação italiana, o qual foi relatado por Patrizia Petrelli:

O caso considerado pela doutrina como o primeiro a admitir a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance na Itália, pode ser assim descrito: Uma empresa denominada “Stefer” convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetidos a diversos exames médicos, alguns candidatos ao empregos foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão.¹⁵

O juiz de primeiro grau considerou a ação procedente e concedeu o direito aos requerentes para serem admitidos, desde que superassem as provas que não tiveram a oportunidade de se submeterem. O magistrado ainda condenou a empresa na obrigação de indenizar os autores pelo atraso no processo de admissão.

No entanto, o Tribunal de Roma, reformou tal decisão, deixando de reconhecer a chance perdida, com o argumento de que se tratava de dano potencial, não tendo os autores demonstrado o prejuízo de forma segura, sendo, portanto, impossível mensurar o prejuízo.

O caso foi levado a Corte de Cassação e esta cassou a decisão do Tribunal, mantendo a decisão do magistrado de primeiro grau, a qual concedeu o dano pela perda de uma chance, com base na perda da possibilidade de conseguir o emprego, em razão dos autores serem impedidos de realizar os demais exames¹⁶.

¹⁵ PETRELLI, Patrizia. **Causalità e perdita di chances**, in I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale – I fatti illeciti, III. Causalità e danno, a cura de Giovanna Visintini, Padova: CEDAM, 1999. p. 303 apud SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 25.

¹⁶ Ibid., p. 26.

1.2 A perda de uma chance no direito brasileiro

O art. 402 do Código Civil determina a regra: as perdas e danos abrangem o que de fato se perdeu e aquilo que de forma razoável se deixou de lucrar. Neste mesmo raciocínio, o art. 403 aclara que os prejuízos efetivos e os lucros cessantes ressarcíveis só o são aqueles que decorrerem direta e imediatamente da inexecução obrigacional do devedor.¹⁷

A casuística demonstra que a perda de uma chance tem peculiaridades que a diferencia dos casos tradicionais de perdas e danos. Na perda de uma chance, no caso do advogado, jamais se saberá qual seria o resultado proferido pelo órgão superior, que por falha do profissional, deixou de apresentar um recurso, por exemplo. O recurso nunca será apreciado pelo Tribunal, simplesmente porque não existiu e não terá a oportunidade de existir, fato que leva a impossibilidade de saber qual seria o derradeiro julgamento da lide.

Com esta análise superficial, com base no art. 402 do Código Civil pode se afirmar que o advogado estaria isento de responsabilidade, pois o cliente não saberia o que efetivamente perdeu, ou seja, aquilo que com certeza absoluta deixou de ganhar. Neste sentido, Carvalho Santos afirma:

Somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas, ainda aí, parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada. Somente em casos excepcionais poder-se-á admitir a possibilidade dessa prova e é quando espécie idêntica, na mesma ocasião, isto é, julgada pelos mesmos juízes que deveriam julgar a sua causa, tiver sido decidida no sentido que o recurso, que não foi interposto, visaria conseguir.¹⁸

Com esta linha de raciocínio, Sérgio Novais Dias comenta o acórdão de 1926 relatado pelo Desembargador Diógenes Pereira do Valle, onde o tribunal de São Paulo decidiu pela irresponsabilidade do advogado em ação proposta pelo cliente, pelo fato deste profissional não ter preparado o recurso criminal. O tribunal rejeitou o

¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁸ SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 322.

recurso, afirmando que a possibilidade de reforma de uma decisão não justifica qualquer indenização. Na mesma direção da doutrina de Carvalho Santos, o tribunal julgou que não poderia se afirmar que o recurso não preparado foi a causa da prisão do réu, eis que não haveria certeza que o acórdão iria mudar a sentença, tratando-se, portanto, de uma hipótese.¹⁹

Na análise de casos de perda de uma chance do advogado é possível visualizar situações, onde houvesse o recurso, o acolhimento da tese pelo tribunal seria totalmente viável e, por outro lado, outras, em que o recurso teria o caráter meramente protelatório, fadado ao insucesso. Como exemplo atual, se pode citar as ações que versam sobre a correção do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), neste caso, entre 1991 e 2012, tudo que foi corrigido pela Taxa Referência (TR) ficou abaixo do índice de inflação. Somente nos anos de 1992, 1994, 1995, 1996, 1997 e 1998, a Taxa Referência (TR) ficou acima dos índices de inflação, destarte, o que se pleiteia, nestas ações, é utilizar para a correção monetária o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), ou, Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo e Especial (IPCA-e), ou algum outro índice que efetivamente recomponha o valor monetário, perdido pela inflação. Tais ações estão suspensas e foi reconhecida a repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através do Recurso Especial (RE) 611503. Se a Suprema Corte reconhecer a aplicabilidade de outro índice na correção do FGTS e um advogado deixar de recorrer de uma sentença que julgou o pedido improcedente, o recurso seria fatalmente procedente. Por outro lado, caso o Supremo Tribunal Federal reconheça que está correta a atualização via TR, não seria, a princípio, correto responsabilizar o advogado pela perda da chance de ter apreciada a pretensão em segundo grau, impondo-lhe uma indenização.

Percebe-se que há inúmeras situações que podem ficar entre os extremos, de inteira e de nenhuma probabilidade de êxito na demanda, onde a apuração de eventual prejuízo se torna quase impossível. Questões onde envolvem pontos subjetivos e juízo de valor dos julgadores, como o caso da valoração da prova produzida, são de difícil prognóstico.

Em situações onde ocorreu a perda de uma chance pelo advogado, é certo que se este profissional agiu com culpa, deve ser responsabilizado pela sua

¹⁹ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 44.

omissão. Contudo, a apreciação do nexo de causalidade e da extensão do dano deve sempre ser verificada, para que o advogado não seja responsabilizado por um dano que não ocorreu. Neste caso, haveria um injusto enriquecimento sem causa do cliente.

Diante desta situação, a definição do termo “perda de uma chance” deve ficar bem claro, justamente para evitar erros e eventuais injustiças.

A perda de uma chance é a eliminação da oportunidade de obter uma vantagem, um lucro futuro ou de evitar um dano maior, passado ou futuro, que alguém sofreu em razão da ação ou omissão de outrem.²⁰ Para Flávio Tartuce:

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal.²¹

Consoante mencionado alhures, talvez o principal nome da teoria da perda de uma chance, foi o italiano Maurizio Bocchiola, nos primórdios do desenvolvimento da teoria, ele definiu o termo chance, como a probabilidade de obter um lucro ou, ainda, de evitar uma perda, de maneira que, a chance perdida assumiria um valor econômico, ou seja, teria um conteúdo patrimonial.²²

Sérgio Savi, por seu turno, também defini de forma brilhante o que para ele seria uma definição de eventuais chances perdidas:

A chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado. [...] Enquanto a completa realização da possibilidade deva ser considerada de difícil

²⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR A MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível, n. 591064837, 1991). RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70005473061main_res_juris>. Acesso em: 11 jan. 2015.

²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2. p. 422.

²² BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita de una chance e certezza del danno**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, anno 30. p. 87, 1976 apud SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 24.

demonstração em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofreu a lesão. Neste caso, de fato, dado o que fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vítima já existente e a ela pertencente, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano. Assim, em determinados casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou presunção.²³

Neste mesmo raciocínio, Fernando Noronha, em nosso ponto de vista, propiciou de forma simples e objetiva e definiu a chance perdida com uma propriedade impar:

Quando se fala em chance, estamos perante situações que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeito de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano.²⁴

Por derradeiro, se destaca a definição de Antônio Jeová Santos, que ao tratar das chances perdidas as define como a “ [...]frustração de oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito.”²⁵ Destaca-se que para o ponto de vista deste doutrinador a chance que se perdeu não é a vantagem esperada, todavia, se trata da singela probabilidade que o benefício surgisse, caso o processo não fosse interrompido.

De forma geral, todas as definições colacionadas trazem os mesmos elementos, quais sejam, a perda de uma chance é traduzida com uma frustração, em um processo, cujo final jamais se saberá, eis que este foi interrompido por um ato antijurídico, sendo que chance perdida em si é tida como um dano certo.

²³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102.

²⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 669.

²⁵ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 106.

Esta afirmação, ou seja, igualar a perda de uma chance com um dano, se ultrapassa a simples definição e aprofunda-se na natureza jurídica, pois a enquadra em uma classe do sistema.

Definir a natureza jurídica de um instituto consiste em determinar sua essência para classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no direito. Seria como uma forma de localizar tal instituto topograficamente. É como se um instituto quisesse saber a qual gênero ele pertence, é a espécie procurando o gênero, é a subespécie procurando a espécie. A definição da natureza jurídica de determinado instituto, no âmbito da ciência do direito, é etapa essencial para a sua exata compreensão. Cuida-se, pois, da sistematização do direito, quer para fins didáticos, quer para a esmerada identificação de normas e princípios incidentes.

A propósito, Maria Helena Diniz leciona que o direito, enquanto categoria afeta às ciências sociais, encontra-se condicionado a uma ordem de constatações verdadeiras, logicamente relacionadas entre si, funcionando como instrumento de cognição do seu objeto. Acrescenta:

O conhecimento científico pretende ser um saber coerente. O fato de que cada noção que o integra possa encontrar o seu lugar no sistema e se adequar logicamente às demais é a prova de que seus enunciados são verdadeiros. Se houver alguma incompatibilidade lógica entre as ideias de um mesmo sistema científico, duvidosas se tornam as referidas ideias, os fundamentos do sistema e até mesmo o próprio sistema.²⁶

Destarte, a autora define a natureza jurídica sendo a “[...] afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação.”²⁷

A natureza jurídica da perda de uma chance é um tema que está longe de chegar a um consenso, existe duas correntes unitárias e uma mista que tentam solucionar a questão.

De forma objetiva, a primeira corrente unitária afirma que a natureza jurídica da perda de uma chance seria um dano autônomo, certo e independente do dano final. A segunda corrente unitária a chance perdida seria um abrandamento do nexo causal, resultado numa relação de causalidade parcial entre a conduta do agente e o

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17.

²⁷ Id. **Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 66.

dano final. Por derradeiro, a corrente mista, conforme o próprio nome, seria a composição das duas anteriores, dividindo os casos de perda de uma chance em clássicos, nos quais haveria um dano específico e aqueles que ocorrem no âmbito da medicina, onde haveria a aplicação da causalidade parcial.

A primeira corrente unitária, que considera as chances perdidas como um dano independente do resultado final, defende um alargamento conceitual do dano, através da evolução do seu respectivo conceito. Destarte, não seria necessária uma causalidade parcial com o dano final para gerar a indenização.

Para Rafael Peteffi da Silva, um nome que merece destaque na defesa desta corrente é o americano Joseph King Júnior, que foi o pioneiro da teoria da perda de uma chance nos Estados Unidos em 1981, com o artigo "*Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*" no *Yale Law Journal*. O autor afirma ainda que:

Joseph King Jr. Vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despidendo qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade. [...] Grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexo de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação ao danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.²⁸

Por outro lado, a segunda corrente unitária usa a causalidade parcial para verificar a perda de uma chance. Para tal teoria não haveria dano independente de um resultado final, ou seja, não haveria responsabilidade civil por perda de uma chance sem o dano final. Destaca-se na defesa desta corrente Jacques Boré e Jhon Makdisi.²⁹

O problema desta corrente seria que não tem como imputar o dano final, fruto da chance perdida, ao agente, eis que não é possível afirmar que sem ele o dano teria ocorrido, ou seja, no caso, não haveria como afirmar que a conduta do advogado desidioso foi o fator, a condição necessária para verificação do dano. Desta maneira, como esta corrente não admite a chance perdida como um dano

²⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

²⁹ *Ibid.*, 74.

autônomo, a única alternativa, para a justa indenização da vítima, seria mitigar o nexo causal, através da causalidade parcial.

A teoria da causalidade parcial é um tema complexo, não se pretende esgotar o assunto, todavia, se trará as noções mínimas para não restar prejudicado a correta compreensão da segunda corrente unitária, que versa sobre a natureza jurídica da perda de uma chance.

A causalidade parcial incidirá naquelas hipóteses em que a prova da *conditio sine qua non*³⁰ restar prejudicada, pelo fato de existir diversas causas e fatores que ocasionaram o dano, sendo impossível determinar qual o motivo específico originou o prejuízo. Melhor conceituando a teoria, Rafael Peteffi da Silva afirma:

Se o prejuízo final não está em relação causal totalmente provada com o ato do ofensor, ou seja, se este não representa uma *conditio sine qua non* para a realização da perda da vantagem esperada – pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo. A reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Se existem oitenta por cento (80%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experimentado pela vítima, o dano será quantificado em oitenta por cento (80%) do prejuízo total sofrido. Da mesma forma, se o conjunto probatório indica uma probabilidade causal de quarenta por cento (40%), é exatamente segundo esta proporção que será calculada a indenização.³¹

Em suma, a utilização da causalidade parcial consiste no arbitramento de uma indenização proporcional à probabilidade de participação do agente no dano. Tal teoria é amplamente, principalmente para dosar o valor da indenização, todavia, deve ser analisada com ressalvas para caracterizar a natureza jurídica da teoria em comento. A crítica ocorre no fato da difícil apuração a probabilidade de êxito em uma demanda. A probabilidade ocorreria com base em casos análogos, o que levanta outra crítica, pois as peculiaridades de situações específicas não devem servir como exemplo, ou seja, não é possível, por exemplo, determinar que as ações em determinado caso, são 60% favoráveis e com base neste percentual, fixar a indenização que o advogado pagaria pela chance perdida.

Lisiane Lazzar Pietroski destaca que a causalidade parcial deve ser aplicada nos casos de perda de uma chance na área médica, nos seguintes termos:

³⁰ Conforme se infere de sua própria denominação, esta teoria do nexo de causalidade, possui vínculo direto com as condições sem as quais o dano não ocorreria.

³¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 50.

Sobre a aplicação da causalidade parcial em relação ao dano final, é necessário mencionar que só é admitida nos casos de perda de uma chance ocorridos na área médica, pois não se admite este tipo de relação de causalidade nos demais casos de responsabilidade civil. Se fosse possível valer-se da relação de causalidade parcial para imputar responsabilidade civil em todos os casos que se apresentam, cada vez que o magistrado estivesse em dúvida sobre a existência ou não de nexos causal apto a ligar a conduta do agente ao dano criado, solucionaria o seu problema conferindo uma indenização medida de acordo com o seu grau de convencimento acerca da ocorrência do liame. Contudo, isso não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio como regra geral, somente sendo permitida a utilização em casos de perda de uma chance na área médica como forma de indenizar um dano injusto que não deve ser suportado pela vítima.³²

Portanto, se aplicado na perda da chance do advogado, no caso de dúvida entre o nexo causal entre o agente e o dano, não haveria improcedência, mas sempre em uma condenação parcial, não pelo grau de sucesso daquela ação, o que seria impossível mensurar, mas pelo grau de convencimento do juiz, o que traria uma instabilidade para o ordenamento jurídico.

Em suma, a primeira corrente, da natureza jurídica da perda de uma chance, afirma que o dano deve ser alargado; a segunda afirma que a elastização deva ocorrer no nexo causalidade. Destarte, resta verificar a derradeira corrente, a qual defende que a perda de uma chance pode ser um dano autônomo, ou uma situação de causalidade parcial, dependendo da situação que se apresenta.

Esta corrente tem plena aceitação na França, onde os casos de perda de uma chance são divididos em dois casos: o primeiro são os casos que ocorrem no âmbito médico e o segundo os casos tradicionais, clássicos, os quais seriam por exclusão todos os outros casos. Os primeiros casos não são danos autônomos, sendo somente indenizáveis através da causalidade parcial. Já os segundos são danos autônomos.

O caso do advogado que perde uma chance, no caso, por exemplo, a perda do prazo para interpor recurso, ocasiona a interrupção de resultado futuro, que por sua vez, poderia trazer vantagens ou não para o cliente. Aqui estaria um caso de dano autônomo e passível de gerar uma indenização, pois o dano consistiu na perda da chance do processo seguir seu trâmite normal, em sede de segundo grau.

³² PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 58.

Portanto, o advogado que deixa transcorrer o prazo para o recurso, ocasiona a perda de uma chance, passível de ser reparável, se enquadrando, portanto, para a segunda corrente mista, como um caso clássico, ou seja, um dano autônomo.

Por outro lado, os casos de perda de uma chance na área médica, também conhecidos como perda de uma chance de cura ou de sobrevivência o resultado final já ocorreu, o paciente morreu ou já foi prejudicado. Assim, a dúvida não fica na questão do dano, mas no nexo de causalidade entre a conduta do agente e resultado. Para não deixar a vítima e seus familiares desamparados, a causalidade parcial é admitida nestas ocasiões.

No direito francês esta é a teoria majoritária, mas ainda existem críticas, Rafael Peteffi da Silva cita a crítica feita por François Chabas que concorda com a existência de duas modalidades da perda de uma chance: os casos clássicos, onde ocorre o dano autônomo e os casos de causalidade parcial, na seara médica. Contudo, defende que não são todos os casos no âmbito da médica que devem ser regidos pela causalidade parcial. Consoante Rafael Peteffi da Silva:

Pode-se afirmar que François Chabas também efetua uma ruptura – não entre casos clássicos de um lado e todos os casos de perda de uma chance na área médica de outro, como queriam os partidários da corrente majoritária -, mas entre a “aplicação falsa” e a “aplicação verdadeira” da perda de uma chance na seara médica. A primeira seria observada quando fosse necessária a utilização da causalidade parcial, enquanto a segunda se constituiria em um dano específico.³³

No âmbito nacional merece destaque a posição de Fernando Noronha que afirma que todos os casos de perda de uma chance traduz-se um dano específico, ou seja, o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios esperados.³⁴

Em contrapartida, neste ponto da natureza jurídica defende Rafael Peteffi da Silva:

Mesmo após o renovado estudo da doutrina da Common Law, entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira estaria embasada em um conceito específico e independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Imperioso ressaltar que os casos da seara

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 98.

³⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 676.

médica, como enfoca François Chabas, podem ser observados nas duas categorias da teoria da perda de uma chance, não se apresentando como objeto exclusivo da segunda aplicação.³⁵

A discussão sobre estas teorias não deve ser aprofundada, nos parece desnecessário discorrer minuciosamente sobre o assunto. O foco deve se manter na responsabilidade civil do advogado e de qualquer ângulo que se faça uma análise, a natureza jurídica da perda de uma chance pelo advogado será de dano autônomo. Na primeira corrente, onde haveria um alargamento do dano, a responsabilidade do advogado seria pela perda da chance do processo fluir, ou seja, um dano autônomo. A segunda corrente não seria aplicada aqui, pois se reserva exclusivamente para a perda de uma chance de cura ou sobrevivência. E na corrente mista o advogado causador da perda de uma chance seria enquadrado como um caso clássico, ou seja, dano autônomo, conforme visto alhures.

Posto isto, é necessário definir a perda de uma chance como sendo dano emergente ou lucro cessante.

O Código Civil, em seu art. 402, determina que as perdas e danos abrangem o que o eventual credor perdeu, ou seja, os danos emergentes, mas também aquilo que deixou de lucrar, ou seja, os lucros cessantes.

Em uma primeira análise superficial, porém errônea, seria considerar os prejuízos passados como danos emergentes e, por outro lado, os lucros cessantes seriam os prejuízos futuros. Todavia, tal concepção não tem alicerces confiáveis, pois considerando o acidente como referência, todo dano prejuízo é futuro, eis que este é obviamente posterior àquele.

Quando o supracitado art. 402 do Código Civil determina que o causador do dano indenize a vítima, o que se pretende é o retorno da situação anterior, do estado que se encontrava a vítima antes do prejuízo, ou seja o *stato quo ante*. Desta forma, haverá o dano emergente quando o acidente ocasionar uma lesão ao estado em que a vítima se encontrava. Por outro lado, o lucro cessante seria quando o acidente impedir de ocorrer uma melhora na situação do lesionado.

No caso do advogado que perde um prazo, por exemplo, o caso não se torna de fácil solução. A chance perdida seria uma frustração quanto a uma melhora na situação do cliente (lucro cessante), ou um dano emergente?

³⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 195.

A escassa doutrina que aborda o tema se divide. Daniel Amaral Carnaúba sustenta que a chance perdida é um bem do lesado, que foi destruído pelo réu, tratando, portanto, de dano emergente.

A chance perdida é tratada como um bem, material ou imaterial, pertencente à vítima, e que foi destruído em razão do fato imputável ao réu. Por meio da técnica, a chance passa a ser considerada um “patrimônio anterior” do interessado. Disso conclui-se que a chance perdida é um dano emergente. Em sentido oposto, a doutrina nacional por vezes observa que a perda da chance implica para a vítima uma frustração quanto a uma possível melhora ou ganho, aproximando-se assim dos lucros cessantes ou, ainda, representando um *tertium genens* na classificação comentada. 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 configuram 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.³⁶

Nesta mesma esteira, Sérgio Savi defende a tese que a chance perdida é uma subespécie do dano emergente, pois esta se trata de um patrimônio da vítima, o qual sofreu a lesão. Se inserir a perda de uma chance no conceito de dano emergente, se torna desnecessária a discussão da certeza do dano, pois não se indeniza o prejuízo da perda do resultado útil, indeniza-se a perda de uma chance de obter o resultado esperado³⁷. Assim, o advogado que perde a chance, não deve indenizar o cliente pelo valor, o qual este teria direito em tese, se o recurso fosse provido, por exemplo, mas pelo valor do dano causado pela oportunidade perdida.

De forma contrária, temos Sérgio Cavalieri Filho que entende que a perda de uma chance está mais próxima do lucro cessante, pois, neste caso, a conduta ilícita impede o lesado de obter uma situação futura melhor.³⁸ Trazendo tal ideia para o exemplo do advogado que perde o prazo para o recurso temos que, em virtude da conduta do profissional, desaparece a possibilidade do julgamento em segundo grau que possibilitaria um benefício futuro para o cliente, seja a possibilidade de se obter uma reforma na sentença improcedente ou a manutenção do julgamento procedente.

³⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p. 169.

³⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.41.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 70.

A opinião de Sérgio Novais Dias merece destaque, principalmente pelo fato de ter sido o primeiro enfrentar a responsabilidade civil por perda de uma chance, no Brasil. Este autor trata a perda de uma chance como se fosse um tipo de lucro cessante. Ao citar Fernando Pessoa Jorge afirma:

Ao tratar do lucro cessante, estamos acostumados a conviver com a ausência de certeza absoluta desse dano, pois nunca se saberá se o credor teria ou não aquele lucro esperado, que se indeniza. Como salienta Fernando Pessoa Jorge, os lucros cessantes, "reportados a um futuro hipotético (frustração de ganhos que se teriam obtido, se não fosse a lesão), nunca se apresentam com caráter de certeza absoluta" e que "a certeza dos lucros cessantes, bem como dos prejuízos futuros, baseia-se, pois, na evolução normal (e, por tanto, provável) dos acontecimentos. Contudo, nessa situação de perda de uma chance, os danos materiais emergentes têm sua certeza equiparada à certeza dos lucros cessantes, ou seja, a certeza baseada na probabilidade, que leva em conta a evolução normal dos acontecimentos."³⁹

Portanto, para este autor, o juiz ao analisar uma ação que tente responsabilizar o advogado pela perda de uma chance terá que fazer um juízo de probabilidade. Conforme já exposto, tal tarefa é íngreme. No exemplo da ausência de recurso pelo advogado, o magistrado teria que fazer uma probabilidade de êxito do recurso que deveria ter sido interposto. Ou seja, se houve alto índice de chances do recurso, o advogado deverá ser condenado, no valor equivalente ao que o cliente receberia. Por outro lado, se houvesse pouca certeza de probabilidade a ação para responsabilizar o advogado pela perda de uma chance deveria ser julgada improcedente.

Sérgio Novais Dias usa a teoria da causalidade adequada⁴⁰, afirmando que a chance, por si só considerada, teria valor extrapatrimonial, todavia, este assunto,

³⁹ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 63.

⁴⁰ Ibid., p. 45 - Para a teoria da causalidade adequada: "*Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento. [...] Não basta, como observa Antunes Varela, que o fato tenha sido, em concreto, uma condição sine qua non do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano.*" CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73. Portanto, ao contrário da teoria da equivalência das condições a causa não seria todas aquelas que contribuíram para o dano, mas somente aquelas que, razoavelmente, detinham potencial para alcançar tal desfecho. O juízo de probabilidade citado acima, indicado por Sérgio Novais Dias, para definir a perda de uma chance do advogado como lucro cessante é fruto desta teoria, pois: "Na teoria da causalidade adequada, que mais adiante aplicaremos nessa situação da perda de uma chance, faz-se sempre um prognóstico a posteriori entre o ato e as prováveis conseqüências, no objetivo de fixar o nexo da causalidade.

sobre o caráter moral ou material da chance perdida, será abordado em tópico futuro.

Carvalho Santos, em sua respectiva obra, também acredita que a chance perdida deve ser tratada como lucro cessante e, ao comentar sobre a responsabilidade civil do advogado, afirma:

Somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas, ainda aí, parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada.⁴¹

Na verdade, se fosse possível provar que o recurso seria provido, haveria um tradicional caso de lucro cessante e não perda de uma chance, eis que o advogado deverá restituir o cliente no valor de que, em tese, teria direito.

Por derradeiro, Sílvio de Salvo Venosa, enquadra a perda de uma chance com uma terceira modalidade de indenização, ou seja, estaria “[...] a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante.”⁴²

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do relator ministro Luis Felipe Salomão, ao analisar a o processo de responsabilidade civil do advogado que deixou de contestar, admite que a perda de uma chance é algo que flutua entre o lucro cessante e o dano emergente.⁴³

⁴¹ SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 321.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 200.

⁴³ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se

1.3 A dicotomia entre danos patrimoniais e danos morais

Outro ângulo que a perda de uma chance deve ser analisada é a classificação dos prejuízos experimentados pela vítima. No Brasil há a separação entre os danos morais e os danos patrimoniais. Deve se entender este como um dano ao patrimônio da vítima, ou seja, um prejuízo que pode ser mensurado pecuniariamente, na medida em que ela deixa de obter uma vantagem ou evita um prejuízo material.

Por outro lado, o dano moral não é suscetível de avaliação em dinheiro, geralmente são direitos ligados à personalidade. Clayton Reis assim o define:

Trata-se de uma lesão que atinge valores físicos e espirituais, a honra, nossas ideologias, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa, enfim, aquela que afeta de forma profunda não os bens patrimoniais, mas que causa fissuras no âmago do ser, perturbando-lhe a paz de que todos nós necessitamos para nos conduzir de forma equilibrada nos tortuosos caminhos da existência.⁴⁴

Partindo deste alicerce, de forma coerente, Daniel Amaral Carnaúba, afirma que a chance perdida não se encaixa, obrigatoriamente, a esta ou àquela categoria. No caso, irá depender do resultado que poderá ser obtido, representando um dano patrimonial ou moral à vítima.⁴⁵

Portanto, a perda de uma chance não se confunde com o dano moral, trata-se de coisas distintas. Pode ocorrer casos em que a chance perdida pode gerar uma frustração e conseqüente dano moral, todavia, não se admite a sua classificação como exclusivamente moral. Ao tratar deste tema, Vivian de Almeida Sieben Rocha afirma que:

supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido." BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁴⁴ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1998. p.88.

⁴⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. p. 170.

Além de não representar o real valor da chance perdida, a condenação por danos morais quando se trata de danos patrimoniais enseja uma condenação injusta, tanto para o réu, que pode indenizar em valor superior ao efetivo, quanto para a vítima, que pode receber quantia inferior à da chance perdida.⁴⁶

Trazendo a problemática para a atuação do advogado, o profissional jurídico que perde o prazo para interpor o recurso contra a sentença que condenou o cliente, poderá ocasionar um prejuízo material ou extrapatrimonial.

No exemplo de uma ação de cobrança, onde o cliente é condenado a pagar uma indenização e o advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor o recurso contra a sentença, o dano causado é material, onde o valor da condenação será avaliado em tópico futuro.

Todavia, há casos em que o dano experimentado pelo cliente terá natureza moral, não sendo possível avaliar este prejuízo pecuniariamente. Por exemplo, o advogado que erra em processo de investigação de paternidade.⁴⁷ Neste caso, não se deve considerar os reflexos pecuniários, posto isto, a perda do direito de ter reconhecida a paternidade é uma situação impossível de mensurar o valor do prejuízo, neste caso a perda de uma chance deve ser tratada como um dano moral.⁴⁸

Diante desta situação, é comum a existência de julgados que têm confundido a perda de uma chance com dano moral, o que pode levar a uma incorreta interpretação e aplicação da teoria da chance perdida. Neste sentido Lisiane Lazzari Pietroski, cita o acórdão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, onde o relator foi o desembargador Eugênio Facchini Neto, sendo que neste julgado houve a correta diferenciação, com a devida correção da sentença de primeiro grau⁴⁹:

⁴⁶ ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n.1, p. 55, jan./jun. 2010.

⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 201.

⁴⁸ Sérgio Savi é contra este posicionamento. Para este autor perda de uma chance tem caráter material, obrigatoriamente. Nestes casos, onde não é possível mensurar o dano pecuniário, afirma que além do dano material, a situação deve ser considerada como um agregado do dano moral, todavia, jamais poderá ocorrer um prejuízo exclusivamente mora. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56.

⁴⁹ O acórdão versou sobre a responsabilidade civil da empresa organizadora de concurso público, onde houve falhas graves na organização do certame. A empresa foi condenada a ressarcir aos candidatos o valor da inscrição, despesas para realizar a prova, como por exemplo, deslocamento e alimentação, como também foi condenada pela perda de uma chance.

E no tocante à reparação por danos morais imposta à ré na origem, estou por mantê-la. Na verdade, não se trata propriamente de danos morais, mas sim de perda de chance – a chance de participar do certame e de, eventualmente, vir a ser selecionado. Sob essa prisma, a perda de uma chance não configura exatamente uma hipótese de danos morais. Trata-se de uma espécie de danos materiais, que fica a meio caminho entre os danos hipotéticos e os lucros cessantes. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Recurso Inominado 71002171478,2009).⁵⁰

Por outro lado, há situações em que a perda de uma chance caracterize um dano material e moral ao mesmo tempo. O advogado que deixa de contestar uma ação negatória de paternidade, causa ao cliente lesões aos seus interesses patrimoniais – no caso, direito à herança, alimentos entre outros – assim como traz prejuízos extrapatrimoniais – mais uma vez não é possível mensurar a extensão do sofrimento do cliente, em face da procedência da ação negatória.⁵¹

Diante desta situação, é comum notar que alguns julgadores consideram o prejuízo oriundo da perda de uma chance como uma situação que gera danos morais. Nesse sentido:

Prestação de serviços advocatícios - Indenização por danos materiais e morais c.c. lucros cessantes - Indeferimento da inicial - Afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito - Julgamento do mérito, nos termos do artigo 515, § 3º do CPC - Negligência na prestação dos serviços, resultando no insucesso da demanda trabalhista ajuizada. - Alegação de que o advogado foi omissivo ao não contatar o cliente para obter informação do local a ser realizada a perícia ambiental – Ausência de prova de que o autor foi devidamente cientificado para fornecer esta informação - Culpa do advogado demonstrada - Dever de indenizar apenas pelos danos morais, por "perda de uma chance" – Impossibilidade de fixação de danos materiais e lucros cessantes - Falhando o advogado em sua obrigação de meio ao deixar de informar nos autos o endereço necessário para a complementação da perícia, está a prejudicar o interesse de seu cliente. Ainda assim, não há possibilidade de fixação do valor do dano material por não se saber qual seria o eventual resultado se a informação tivesse sido prestada. Há dano moral, pois a falha profissional do advogado é causa de sofrimento para o cliente, que nele confiou e que sofre baixa de autoestima ao ver frustrada sua possibilidade de discutir o direito que entendia ter,

⁵⁰ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 62.

⁵¹ A simples perda do prazo para contestar não assegura a procedência da ação negatória de paternidade contra o menor. Nos termos do art. 320, inciso II do Código de Processo Civil, a revelia não opera seus efeitos quando se trata de direitos indisponíveis, devendo ser nomeado curador especial. Todavia, o advogado contratado incorreu na perda de uma chance neste caso, pois além de não exercer a sua respectiva obrigação de contestar, deixou escoar a oportunidade de indicar perícia, arrolar quesitos e outras provas.

ocorrendo a chamada "perda de uma chance". Afastada a extinção, acolhe-se parcialmente o pedido, para fixar indenização por dano moral, ante as especificidades do caso, no valor equivalente a dez salários mínimos vigentes à época da fixação. - Ante a sucumbência recíproca, os honorários de advogado devem ser compensados entre as partes. - Recurso parcialmente provido, v.u. Apelação cível nº 992.07.026794-3 da 35. Câmara de Direito Privado. Relator. Manoel Juspino Bezerra Filho.⁵²

Observe-se que tal acórdão reconhece o erro do advogado por privar o cliente de uma chance, todavia, condena em danos morais. A perda de uma chance deve ser aplicada em casos de danos morais, no entanto, não se deve confundir estes dois institutos. A teoria da chance perdida pelo advogado, por exemplo, prega a indenização ao cliente pelo prejuízo ao interesse sobre a vantagem almejada, não se indeniza, neste caso, o sofrimento íntimo e moral do cliente que decorram da chance perdida. Inclusive, nada impedi o cliente de pleitear a reparação por eventual dano moral que experimentou, havendo a possibilidade de ocorrer reparações independentes.

Feita esta diferenciação, o Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5), cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi se manifestou, no sentido de que a perda de chance deve ser aplicada aos danos materiais e morais.⁵³

Ao encontro deste raciocínio surge o enunciado de número 444, da 5. Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça. Tal verbete enuncia que:

⁵² SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

⁵³ PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido." BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 25 jan. 2015.

Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.⁵⁴

1.4 A quantificação da perda de uma chance

Outro ponto de extrema importância e que gera dificuldades para aplicação da perda de uma chance do advogado é como quantificar os danos experimentados pelo cliente. Não existe no ordenamento jurídico uma regra específica para mensurar o quanto é devido à vítima.

Por esta razão, muitos julgados estabelecem o valor com parâmetros errôneos, descaracterizando a teoria em si. Por um lado, há julgados que reconhecem a perda de uma chance, todavia, ao definir o valor da indenização não consideram a teoria e sim o próprio resultado esperado, nesse sentido colaciona-se dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916.[...] Portanto, agiu com culpa a apelante e deve responder pelos prejuízos causados ao apelado em face da perda da chance de ter, ao final, obtido a procedência da demanda. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70005473061, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 10/12/2003)⁵⁵

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL LIBERAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. COMPROVADA NEGLIGÊNCIA POR PARTE DOS RÉUS. DANO MATERIAL

⁵⁴ AGUIAR, Ruy Rosa de (Coord.). **Direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosa de Aguiar. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 65. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70005473061main_res_juris>. Acesso em: 23 jan. 2015.

COMPROVADO NA FORMA DE LUCROS CESSANTES. CASO DE PERDA DA CHANCE. DANO MORAL INOCORRENTE. 1. O caderno probatório comprova a conduta culposa dos réus, o que acarreta a responsabilidade de indenizar os prejuízos experimentados pela autora. 2. Os danos materiais suportados restaram comprovados, tendo em vista a análise detalhada da prova e a indenização foi fixada por equidade. [...] Assim, demonstrada a perda da chance da autora em ver-se ressarcida judicialmente pelos seus créditos trabalhistas, resta apenas quantificá-los. Nesse ponto, tem-se que o cotejo realizado com a ação movida pela testemunha Melania permite que se chegue a uma quantia aproximada do que receberia efetivamente a autora, técnica permitida pela aplicação da equidade ao caso. Recurso parcialmente provido (Recurso Cível Nº 71001196195, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 12/07/2007)⁵⁶

Esta posição deve ser rechaçada, ao indenizar o cliente de forma equivalente à vantagem perdida, haveria um excesso na condenação, posto que o valor da chance perdida é sempre inferior ao do benefício almejado. Seguindo estas jurisprudências não haveria perda de uma chance, mas sim a perda de um resultado, ou seja, um típico caso de responsabilidade civil, o qual deveria ser indenizado na íntegra, pois em ambas as situações houve a condenação do advogado ao pagamento de tudo aquilo que o cliente faria jus, caso não houvesse a negligência.

Por outro lado, há jurisprudências que quantificam a perda de uma chance como se fosse um dano moral exclusivamente, sem mensurar as probabilidades de êxito e a vantagem perdida. Transcrevemos a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. 1. PROFISSIONAL CONSTITUIDO PELOS AUTORES, A FIM DE DEFENDE-LOS EM ACAO REIVINDICATORIA CONTRA ELES INTENTADA. ATUACAO DESIDIOSA DO BACHAREL, NAO MANTENDO SEUS CONSTITUINTES A PAR DO ANDAMENTO DO FEITO, DEIXANDO DE APELAR CONTRA SENTENCA DESFAVORAVEL, BEM COMO OMITINDO-SE EM FASE POSTERIOR DO PROCESSO. CONFIRMACAO DA SENTENCA QUE CONDENOU-O A INDENIZAR OS PREJUIZOS ADVINDOS AOS AUTORES. 2. DANO MORAL. RECONHECIMENTO DE QUE OS TRANSTORNOS PADECIDOS PELOS AUTORES FORAM PRIMITIVAMENTE ORIGINADOS PELA MA CONDUTA PROFISSIONAL DO REU-APELANTE. REDUCAO DO "QUANTUM" INDENIZATORIO PARA 25SM. APELO PROVIDO EM PARTE."

⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=71001196195main_res_juris>. Acesso em: 28 jan. 2015.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000290536, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ LÚCIO MERG, JULGADO EM 01/06/2000).⁵⁷

O acórdão, neste caso, pautou-se na teoria do desestímulo⁵⁸ para fixar a indenização do advogado que deixou de apelar contra a sentença desfavorável. Houve a condenação em danos morais, sendo que tal decisão é criticável.

Diante desta dificuldade em mensurar a quantificação da reparação devida, há quem defenda que a responsabilidade civil pela perda de uma chance não deva existir⁵⁹. O principal nome que não aceita esta teoria é do mestre Rui Stoco, o qual ao comentar a perda de uma chance de obter êxito em uma ação judicial, por culpa de negligência cometida pelo advogado, afirma que é impossível que o juiz natural da causa seja substituído por outro magistrado para ocorrer um juízo de valor sobre a possibilidade de qual seria a sua decisão caso a ação fosse julgada.⁶⁰

Como uma alternativa, Sérgio Novais Das, cita o trecho de O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão⁶¹ de 1991, cujo relator foi o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, onde reconheceu a responsabilidade

⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70005473061main_res_juris>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁵⁸ A teoria do desestímulo determina que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do ilícito sofrido, mas também caráter punitivo, pedagógico, preventivo e repressor. A indenização não apenas repara o dano matéria ou moral, repondo o patrimônio abalado seja físico ou a própria honra, mas também atua como forma educativa para o advogado não voltar a ser negligente. Portanto, não se verifica o valor real da vantagem pretendida e a probabilidade de êxito, caso não fosse a chance perdida. Para aprofundar no assunto: ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga. **Os novos parâmetros da responsabilidade civil e as relações sociais**. Franca: Ed. UNESP, 2012. cap. 3.

⁵⁹ Neste sentido: “Neste contexto, inadmissível imputar responsabilidade ao apelante, pois admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria. Ademais, de se caracterizar em verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em *última ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção, além do que “a maior heresia será admitir que o profissional, em uma obrigação contratual de meios seja responsabilizado pelo resultado. Seria, data vêniam, a *summa contradictio*” (RUI STOCO, Tratado de Responsabilidade Civil, RT, 6. ed. P. 490) – (TJSP – Apelação nº 756.260-0/0 – Rel. Des. Walter Zeni – j. 17/04/2008). SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁶⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 490.

⁶¹ 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 À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991). RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=591064837main_res_juris>. Acesso em: 13 jan. 2015.

do advogado na perda de uma chance e determinou que a indenização fosse fixada em liquidação de sentença, por arbitramento:

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 a perda da chance.⁶²

Contudo, na sequência, o próprio autor ao comentar este julgado, afirma que o tribunal apenas empurrou o problema para a execução⁶³, na verdade, se tratando de uma medida paliativa, afinal não respondia a questão: quanto vale a perda de uma chance?

Em oposição ao mestre Rui Stoco, Sérgio Savi afirma que a dificuldade em mensurar a extensão do dano, não pode ser justificativa para não aplicar a teoria da perda de uma chance.⁶⁴

Razão assiste ao último autor, o problema para determinar o valor da indenização é um reflexo direto do caráter aleatório das chances. Para superar este problema é necessário o uso da estatística e da probabilidade.

Isto posto, é necessário trabalhar com as chances sérias e reais, as meras expectativas não devem ser indenizadas, todavia, este tema será abordada em tópico próprio.

Destarte, o valor da indenização irá se ajustar de acordo com a probabilidade que havia do resultado se concretizar. Conclui-se que o *quantum* será um valor menor que o dano final, caso contrário haveria a descaracterização da teoria⁶⁵.

⁶² DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 55.

⁶³ Ibid., p. 56.

⁶⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

⁶⁵ Recurso Especial n. 788.459 – BA, 2005. Apesar de não se tratar de perda da chance pelo advogado, se trata de um caso clássico, amplamente discutido, onde o STJ reconheceu a indenização pela perda de uma chance. Trata-se do caso julgado em 2005, pelo STJ, na qual a autora participou do programa Show do Milhão do SBT, na ocasião ela chegou na última pergunta, onde ganharia um milhão de reais se acertasse, trezentos reais se errasse e poderia parar e ganhar quinhentos mil reais, que foi o que a autora fez. A perguntaria que valia um milhão de reais era a seguinte: "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: 1 - 22%, 2 - 02%, 3 - 04%, 4 - 10% (resposta correta)". A Autora ingressou com uma ação judicial contra a empresa organizadora do programa, por entender que perdeu a chance de ganhar o prêmio máximo, pois não havia resposta correta. A pergunta não deixa a menor dúvida de que refere-se a um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios, sendo que não há esta consignação de percentual relativo. De fato a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa. O juiz de primeiro grau condenou a empresa em quinhentos mil reais por danos materiais, conforme requerido na exordial. O Tribunal

Em suma, primeiramente determina-se qual seria a vantagem obtida se a chance não fosse perdida, em um segundo momento, multiplicaria este valor pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em razão da negligência do advogado. Assim, o resultado seria o *quantum* a ser indenizado.

Como demonstração deste cálculo, para obter o valor da indenização, Sérgio Savi, cita o seguinte exemplo:

O caso do advogado que perde o prazo para a interposição de um recurso de apelação pode ser utilizado como exemplo da forma exata de quantificação do dano da perda da chance. Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a cobrança de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição do recurso de apelação. Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado negligente chegue à conclusão de que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$ 10.000,00, e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja, 90%. Assim, nesta hipótese, o valor da indenização seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).⁶⁶

Indiscutível que nos termos do disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, é o ônus do cliente a comprovação dos fatos e fundamentos constitutivos do direito alegado, ou seja, deverá juntar documentos, julgados sobre a viabilidade daquela ação.

De fato, não será todo o caso que o valor da indenização será de fácil apuração, como nos casos que a vantagem tenha natureza de dano moral, ou seja, não possa ser mensurada pecuniariamente. Todavia, a regra da média ponderada supracitada, também, deve ser aplicada nestas situações. O magistrado deverá aplicar os critérios que julgar conveniente⁶⁷ para mensurar o dano moral, fruto da chance perdida na primeira etapa, posteriormente abater do valor obtido as porcentagens de êxito daquela situação.

de Justiça do Estado da Bahia manteve este percentual, todavia, ao chegar no STJ, este reformou o valor para cento e vinte e cinco mil reais, ou seja, um quarto do valor requerido. Assim, o STJ aplicou, no cálculo matemático, o que vem sendo defendido nesta pesquisa, ou seja, a indenização é um valor menor do que a vantagem esperada. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> >. Acesso em: 09 fev. 2015.

⁶⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.

⁶⁷ Aqui seria o local adequado para aplicar a teoria do desestímulo. Vide nota 56.

CAPÍTULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

2.1 A advocacia

Desde a origem da humanidade a história foi marcada por uma competição em busca pela sobrevivência, onde não sobrevivia, necessariamente, o mais forte, mas aquele que demonstraram maior capacidade de adaptação.

Atualmente, a competição continua presente na sociedade. O indivíduo que toma medidas para proteção do lar, o credor que cobra o devedor, a mãe que toma medidas contra o pai de seus respectivos filhos, para manter a sobrevivência das crianças, agem como na antiguidade. Competem pela sobrevivência, mas não mais com o uso da força bruta, utilizam-se da força do Direito, os músculos e a violência foram substituídos pela argumentação, com alicerce nas normas previamente e democraticamente estabelecidas.

Desde os tempos remotos, que datam da origem da humanidade, houveram lides, conflitos, disputas e conflitos de interesses. Com o passar dos tempos a lei dos mais fortes começou a se mostrar um meio inviável para solução dos problemas, pelo contrário, era fonte de novas crises. A solução dos conflitos, o que mais tarde se chamaria de justiça, não poderia ser exercida por particulares ou mesmo no exercício das próprias razões, a comunidade deveria sanar o próprio problema. Como não se mostrava plausível a participação de todos os membros da sociedade, a solução passou a ser a escolha de pessoas, os quais seriam investidas de autoridade por delegação.

Eis que na figura da pessoa preparada, que se coloca ao lado das partes para sanar uma lide, surge o advogado, ou seja, um defensor com grande poder de oratória.

A figura deste defensor jurídico é tão antiga quanto a organização da vida em sociedade, como fruto da busca pela tranquilidade social e em defesa dos mais fracos.

O termo advogado deriva do latim *ad-vocatus*, ou seja, aquele que é chamado em defesa. Desta forma, com fundamento na história e na própria etimologia, é possível definir o advogado como aquele que é chamado para

aconselhar uma pessoa num processo, buscando a consolidação da justiça, tendo os honorários como consequência de seu trabalho e não como objetivo principal.

A Grécia antiga foi de grande destaque para a advocacia, mormente em Atenas, onde se destacou os grandes oradores, pois o processo era predominantemente oral. Todavia, foi na República Romana que atinge notável desenvolvimento.

A magistratura romana era constituída em uma carreira, a qual se iniciava na figura do edil até chegar na figura máxima do cônsul, transitando, respectivamente, na função de pretor, qüestor e *pontifex maximus*. Nas causas ordinárias a própria parte se defendia, no entanto, nas questões mais complexas poderia chamar um *advocatus*.¹

Sob o prisma histórico, pode-se dizer que a advocacia tem sua origem na necessidade moral de defesa daqueles que por serem hipossuficientes e inocentes acabavam por serem vítimas de injustiças. O defensor não precisava ter o conhecimento das leis, mas sim o dom de argumentar, ou seja, ser um bom orador. Com o passar do tempo o sistema jurídico romano foi se tornando mais minucioso, surgindo pessoas que se dedicava ao seu estudo tornando-se os jurisconsultos. De fato, tornaram-se profissionais, com dedicação exclusiva ao estudo do sistema jurídico. Não se pode olvidar que este foi o berço da advocacia tal como é conhecida nos dias atuais.

No Brasil, destaca-se, de forma sucinta, a criação de cursos jurídicos em 1827, o Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (IOAB) em 1843 e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 1930. Mais tarde, em 1994, a advocacia ganhou o seu respectivo Estatuto, o qual hoje é consagrado na Lei nº 8.906, de 04.07.1994.²

Consoante o Estatuto da Advocacia, os estudantes de Direito, quando graduados, devem se submeter ao exame de ordem, para o exercício da profissão de advogado, sendo que tal prova é aplicada pela própria Ordem dos Advogados do Brasil.

Destarte, atualmente, os cursos de Direito não formam advogados, pois tal título somente será obtido após a aprovação no exame de ordem.

¹ SOUZA, Galdino Flavio de. **A responsabilidade civil do advogado**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Universidade de Franca, Franca, 2001. p.48.

² BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%208.906-1994?OpenDocument>. Acesso em: 5 mar. 2014.

Deve se destacar que no cenário político a extinção do exame de ordem é um assunto recorrente³. Este assunto merece uma breve reflexão. É certo que existem centenas de milhares de bacharéis em direito formados no Brasil que ainda não obtiveram êxito no exame de ordem, ou seja, estão sem a carteira da Ordem dos Advogados.

É notório que o contingente de advogados no país é alto, sendo que em São Paulo já foi superado o número de 300.000 (trezentos) mil profissionais inscritos no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Agora, se todos os milhares, quiça, milhões de bacharéis vierem a se tornar, automaticamente, advogados, questiona-se, o que irá acontecer com a profissão? Indubitavelmente, haverá um sucateamento na área, a qual já está por demais saturada. O desemprego de advogados irá aumentar de forma abissal, escritórios de advogados irão descumprir normas trabalhistas para com os advogados empregados e o causídico autônomo, quando conseguir algum trabalho, terá que cobrar preços irrisórios. Portanto, finalizando esta discussão, o fim do exame de ordem pode resolver o problema dos bacharéis de imediato, conferindo o título de advogado, todavia, a longo prazo, a liberação do exame se revelará uma péssima decisão para os próprios defensores e beneficiários dela.

Posto isto, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 133, dispõe que o causídico é indispensável à administração da justiça. Interessante ressaltar que a Carta Magna não se esqueceu daqueles sem condições financeiras e

³ Apenas a título de exemplo, cita-se alguns projetos que versam sobre o exame de ordem: PL 5.801/2005, de autoria do Dep. Max Rosenmann, que visa revogar a exigência de exame de ordem para inscrição como advogado. Este estriba-se em argumentos pela inconstitucionalidade da exigência de exame de ordem. PL 6.470/2006, de autoria do Dep. Lino Rossi, que coloca como alternativa ao exame de ordem, para possibilitar a inscrição na OAB, dois anos de estágio junto a órgãos jurídicos federais, estaduais ou municipais. PL 7.553/2006, do Dep. José Divino, que acaba com a exigência de aprovação no Exame de Ordem para inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. PL 2195/2007, do Dep. Edson Duarte, que visa a eliminar o exame da ordem para o exercício da profissão de advogado. PL 2426/2007, do Dep. Jair Bolsonaro, que também extingue a exigência do exame da ordem e também elenca razões constitucionais, relativas ao Art. 205, da CF. PL 2567/07, do Dep. Walter Brito Neto, que visa a autorizar os bacharéis de Direito, mesmo não inscritos na OAB, a exercerem a advocacia junto aos Juizados Especiais. PL 2790/08, do Dep. Waldir Neves, que objetiva propiciar a substituição do exame de ordem por estágio profissional, estribado em argumentos contrários ao modo atual de exame, que estimularia, segundo o autor, uma “indústria” de cursinhos, e defendendo estágios nos moldes da residência médica. PL 3144/2008, do Deputado Pompeo de Mattos que dispensa do exame da Ordem os portadores de diplomas de pós graduação, mestrado ou doutorado. O Autor justifica a medida afirmando que o notório saber daqueles aptos até mesmo a exercerem o magistério jurídico deveria dispensar a exigência do exame. PL 2.154/2011, do Deputado Eduardo Cunha, que extingue o exame da OAB, apontando razões de ordem constitucional. PL 2.661/2011, do Deputado Lindomar Garçon, para permitir que os candidatos prestem novo exame de Ordem apenas a partir da fase em que foram reprovados. Entre outros.

econômicas para a contratação de um advogado. O art. 134 dispõe sobre a existência da Defensoria Pública que, é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a qual compete a defesa dos necessitados, todavia, este órgão não está constituído em todos os estados e, nos quais já existem a Defensoria, estão desprovidos de número suficiente de funcionários. Assim, a população carente é atendida por advogados, via convênio da Defensoria e a Ordem dos Advogados do Brasil.

A antiga discussão doutrinária quanto à natureza jurídica dos serviços advocatícios perdeu o sentido, em razão do art. 2º do Estatuto da Advocacia – “No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. Ou seja, a prestação advocatícia é uma atividade privada de natureza pública. Na primeira leitura tal afirmação poderá aparentar contraditória, mas não é. Privada, pois é exercida por advogados particulares, sejam profissionais liberais ou autônomos. E possui natureza pública, pois, primeiramente se relaciona de forma direta com o Poder Público e, em um segundo momento o uso do serviço advocatício é obrigatório na justiça, por conseguinte, salienta-se que nenhum indivíduo pode prescindir do auxílio de um advogado nos assuntos a que é pertinente, consolidando a regra do direito brasileiro, onde é vedado fazer justiça pelas próprias mãos. Conclui-se, portanto, que em relação aos agentes é uma atividade privada e no que tange à atividade é pública.

Quanto ao exercício da função social, mencionado no supracitado artigo do Estatuto da Advocacia, esta ocorre em passo que o advogado atua e é imprescindível na solução de conflitos, propiciando a paz social.

Em suma, a atividade advocatícia é de extrema importância e possui uma dupla responsabilidade: a primeira diz respeito ao cliente que confiou no causídico e o contratou, a segunda, bem mais ampla, diz respeito a responsabilidade com a sociedade. Em uma análise mais minuciosa, pode se verificar uma terceira responsabilidade com a classe profissional a que pertence, pois é comum o profissional ser responsabilizado por circunstâncias que em nada teve culpa, como por exemplo, um erro do Estado.

Não se deve duvidar que a advocacia figura entre as profissões mais rentáveis das profissões liberais. Nos últimos anos o fenômeno da judicialização das lides aumentou de forma significativa, o que elevou a valorização do advogado na

sociedade brasileira, como exemplo destaca-se os vestibulares para ingresso nos cursos de Direitos, sempre foram um dos mais concorridos.

Todavia, não basta ser aprovado no exame da ordem para ter o sucesso profissional garantido, pois, para se consagrar um profissional respeitado, com boa fama e obter uma grande clientela, o causídico deverá ter dedicação total à profissão escolhida. O desgaste intelectual é tão acentuado que talvez não se compare com qualquer outra profissão.

Consoante mencionado no capítulo anterior, o caso clássico na perda de uma chance do advogado é quando ocorre a perda do prazo para interpor o recurso. No entanto, salienta-se que esta perda não é regra, pelo contrário, talvez nenhuma outra profissão conviva tão ansiosamente com prazos. Ao contratar o advogado, o cliente pode ter toda a legislação ao seu favor, mas se tal direito não for defendido oportunamente, geralmente, não poderá mais ser levantado. Para o advogado os prazos processuais se sucedem, assim é necessário um alto controle do que deve ser feito e cumprido, o que evidencia a necessidade de controle e de trabalho intenso.

Não há dúvida que o advogado é um prestador de serviços, enquanto profissional liberal, portanto, conclui-se que as relações com os clientes são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que estes são consumidores dos serviços prestados pelo causídico. Por outro lado, quando se fala em advogado contratado, com vínculo empregatício, este profissional deixa de ser o fornecedor direto e seu empregador será o responsável imediato por eventuais danos. Contudo, ele será responsabilizado, por dolo ou culpa, em face ao seu empregador, com base no direito de regresso.

Destarte, como prestador de serviços de advocacia, o advogado está sujeito às normas de direito civil pertinentes e, atualmente, responde perante à legislação de defesa do consumidor.

O próprio Código de Defesa do Consumidor abarca os profissionais liberais, sem excluir o advogado, ao tratar da responsabilidade destes. Tal menção ocorre no parágrafo 4º do art. 14, onde menciona que a responsabilidade destes profissionais, será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, os exclui da responsabilidade objetiva.

A polêmica surgiu quando discuti-se a aplicação da atividade advocatícia ao Código de Defesa do Consumidor. Para Antônio Herman de Vasconcelos e

Benjamin, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do consumidor, o advogado, assim como os outros profissionais liberais, tem o benefício da responsabilidade subjetiva, consoante art. 14, parágrafo 4º, do supracitado código. Todavia afirma que este seria o único privilégio, pois "[...] só *nisso são eles beneficiados. No mais, submetem-se, integralmente, ao traçado do Código.*"⁴ Neste diapasão, haveria a sujeição integral do advogado à lei de proteção ao consumidor.

Por outro lado, há doutrinadores que afirmam sobre a impossibilidade de sujeição integral da advocacia ao Código de Defesa do Consumidor, destaca-se, neste ponto, a opinião de Sérgio Novais Dias, o qual afirma que o advogado não está submetido as eventuais punições administrativas dos arts. 56 e 60 do Código de Defesa do Consumidor, regulamentadas pelo Decreto nº. 2.181 de 20 de março de 1997 e aplicadas pelos órgãos públicos responsáveis da defesa do consumidor.⁵

A base da argumentação, para não submeter o advogado integralmente ao Código de Defesa do Consumidor é a atribuição legal específica da Ordem dos Advogados do Brasil, prevista no art. 44, inciso II do Estatuto (Lei nº. 8.906/94), *in verbis*:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

[...]

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.⁶

O Estado possui o poder de polícia para fiscalizar e restringir o exercício de direitos individuais em prol da comunidade. Entre as manifestações deste poder, existe a chamada polícia das profissões, a qual limita a liberdade profissional de diversas áreas em benefício do interesse coletivo, para que aquele determinado serviço seja o mais eficiente e seguro possível. Odete Medauar aclara sobre o assunto: "A chamada polícia das profissões, que originariamente caberia ao poder

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Comentários ao código de proteção ao consumidor**. Coletânea coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva. 1991. p.79.

⁵ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 23.

⁶ BRASIL. Lei nº. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. p. 10093. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.906-1994?OpenDocument>. Acesso em: 5 mar. 2014.

público é, assim, delegada às ordens profissionais que, nessa matéria, exercem atribuições típicas do poder público.”⁷

Ou seja, no caso da advocacia o poder de fiscalizar a profissão é prerrogativa exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil, toda sanção que caiba ao advogado deve ser aplicada por esta instituição, não podendo ser substituída, inclusive pelo judiciário.

De fato, esta é a linha a qual nos filiamos, não é correto permitir que os órgãos municipais, estaduais e federais de defesa do consumidor (PROCON E CODECON) apliquem sanções aos advogados, sob pena de afrontar o Estatuto da Advocacia. As penas como multa e até mesmo a suspensão do exercício da profissão devem ser aplicadas apenas pela OAB.

Todavia, é necessário um esclarecimento, a não concordância com a submissão integral do advogado ao Código de Defesa do Consumidor não significa que esta legislação está descartada e não deva ser aplicada ao causídico. Se assim fosse, o paciente insatisfeito com alguma falha no serviço médico só poderia reclamar ao Conselho de Medicina. Portanto, os órgãos de defesa do consumidor podem acionar o advogado por alguma falha na prestação de serviço, contudo, somente a OAB poderá julgar eventual infração e aplicar a respectiva sanção.

Portanto, os demais artigos do Código de Defesa do Consumidor, que não conflitem com o Estatuto da Advocacia, são aplicáveis na relação entre advogado e cliente. Destaca-se, desta afirmação, a possibilidade da inversão do ônus da prova, com previsão no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Um dos maiores problemas para o prejudicado obter a indenização é a prova da culpa, neste sentido, José de Aguiar Dias afirma:

Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento. Os autores mais intransigentes na manutenção da doutrina subjetiva reconhecem o fato e, sem abandonar a teoria da culpa, são unânimes na admissão do recurso à inversão da prova, como fórmula de assegurar ao autor as

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 349.

probabilidades de bom êxito que, de olha forma, lhe fugiriam totalmente em muitos casos.⁸

Por desatenção, ou até mesmo por excessivo protecionismo ao advogado, poderia alegar que a inversão do ônus da prova em processos judiciais de responsabilização civil proposta por clientes contra o causídico, seria inadmissível, pois haveria a conversão da responsabilidade subjetiva em objetiva⁹. Ocorre que tal argumento não se sustenta, eis que mesmo com a inversão ônus da prova, a responsabilidade permanece subjetiva, ou seja, se o advogado fizer prova da inexistência da culpa, não haverá responsabilização. A culpa do advogado, desta forma, se torna presumida de forma relativa, se ocorresse a transformação da responsabilidade subjetiva em objetiva, não haveria qualquer possibilidade da discussão da culpa, pois esta seria irrelevante.

Entretanto, é preciso salientar que a inversão dos ônus probatório não é uma regra. Não prevalece o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que a responsabilização será objetiva, pois na sequência, a própria lei afirma que tal regra não é aplicável aos profissionais liberais, cuja excepcionalidade da responsabilização subjetiva está prevista no § 4º do mesmo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, nas ações que tem como escopo responsabilizar o advogado, a regra que deve ser aplicada é a prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, sendo que a inversão do ônus da prova é uma faculdade do juiz aplicá-la, nas ocasiões onde ocorra a verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do cliente. Tal inversão deverá ocorrer em decisão fundamentada pelo magistrado competente para apreciar aquela lide, prolatada antes de iniciar a instrução, sendo necessária a intimação das partes, para assegurar o contraditório e a ampla defesa, oportunizando as partes de recorrer desta decisão¹⁰.

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 100.

⁹ Sobre a não aceitação do Código de Defesa do Consumidor nas relações advocatícias: PROCESSUAL - AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NÃO APLICAÇÃO - CLÁUSULA ABUSIVA - PACTA SUNT SERVANDA. - Não incide o CDC nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Portanto, não se pode considerar, simplesmente, abusiva a cláusula contratual que prevê honorários advocatícios em percentual superior ao usual. Prevalece a regra do 'pacta sunt servanda'. (REsp 757867/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 291). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁰ A decisão que indefere o pedido de inversão do ônus probatório possui natureza de decisão interlocutória, cabendo, portanto, o recurso de agravo.

No entanto, apesar de se considerar possível a inversão do ônus da prova em favor do cliente lesado pelo advogado, nossa jurisprudência é extremamente escassa, isto se deve ao fato da dificuldade em visualizar um caso concreto, pois além da verossimilhança, o cliente deve ser hipossuficiente¹¹. Tal enquadramento é de difícil caracterização, pois o cliente que discute a atuação jurídica do advogado pela perda de uma chance, por exemplo, não se vislumbra a hipossuficiência das informações para que justifique a inversão do ônus da prova, até mesmo porque o magistrado se encontra capacitado para avaliar a culpa do causídico.

2.2 Responsabilidade Civil

A justificativa para a responsabilização civil surge para recompor o equilíbrio causado pelo ato danoso, ou seja, para retornar ao estado moral ou patrimonial, o qual foi alterado pela violação de um direito.

A origem etimológica do termo responsabilidade deriva do latim *respondere*, no caso, responder a alguma coisa. A responsabilidade é diretamente ligada com a obrigação assumida, ou seja, pode-se afirmar que responsável é aquele que tem uma obrigação com terceiro e cumpre este compromisso.

A renomada doutrinadora Maria Helena Diniz define a responsabilidade civil como:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal¹².

Através de um comparativo, nota-se que o conceito de responsabilidade está bem próximo da ideia de obrigação, como prova, basta ler minuciosamente os arts. 927 e 186 do Código Civil que se conclui que a obrigação de reparar (responder) deriva da prática de um ato ilícito.

¹¹ O conceito de hipossuficiente não está ligado com a capacidade econômica ou financeira da parte. Se assim fosse, a concessão da assistência judiciária ou a atuação da Defensoria Pública supriria esta incapacidade. No caso, o cliente deverá ser desprovido de conhecimento para ocorrer o enquadramento na condição de hipossuficiente.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 36.

Todavia, para ocorrer a indenização, o qual tem o escopo de recompor o equilíbrio jurídico existente anteriormente entre as partes, a vítima tem o ônus de provar que agente agiu com culpa. No caso, estamos discutindo os pressupostos da responsabilidade subjetiva, prevista no art. 927 do Código Civil, a qual será abordada oportunamente. Destarte, os pressupostos para a caracterização dessa modalidade de responsabilidade são a conduta, culpa, nexa causal e dano. Passa-se então à uma análise deles, de forma superficial, com ênfase para compreender a aplicação da teoria da perda de uma chance na advocacia.

A conduta é a ato voluntário comissivo ou omissivo do agente, na prática, fazer algo ou deixar de fazer. No art. 186 do Código Civil é caracterizada como a pessoa que, por ação ou omissão, causa um prejuízo a outrem. O comportamento do advogado poderá ser uma comissão ou uma omissão, sendo que aquela vem a ser a prática de um ato que não deveria ser efetivado, como exemplo, cita-se o extravio dos autos pelo causídico. Por outro lado, a omissão consiste na não observância de um dever de agir, o exemplo clássico na perda de uma chance pelo advogado em uma conduta omissiva é a não apresentação do recurso ou contestação. Destaca-se que a omissão é a mais frequente na seara da chance perdida.

Todavia, para ocorrer a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, não é necessário que a ação ou omissão tenha sido praticada exclusivamente pelo causídico, podendo ser realizada por um terceiro que esteja sob sua responsabilidade. Por exemplo, o advogado que delega ao estagiário a obrigação de recorrer de determinada decisão e este, por desídia não o faz. Em eventual ação de responsabilidade em face do advogado, este não poderá eximir-se da obrigação de indenizar sob o argumento de que a culpa foi do estagiário. De fato, o problema todo gira no fato da ação ou omissão ofender um bem jurídico alheio.

O próximo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva do advogado é a culpa. Entre os vários conceitos que a definem, destaca-se o de José Aguiar Dias:

A culpa é a falta de diligência na observância de normas de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.¹³

¹³ DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 65.

Ao se destacar, simplesmente, a culpa, estar-se-á tratando de culpa *lato sensu*, a qual inclui o dolo, ou seja, a intenção deliberada de causar um dano. Seria o caso do advogado que deixar de recorrer propositadamente para prejudicar o cliente, com pleno conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo. Por outro lado, na culpa *stricto sensu* não existe a vontade de prejudicar, sendo que a lesão decorre pelo agir com negligência, imprudência e imperícia.

Apesar de ser possível a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, quando age com dolo, a jurisprudência é extramente escassa. A maioria dos casos versa sobre a culpa restrita, até mesmo porque não é esperado de um profissional lesar o próprio cliente de forma deliberada.

Destarte, a culpa *stricto sensu* do advogado por ocorrer por negligência, quando este não cumpre o que deveria fazer e omite-se; imprudência se atua de forma impensada, sem uma reflexão dos próprios atos e consequências; e, por fim, como imperícia, neste caso, age de forma despreparada, sem demonstrar os conhecimentos técnicos inerentes ao profissional credenciado junto à OAB.

No que tange às espécies de culpa, classificam-se em contratual e extracontratual e, conforme a obrigação principal, em culpa *in vigilando*, *in custodiendo*, *in contraendo* *in eligendo*, *in omittendo* e *in comittendo*.

A culpa contratual se encontra estabelecida em contrato, o que, via de regra, é o caso dos advogados que celebram o contrato de honorários com os clientes. Por outro lado, se o dever decorre de um princípio geral temos a culpa extracontratual ou aquiliana.

A culpa *in vigilando* ocorre pela ausência de fiscalização de pessoas subordinadas ou de coisas de posse do agente. Comuns são os casos de prejuízos causados por filhos submetidos ao pátrio poder. Por vezes, esta culpa é confundida com a *in custodiendo*, todavia, esta é mais específica, utilizada, por exemplo, ao caso do depositário que destrói o bem sob sua respectiva guarda.

A modalidade de culpa *in cotrahendo* é uma das mais peculiares, pois embora esteja ligada a contratos, possui a natureza extracontratual, eis que não decorre de uma cláusula do contrato, mas sim da celebração do contrato. O Código Civil no art. 422 dispõe que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

A boa-fé é o elemento central desta culpa. Pois, diz-se que pela boa-fé nos surgem os chamados deveres de conduta, e que devem estar presentes também

nesta fase pré-contratual. Assim informar, ser leal e transparente na negociação são deveres exigidos de todos os que contratam. Portanto, o objeto do contrato não deve ser somente lícito, mas também possível e adequado ao fim visado.

A culpa *in eligendo* decorre da má escolha do representante, seria o caso do advogado que substabelece para alguém que não esteja capacitado para cumprir o mandato, como exemplo um advogado especialista em direito de família, em um caso complexo da respectiva área, passe o caro para um colega da área penal.

Por derradeiro, temos a culpa *in comittendo* e *in omittendo*, a primeira é marcada pela ação, todavia, qualificada pela imprudência ou seja, um agir precipitado. A segunda decorre do não fazer, ou seja, uma abstenção, típica da negligência, sendo que se não houvesse a omissão de determinada conduta, não haveria o resultado danoso.

Conclui-se que presente o elemento culpa, juntamente com os demais requisitos da responsabilidade civil, surge o dever de indenizar a vítima.

O próximo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva do advogado é o dano, sendo que este deve ser efetivo e não apenas hipotético. Destarte Cavalieri Filho, dispõe:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.¹⁴

O dano se subdivide em patrimonial e moral, conforme já visto no tópico: “A dicotomia entre danos patrimoniais e danos morais”.

Atualmente, discute sobre a existência do dano reflexo ou por ricochete, onde a vítima sofre um prejuízo em razão de um dano causado a outra pessoa. Seria o caso de um processo de investigação de paternidade onde o advogado do filho, por desídia, perde algum prazo. Por lógica o prejudicado será o autor, mas caso este

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 70.

tenha filhos também foram lesados financeiramente e moralmente. Ou seja, caberia uma ação pela perda de uma chance contra o advogado proposta pelo filho do autor da ação de investigação de paternidade? Nossos tribunais não se posicionaram de forma clara sobre tal situação. Caso admitissem este dano por reflexo, a maior dificuldade seria determinar qual o ponto que seria possível reclamar pelo reflexo do prejuízo. No caso supracitado, até que grau de parentesco pode ser admitida essa responsabilidade?

O que nos parece mais correto é que, em princípio, os danos causados reflexamente não devem ser indenizados, todavia, o Código Civil abre uma exceção, onde a indenização cabe a quem não sofreu o dano. É no caso da morte da vítima, nos termos do art. 948, inciso II deste diploma legal. Neste caso, é possível que aqueles que viviam sob dependência econômica da vítima, ingressem com a ação de indenização.

Por fim, o último pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, o qual é o liame que liga fato ilícito e o dano. O caso típico do nexo causal ocorre pelo agir, no entanto, na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é comum o nexo e causalidade estar ligado à uma omissão do profissional, como no caso da perda de uma prazo.

São várias as teorias que buscam explicar o nexo de causalidade. Provavelmente a mais antiga é a teoria da equivalência das condições ou teoria da *conditio sine qua non*, na qual todos os eventos ligados ao evento danoso gerariam a responsabilidade civil. Destarte, para tal teoria, causa seria qualquer fato que se suprimido, não haveria a existência do dano. Ou seja, é necessário um juízo hipotético para eliminar o fato, caso o dano suma, aquele será considerado causa. Destaca-se que a principal crítica desta teoria ocorre pelo fato de ampliar muito o nexo causal, no caso, leva a uma regressão infinita. Um exemplo extremo seria aquele que considera causa a faculdade de Direito que formou o advogado que ocasionou a perda de uma chance do cliente.

Outra teoria é da causalidade adequada¹⁵, onde se faz também um processo hipotético para eliminar as condições, todavia, a causa será apenas a mais adequada, aquela que foi fundamental para o resultado.

¹⁵ Vide nota 39.

A teoria da causalidade eficiente não usa do juízo hipotético, mas em concreto, observando qual das causas foi a mais relevante para determinar o evento danoso. Dessa teoria outras surgiram, buscando encontrar um critério quantitativo/qualitativo para determinar a condição que em maior proporção contribuiu para a produção do dano. A principal crítica dessa teoria foi estabelecer, no caso concreto, qual das diversas condições de um resultado é mais eficiente ou preponderante para a produção do dano.¹⁶

Por derradeiro, para explicar a expressão: “direto e imediato”, constante no art. 403 do Código Civil, surge a teoria do dano direto e imediato, a qual, afirma que se há violação de direito por parte do titular, resta quebrado o nexos causal e isento de responsabilidade estará o autor daquela causa. No entanto, quando a interrupção do nexos causal ocorria por fatos naturais, surgem divergências.

A jurisprudência brasileira não é pacífica sobre qual teoria deve-se adotar. Ora se aplica uma, ora se aplica outra teoria.

Para fulminar o assunto acerca do nexos de causalidade, existem excludentes que afastam o nexos causal, ou seja, quebram o liame entre a conduta do agente e o dano experimentado, no caso, afastando a responsabilidade. Por serem abordadas futuramente, não se colacionará conceitos sobre tais excludentes, apresentando apenas exemplos pertinentes. Eis que são elas: fato exclusivo da vítima, onde o advogado perde o prazo para recurso, devido ao não pagamento dos honorários advocatícios ou por extravio dos autos por culpa do cliente. Fato exclusivo de terceiro, caso típico ocorre quando o advogado deixa de apresentar apelação tempestivamente, por não ter sido intimado da sentença. Caso fortuito, onde podemos citar a greve. Força maior, onde há a ação da natureza, tais como inundação por chuvas abundantes, quedas de raio, terremotos etc.

Presentes os pressupostos supracitado haverá a responsabilidade civil do advogado ou de qualquer agente que ocasionar dano a outrem. No entanto, no ponto específico do causídico, surgem algumas dúvidas, como se demonstrará na sequência.

Embora existam muitos advogados autônomos, atualmente está em ascensão o número de profissionais que atuam em sociedade, principalmente nos grandes centros urbanos. Paulo Luiz Neto Lôbo afirma que:

¹⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24.

A união societária de advogados é uma sociedade profissionais “*sui generis*”, que não se confunde com as demais sociedades civis. Isso porque o Estatuto manteve a natureza da sociedade de advogados como sociedade exclusivamente de pessoas e de finalidades profissionais, rejeitando-se o modelo empresarial existente em vários países, para que não se desfigurasse a atividade da advocacia.¹⁷

Quando o cliente contrata a sociedade de advogados para prestação de serviços, não contrata a pessoa jurídica, até mesmo porque o Estatuto da Ordem dos Advogados, em seu art. 15, parágrafo 3º, não permite. Ou seja, contrata-se um ou mais advogados, ou mesmo todos, o que ocorre na prática é que as procurações são padronizadas com o nome de todos os advogados.

O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (LEI Nº 8.906/1994) determina no seu art. 17 que o sócio responde de forma subsidiária e ilimitada por danos experimentados pelo cliente. Portanto, a sociedade de advogados responde no limite de seu patrimônio por eventual dano causado ao cliente, por outro lado, o sócio responde de forma subsidiariamente e sem limites quanto ao seu patrimônio pessoal.

Todavia, se o prejuízo causado for por advogado com vínculo empregatício com a sociedade, esta responderá nos limites do seu patrimônio, consoante art. 932, inc. III, do Código Civil. Os sócios também serão responsáveis pelo dano causado pelo advogado contratado, de forma subsidiária e ilimitada, nos termos do art. 17 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, supracitado.

Outra figura que costuma levar a culpa, de forma inocente, é o estagiário. Deve-se destacar que estagiário na área do direito deve estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

O estagiário não responde pelos atos praticados conjuntamente com o advogado, no entanto, este responde integralmente pelos atos do estagiário. No entanto, o estagiário incorrerá em infração disciplinar, prevista no art. 34, inc. XXIX do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil se praticar atos que não são permitidos pelo Estatuto, os quais devem ser sempre praticados em conjunto com o advogado. Salienta-se ainda que, neste caso, o estagiário poderá praticar ato privativo de advogado, ou seja, além da infração disciplinar, estará sujeito às sanções penais.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB**. Brasília, DF: Jurídica, 1994. p. 78.

Outra questão que surge é se o colega terá alguma responsabilidade na chamada “troca de ideias”. Não estamos falando aqui de advogado que trabalha conjuntamente com outro, ou mesmo de sócios, pois nestes casos ambos serão responsáveis, conforme já analisado.

Analisar-se-á o advogado que responde a consulta informal de outro colega, sendo que entre ambos não existe qualquer relação trabalhista e de prestação de serviço. De forma lógica, decorre que este profissional que, de modo informal, é consultado não terá qualquer responsabilidade com o colega ou com o cliente deste, incentivando, desta forma, a troca de opiniões.

Situação semelhante não ocorre quando o advogado fornece consulta ou explicações para uma pessoa leiga, sem o conhecimento jurídico. Neste caso, o advogado presta um serviço advocatício sendo responsável por eventuais prejuízos, em razão da orientação concedida, mesmo que tal situação ocorra fora do ambiente de trabalho e a título gratuito.

Por derradeiro, é necessário destacar qual o prazo prescricional para pretensão de responsabilidade do advogado.

O Código de Defesa do Consumidor¹⁸, no art. 27, determina que o prazo prescricional é de 5 anos para reparação por danos decorrentes do fato do produto ou do serviço. Por outro lado, o Código Civil, no art. 206, parágrafo 3º, inc. V, afirma que o prazo para pretensão de reparação civil é de três anos.

Consoante já discutido no Capítulo II, item 1, admitimos que o Código de Defesa do Consumidor seja aplicado ao advogado, com algumas ressalvas quanto à incompatibilidade com o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, por se tratar de norma especial, a sua aplicação prevalece sobre o Código Civil, no caso, temos que a prescrição se dará em cinco anos.

O próximo passo é definir o termo inicial da contagem do prazo prescricional. A primeira hipótese seria na data do ato danoso, todavia, não seria aceitável pelo fato do advogado poder ocultar o ato culposos do cliente, o que levaria a prescrição.

A segunda possibilidade seria na data do conhecimento pelo cliente do ato que trouxe prejuízo para este. No entanto, também não parece razoável, ao contrário da primeira hipótese onde a prescrição poderia ocorrer sem o

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%208.078-1990?OpenDocument>. Acesso em: 22 jun. 2015.

conhecimento do cliente, neste caso, a prescrição poderia nunca se consolidar, eis que o cliente poderá demorar anos para notar o erro do causídico, o que traria uma insegurança jurídica para o profissional, fulminando o instituto da prescrição.

Outra probabilidade seria considerar o termo inicial o fim da prestação advocatícia, neste sentido, explica a mestre Sílvia Vassilieff:

Na doutrina norte-americana tal assertiva é chamada de “continuous treatment”, termo que veio da responsabilização por erro médico, na qual não seria razoável exigir que o paciente processasse seu médico antes do final do tratamento, para evitar a prescrição. O mesmo se aplica ao cliente do advogado negligente, não sendo razoável esperar que o mesmo processe seu advogado no transcorrer da ação judicial, lembrando que o prazo prescricional é geralmente menor do que o prazo de julgamento final de uma ação. Mesmo porque, para assim agir, o cliente teria que contratar um segundo advogado para acompanhar durante todo o processo o desempenho do patrono da ação.¹⁹

Tal teoria aparenta ser a mais razoável, não trazendo insegurança jurídica tanto para o advogado, como para o cliente. No entanto, deve-se frisar que o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 27, adota a segunda opção, deixando evidente que o prazo prescricional inicia-se do conhecimento do dano e de sua autoria. Neste caso, o dano tem que ser efetivo e não hipotético, não abarca o ato que pode produzir o prejuízo. De fato, tal situação, geralmente, ocorre após o fim da prestação advocatícia, no entanto, conforme dito alhures, nada impede do cliente contratar um segundo profissional para acompanhar o processo, o qual poderá verificar o dano efetivo no curso de um processo.

2.3 Excludentes da responsabilidade

As excludentes são caracterizadas como circunstâncias que afastam a responsabilidade civil. Via de regra estão ligadas a eventos inevitáveis, excluindo o dever de indenizar. As excludentes de responsabilidade ocorrem no âmbito contratual e extracontratual.

¹⁹ VASSILIEFF, Sílvia. **Responsabilidade civil do advogado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 104.

No âmbito contratual temos a cláusula de não indenizar. Através desta cláusula há o afastamento prévio e bilateral da responsabilidade por danos oriundos do contrato. Consoante Silvio Venosa:

Trata-se da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial.” Ainda de acordo com o autor “trata-se da exoneração convencional de reparar o dano.²⁰

No âmbito da advocacia a corrente que se mostra mais viável é que a cláusula contratual de exclusão de responsabilidade civil é inválida. Destarte, o acordo firmado entre o advogado e cliente isentando o causídico de eventual responsabilidade civil, seja pela perda de uma chance ou não, não é válido.

Conforme já exposto alhures, admiti-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao advogado. Portanto, consoante art. 51, inciso I deste diploma legal:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.²¹

Portanto, a cláusula de não indenizar não pode afrontar a ordem pública, eis que não se encontram na esfera de disponibilidade das partes. Assim, para admitir a aplicação de tal instituto na relação cliente e advogado, será necessário que a situação seja excepcional e justificável, ocorrendo quando se trata de cliente pessoa jurídica. Sérgio Novais Dias cita o seguinte exemplo para aplicar a cláusula de não indenizar ao advogado:

Situação justificada para a limitação da responsabilidade civil pode ocorrer quando o advogado aquiesce numa redução do valor dos honorários que pretende cobrar do cliente em troca da limitação de sua responsabilidade. É claro que, na composição do valor dos honorários que um advogado cobra, existe uma parte que corresponde ao risco que ele expõe seu patrimônio, que é tanto mais elevado quanto mais alto seja o interesse econômico em jogo. Um advogado que assume causas de maior importância deve gastar

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 51.

²¹ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set . 1990 p. 1. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%208.078-1990?OpenDocument>. Acesso em: 22 jun. 2015.

mais para ter uma estrutura melhor no seu escritório, com advogados assistentes de melhor nível, com secretárias de gabarito, tudo para melhor administrar a condução dos processos, evitando ou minimizando os riscos de falhas e erros. Para fazer face a essas despesas, tem de cobrar valor mais elevado, proporcionalmente aos interesses das causas sob seu patrocínio. Assim, neste e noutros casos justificáveis, e apenas nestes, é que se permite a limitação (não a exclusão) da responsabilidade civil do advogado perante o cliente pessoa jurídica.²²

Antes de adentrar na próxima excludente de responsabilidade, é vital aclarar a questão sobre a concordância do cliente em determinado ato processual. É certo que o conhecimento jurídico é pertinente ao advogado, ou seja, a este profissional cabe a condução técnica do processo, assim, não poderá se eximir de eventual responsabilidade caso fique evidente que deveria agir de forma diversa e que o cliente não tinha capacidade para compreender o resultado da atuação que concordou.

No entanto, há casos que o cliente tem plena capacidade de mensurar as consequências de sua decisão. Por exemplo, um advogado que deixa de apelar de uma ação de dano moral, julgada procedente, mas com valor fixado aquém do esperado. Ao consultar o cliente, este informa que não tem interesse no recurso, por critérios de conveniência e financeiros. Neste caso, afastada restará a responsabilidade do advogado.

Nestes casos, é sempre recomendado ao advogado colher a assinatura do cliente, em documento por escrito, até mesmo para evitar futuras alegações de desconhecimento do ato previamente acordado, o qual ocorreu por motivo de conveniência exclusiva do cliente.

As demais excludentes de ilicitude ocorrem no âmbito extracontratual e acabam por romper o nexos causal entre a conduta e o dano. São elas: culpa exclusiva e concorrente da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior.

Na culpa exclusiva da vítima não haverá qualquer responsabilidade do suposto causador do dano, na verdade, este ocorreu em virtude de uma conduta da vítima, não havendo nexos entre a ação e a lesão. A doutrina costuma citar o clássico exemplo de uma tentativa de suicídio, no qual a vítima ao tentar-se matar, atira-se sob as rodas de um carro, neste caso não podemos falar em responsabilização do

²² DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 59.

motorista.²³ No caso do advogado, podemos mencionar o cliente que, deliberadamente, não comparece a uma audiência de instrução e julgamento, na qual foi intimado para prestar depoimento sob pena de confissão. Não varia lógica em cogitar-se em responsabilidade do advogado, no caso de insucesso da ação.

Por outro lado, já na culpa concorrente da vítima e do agente não haverá a exclusão da responsabilidade civil do causador do dano, mas a sua minoração, ou seja, na prática o valor da indenização deve ser atenuado de acordo com a intensidade da culpa, havendo uma bipartição dos prejuízos, pois a vítima não receberá integralmente a indenização, abatendo-se a parte referente à sua responsabilidade.

Na culpa de terceiro, haverá a participação de mais uma pessoa, além da vítima e do autor imediato, a qual se ligará com os fatos e os resultados da conduta. A ação desta terceira pessoa causou o dano, sendo que este será o único responsável pela reparação do prejuízo. Assim, para o fato do terceiro excluir o nexo de causalidade entre a vítima e o autor imediato, será necessário um nexo de causalidade entre o dano e o terceiro e que a conduta deste não tenha influência do ofensor, pois, neste caso, a responsabilidade do autor imediato será mantida. É o caso de um atropelamento de uma pedestre por um táxi em razão de um caminhão desgovernado, o qual lançou o carro sobre a vítima.²⁴ Na relação entre advogado e cliente é possível citar o caso em que o advogado deixa de apresentar um recurso, por não ter acesso aos autos, pois estes estão em carga com outro advogado, o qual levou o processo por engano. O advogado, portanto, deixou de apresentar o recurso por não se interar do conteúdo da sentença e demais atos pertinentes, todavia, a culpa não pode ser atribuída a este, eis que em nada participou do engano do colega ou mesmo do cartório, que fez carga a um advogado não constituído nos autos.

A força maior e o caso fortuito também afastam o nexo de causalidade e, conseqüentemente, o dever de indenizar. Para ocorrerem será necessário que sejam inevitáveis e que não haja culpa no acontecimento destes eventos. A força maior está ligada aos fatos da natureza, como exemplo temos o raio que provoca um incêndio no fórum, a inundação que deteriora os processos. No caso fortuito, o fato

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7. p. 103.

²⁴ *Ibid.*, 104.

ocorre por um fator desconhecido, como uma pane elétrica que causa um incêndio, ou por fato de terceiro, como a greve.

Há casos que a força maior e o caso fortuito não afastam o nexo causal, como quando se convencionou pagá-los ou mesmo quando a lei impõe o dever, como no caso da responsabilidade objetiva. Como já visto o advogado responde de forma subjetiva e não se tem notícias de um contrato de prestação jurídica, onde o causídico assume este risco.

Entretanto, existem casos, alheios à relação advogado e cliente, onde a força maior e o caso fortuito não excluirá o dever de indenizar, como exemplo, é possível citar o art. 246 do Código Civil, o qual determina que na obrigação de dar coisa incerta o devedor, antes da escolha, não poderá alegar perda ou deterioração da coisa, mesmo que por força maior e caso fortuito.

Deve-se salientar que além das cláusulas que excluem a responsabilidade, pela quebra do nexo causal, conforme supramencionadas, existem as excludentes de ilicitude. Aqui a situação é diferente, há a ação, a culpa, o dano e nexo de causalidade, todavia, a existência deste dano não é suficiente para gerar a indenização, eis que não se trata de ilícito.

Nestas situações, onde apesar do dano não há ilícito, restam caracterizadas as causas de exclusão da ilicitude, descritas no art. 188 do Código Civil, que são: atos praticados no exercício regular de um direito, legítima defesa e atos praticados em estado de necessidade. Ocorrendo estas situações o ato é lícito, mesmo danoso, pois é aprovado pela lei.

A legítima defesa ocorre quando o agente afasta injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem. Nosso ordenamento jurídico não admite o exercício das próprias razões, também conhecido como fazer justiça com as próprias mãos, todavia, em caráter excepcional, a legítima defesa é permitida. Trata-se de uma autotutela na qual é possível usar a força bruta para defender-se. Não é possível, na legítima defesa, esperar a atuação do Estado para a defesa de um direito, justificando o uso da força para defendê-lo.

Stoco define a legítima defesa como:

A lei civil, contudo, deixou de definir em que consiste a legítima defesa, devendo-se buscar o seu conceito e definição no Direito Penal. Em face de uma agressão injusta, dirigida contra a própria pessoa ou seus familiares, ou contra os seus bens, o indivíduo adota medida defensiva com que repelirá o agressor. São pressupostos da

legítima defesa: a) a iniciativa da agressão por parte de outrem, sem que do agente tenha partido qualquer agressão ou provocação; b) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; c) que a reação seja proporcional à agressão.²⁵

Deve-se aclarar que para ser considerada uma excludente de ilicitude, a legítima defesa deve obedecer dois requisitos, o primeiro é que a agressão seja injusta e o segundo é que a defesa deve ser moderada, proporcional ao ataque.

Assim, se o dano causado for em legítima defesa, contra o agressor, este não terá direito de pleitear a reparação civil. Todavia, se o dano atingir terceira pessoa, neste caso, o agente que atuou em legítima defesa terá que reparar os danos experimentados pelo terceiro lesado. Ocorrendo tal situação, caberá ação regressiva contra o agressor, consoante parágrafo único art. 930 do Código Civil.

No exercício regular de um direito também não poderá ocorrer a responsabilidade do agente, eis que este atua mediante um direito reconhecido. No entanto, o abuso deste direito não pode ser tolerado, não sendo permitido pela legislação pátria, ou seja, torna o ato ilícito, devendo haver a reparação civil, podendo, inclusive, gerar repercussão no âmbito criminal. Um exemplo clássico do agir no exercício regular de um direito é a penhora em uma execução forçada.²⁶

O estado de necessidade, previsto no inciso II, art. 188 do Código Civil, o agente destrói coisa alheia, ou causa danos a uma pessoa com o escopo de afastar perigo iminente. Na sequência o parágrafo único do art. 188 do Código Civil, afirma que não haverá ilícito no ato praticado, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Todavia, apesar de ser considerada uma excludente da ilicitude, o mesmo não se pode afirmar em relação ao dever de indenizar a vítima que experimentou os prejuízos. Conforme arts. 929 e 930 do Código Civil, no caso de estado de necessidade, o agente causador do dano responderá em face da vítima, se esta não criou a situação de perigo. Por outro lado, se a situação de perigo tenha sido proveniente da ação de um terceiro, terá ação de regresso em face deste, para reaver os gastos pagos para a vítima. Desta forma, percebe-se que o causador de

²⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 290.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

dano no estado de necessidade, dificilmente se isentará do dever de indenizar, mesmo tal ato não sendo considerado um ato ilícito.

2.4 A atividade do advogado

O advogado não exerce obrigação de resultado, ou seja, não poderá garantir resultado. Portanto, a atividade do causídico é de meio e não de fim, eis que a decisão final do processo não é de competência deste, mas sim do magistrado responsável pelo julgamento. Destarte, o que compete ao advogado é a correta utilização dos meios jurídicos que estiverem ao seu alcance, com o objetivo de convencer o juiz de que a ação merece ser julgada procedente. Mesmo que na condição de jurista, o advogado possuir opinião diversa, ou se filie a corrente doutrinária diferente, deverá expor os fundamentos jurídicos favoráveis ao cliente.

Nesse sentido, afirma José de Aguiar Dias que:

E preciso recordar que o contrato advocatício não impõe ao advogado a obrigação de sair vitorioso na causa, porque *lites habent sua sidera*. Neste particular, ele assume, semelhantemente ao médico, uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado. O que lhe cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo pela melhor forma possível os interesses que lhe confiou..²⁷

Maria Helena Diniz assegura ainda que:

Pela procuração judicial o advogado não se obriga necessariamente a ganhar a causa, por estar assumindo tão-somente uma obrigação de meio e não uma de resultado. Logo, sua tarefa será a de dar conselhos profissionais e de representar seu constituinte em juízo, defendendo seus interesses pela melhor forma possível. O advogado que tiver uma causa sob seu patrocínio deverá esforçar-se para que ela tenha bom termo, de modo que não poderá ser responsabilizado se vier a perder a demanda, a não ser que o insucesso seja oriundo de culpa sua..²⁸

Destaca-se que por obrigação de meio do advogado, compreende-se que este profissional deve atuar com diligência, zelo e com a melhor técnica para almejar o interesse do cliente, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado.

²⁷ DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 292.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7. p. 204.

Portanto, o cliente que entender que o advogado cometeu algum erro deverá fazer prova da conduta ilícita do profissional (responsabilidade subjetiva), devendo deixar claro para o magistrado que o advogado contratado, não atuou com o zelo necessário para a correta execução dos serviços prestados.

Neste sentido é o art. 32 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o qual confirma que a obrigação do advogado é de meio ao afirmar que este responderá pelos atos realizados, com dolo ou culpa, no exercício da profissão.

Por outro lado, na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar um determinado objetivo. Destarte, estará inadimplente, o profissional que sujeita a tal obrigação, quando o resultado convencionado não for atingido, neste caso, responderá por perdas e dano. Como exemplo desta obrigação, temos a contratação de um eletricitista para trocar um chuveiro, de nada adiantará se este profissional agir com zelo e diligência, mas não conseguir realizar a troca. Outra situação ocorre na contratação de transportes de entrega de mercadorias, se a mesma não for entregue o prejudicado poderá solicitar uma indenização.

Assim, à vítima restará o ônus de demonstrar o descumprimento do contrato, pelo fato de não ter sido alcançado o resultado, restando ao agente que causou o prejuízo responder por perdas e danos.

A regra de que a obrigação na advocacia é de meio, comporta algumas situações onde o profissional terá que garantir o resultado final, ou seja, constitui-se uma obrigação de resultado. Quando o cliente contrata o advogado para elaborar um contrato ou uma escritura, por exemplo, não se espera apenas o zelo do profissional no serviço, mas sim a entrega do resultado, ou seja, o fornecimento do documento devidamente elaborado. Esta matéria não é pacífica, levantando dúvidas, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa:

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. Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. O exame da gravidade dependerá do caso sob exame. Erros crassos como perda de prazo para contestar ou recorrer são evidenciáveis objetivamente. Há condutas do advogado, no entanto, que merecem exame acurado. Não devemos esquecer

que o advogado é o primeiro juiz da causa e interprete da norma. Deve responder, em princípio, se ingressa com remédio processual inadequado ou se postula frontalmente contra a letra da lei. No entanto, na dialética do direito, toda essa discussão será profundamente casuística. É fora de dúvida, porém, que a inabilidade profissional evidente e patente que ocasiona prejuízos ao cliente gera dever de indenizar. O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ao '*bonus pater familias*'. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar.²⁹

Para a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance esta questão tem grande relevância no que tange ao ônus da prova. Se for o caso de obrigação de meio, o que o cliente deverá provar será a falta de zelo do profissional na condução do processo, por exemplo. Por outro lado, se o advogado estiver diante de uma obrigação de resultado, o ônus do cliente será de provar que o resultado contratado não foi atingido.

Deve-se destacar que esta divisão entre obrigação de meio e resultado, recebe críticas por parte de alguns doutrinadores, principalmente pelo fato de ser um impedimento para a reparação do consumidor lesado.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo esta dicotomia entre obrigação de meio e resultado não se sustenta, posto que toda obrigação negocial tem como escopo o resultado. Sustenta o professor:

Quem procura um advogado não quer a excelência dos meios por ele empregados, quer o resultado, no grau mais elevado de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado pretendido, no senso comum do cliente. Todavia, não se pode confundir o resultado provável, com o resultado necessariamente favorável. Assim, além da diligência normal com que se houve na prestação de seu serviço, cabe ao advogado provar que se empenhou na obtenção do resultado provável, objeto do contrato que celebrou com o cliente. O cliente que demanda o serviço do advogado para redação de algum ato jurídico (parecer, contrato, estatuto de sociedade etc) tem por finalidade evitar que algum problema futuro venha a lhe causar prejuízo. Tem-se assim obrigação de meios como de resultado, o que torna inviável a dicotomia. Quando o cliente procura o advogado para ajuizar ação, não pretende apenas o patrocínio mais diligente, mas a maior probabilidade de resultado favorável. Em qualquer dessas situações, cabe ao advogado provar que não agiu com imprudência, imperícia, negligência ou dolo, nos meios empregados e no resultado quando de seu serviço profissional resultar dano. Dessarte, é irrelevante que

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 176.

a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado. Pretende-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional. A exigência à vítima de provar que a obrigação foi de resultado, em hipóteses estreitas, constitui o que a doutrina denomina prova diabólica. A sobrevivência dessa dicotomia, por outro lado, é flagrantemente incompatível com o princípio constitucional de qualquer atividade econômica, em que se insere a prestação de serviços dos profissionais liberais. Somente é possível harmonizar a natureza de responsabilidade subjetiva ou culposa do profissional liberal, que o próprio Código de Defesa do Consumidor consagrou, com o princípio constitucional de defesa do consumidor, se houver aplicação de dois princípios de regência dessas situações, a saber, a presunção de culpa e a consequente inversão do ônus da prova. Ao advogado e ao profissional liberal qualquer, e não ao cliente, impõe-se o ônus de provar que não agiu com dolo ou culpa, na realização do serviço que prestou, exonerando-se da responsabilidade pelo dano.³⁰

Em que pese a relevância jurídica e pertinência das críticas, a presente pesquisa é pautada na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance em sua atuação judicial. Nesta situação, não é possível se vislumbrar uma obrigação do advogado que seja de resultado.

³⁰LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade civil do advogado. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 132-133, 2000.

CAPÍTULO 3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ADVOCACIA

Conforme já visto, a responsabilidade do advogado é do tipo subjetiva, ou seja, cabe ao cliente provar a conduta culposa deste profissional, seja pela ação ou omissão no dever de atuar. Todavia, existem peculiaridades quanto ao nexo causal e no dano no que tange a aplicação da teoria da perda de uma chance.

No nexo causal, o ônus probatório do cliente consiste na ligação entre o ato ilícito praticado pelo causídico e a chance perdida. Uma vez provada que a conduta ilícita trouxe acontecimento que culminaram na perda de uma chance, restará superado o nexo de causalidade.

No que se refere ao dano, ele se constitui efetivamente na chance perdida, devendo ser analisado caso a caso para se verificar a seriedade da alegação.

Na sequência passa-se a citar casos específicos em que a ação ou omissão do advogado pode gerar a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Não é o escopo esgotar as possibilidades, eis que se mostram incontáveis, em face da peculiaridade de cada caso concreto.

3.1 Causas que geram a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance

São inúmeros os casos que geram a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, citar-se-á apenas os mais recorrentes na prática e doutrina. Por muitas vezes, o cliente é lesado pelo advogado, mas por falta de conhecimento deixa o assunto esquecido, não procura o parecer de outro profissional.

Um dos exemplos que muito se ouve no cotidiano jurídico é quando o advogado não propõe a ação judicial tempestivamente¹. Nesta situação, o cliente é

¹ Como exemplo desta situação, cita-se o seguinte julgado: Mandato - Desídia imputada a advogado que não ajuizou ação para o qual foi constituído por haver perdido os documentos essenciais à propositura da demanda Perda de uma chance - Inocorrência de prescrição na hipótese - Ação proposta antes do triênio legal previsto no art. 206, §3º, V do CC/02 Indenização que era mesmo de rigor Valor fixado, todavia, que comporta redução em 30% Recurso parcialmente provido. 1. Prática ato ilícito e deve indenizar o dano o advogado que é constituído para ajuizar ação, perde os documentos entregues pelo cliente e não propõe a demanda, ocultando o extravio por cinco anos e ensejando perecimento do direito do contratante. 2. Aplicação da teoria da perda de uma chance,

entrevistado pelo advogado, o qual colhe a assinatura no contrato de honorários e procuração, recolhe os documentos pertinentes, todavia, por alguma falha na atenção, arquiva os documentos. Suponha-se que se trate de um prejuízo sofrido em um automóvel por uma cratera na rua, neste caso, a prescrição é quinquenal contra a fazenda pública municipal, nos termos do Decreto 20.910/32. O cliente procura o advogado faltando dois meses para ocorrer a prescrição. Após três meses liga para este profissional para saber eventual data da audiência de instrução e julgamento. O advogado reconhece o erro no arquivamento dos documentos e explica que ocorreu a prescrição do direito do cliente.

Neste caso, houve a perda de uma chance para o cliente, ou seja, não haverá o exame pelo judiciário de sua pretensão indenizatória. Poderá, portanto, ingressar com uma ação para responsabilizar o advogado. O valor da indenização não poderá ser equivalente ao prejuízo, caso contrário, não haveria perda de uma chance, mas o simples caso de responsabilidade civil, conforme já explicado no primeiro capítulo, item 4, na quantificação da perda de uma chance.

Antes da Emenda Constitucional 45², que alterou o art. 114 da Constituição Federal, era certo que esta ação deveria tramitar na justiça estadual, todavia, após o advento desta emenda, que ampliou a competência da justiça do trabalho, surgiram conflitos de competência. Todavia, a posição correta é que esta ação, para reparar a perda de uma chance, deve ter seu trâmite na justiça estadual, pois, deve se seguir o raciocínio da Súmula 363 do Superior Tribunal de Justiça³. Se o advogado deve se valer da justiça comum para cobrar os honorários, a recíproca é verdadeira, valendo o cliente da mesma competência para apurar a responsabilidade deste profissional.

isto é, a perda da possibilidade de se alcançar situação mais vantajosa ou menos prejudicial - que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. 3. O valor da indenização pode corresponder, ou não, ao montante efetivamente perdido, dependendo da maior ou menor probabilidade de que o ganho ocorreria, não tivesse havido a atuação injurídica que o suprimiu. 4. No caso presente, impõe-se fator de redução de 30% sobre o proveito final almejado, dada a álea inerente a toda demanda judicial e considerando a inexistência de elementos seguros indicativos de que a ação, fosse ajuizada, seria com certeza acolhida. Apelação cível nº 0101497-64.2008.8.26.0006 da 26. Câmara de Direito Privado. Relator Des. Reinaldo Caldas. SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

³ Súmula 363 do Superior Tribunal de Justiça - Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: súmulas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Ao advogado, em fase de contestação, restará alegar que mesmo que a ação fosse proposta tempestivamente, não haveria êxito para o cliente, assim poderá alegar inexistência do buraco que causou o dano, ou até mesmo que a indenização já foi paga em sede de processo administrativo, obtendo cópia deste processo junto ao respectivo município. Portanto, deverá demonstrar que o resultado esperado pelo cliente não seria alcançado, pois a procuradoria do município em sua contestação, juntaria aquele processo administrativo, onde já foi pago o prejuízo.

Conseqüentemente, o juiz, na ação de responsabilização do advogado pela perda de uma chance, terá que fazer uma análise do processo que não existiu, para verificar a viabilidade da ação não ajuizada. Observe-se o seguinte julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde o relator foi o desembargador Artur Marques:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL PATRONO QUE NÃO AJUÍZA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NO PRAZO PRESCRICIONAL PERDA DE UMA CHANCE CONFIGURADA DIREITO À INDENIZAÇÃO REDUÇÃO, TODAVIA, DO VALOR FIXADO PELA R. SENTENÇA PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Não há dúvida de que o demandado deixou de ajuizar a reclamação trabalhista dentro do prazo prescricional de dois anos. Além disso, todas as circunstâncias do caso analisado apontam para a conclusão de que a procuração conferida pela autora tinha esse fim específico. Outrossim, a versão da autora está confirmada pela prova testemunhal, sendo compreensível sua expectativa de que, com a extinção da ação na qual figurava como litisconsorte ativa, o demandado promoveria a competente reclamação. 2. No caso em tela, as chances relativas ao recebimento das verbas trabalhistas indicadas na r. sentença vergastada eram sérias e reais. Embora haja dúvida sobre o efetivo sucesso da demanda não promovida pelo advogado requerido, inexistente efetiva controvérsia sobre o direito da demandada de receber as assinaladas verbas rescisórias. Todavia, deve-se considerar que a empresa empregadora encontra-se em processo de falência, de forma que a demandante dificilmente receberia o valor integral do débito trabalhista referido na r. sentença vergastada. Dessa forma, afigura-se justo e equitativo reduzir a condenação a 50% (cinquenta por cento) da importância total. 3. Recurso parcialmente provido para reduzir em 50% (cinquenta por cento) o valor da indenização fixada a título de perda de uma chance. Apelação cível nº 0011688-63.2011.8.26.0554 da 35. Câmara de Direito Privado. Relator. Artur Marques.⁴

Outro caso que gera a responsabilização do advogado é o pedido não formulado. Como detentor do conhecimento jurídico, o causídico deve se esforçar ao

⁴ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

máximo para formular todos os pedidos que melhor atenda ao interesse de seu cliente, seja na exordial ou na contestação. Assim, o advogado que não alega a prescrição, por exemplo, estará sujeito a ser responsabilizado.

Talvez o caso mais conhecido na perda da chance pelo advogado é a não interposição do recurso. Não é o simples fato de não recorrer que ensejará a responsabilidade do advogado, as peculiaridades do caso concreto norteará a decisão do magistrado na ação de responsabilização. No caso da ação tramitar no juizado especial, só há a sucumbência quando o processo é julgado pelo órgão colegiado recursal, ou seja, o advogado pode deixar de recorrer por ter feito uma análise da probabilidade de êxito e das custas, sendo mais benéfico para o cliente não recorrer, em razão da baixa probabilidade de vitória e mais o pagamento das custas e honorários da parte contrária, os quais podem ser arbitrados em vinte por cento do valor da causa. Destarte, o juiz na ação de responsabilização do advogado deve usar a razoabilidade para verificar se realmente houve um erro, assim terá que analisar a probabilidade de vitória da ação, onde não houve o recurso e as despesas derivadas da sucumbência.

Na contestação, o principal argumento que poderá ser utilizado pelo advogado consiste na alegação e comprovação da inviabilidade de êxito do recurso. Deverá demonstrar, com outros julgados em casos semelhantes, que o respectivo tribunal era contrário ao interesse do cliente. Observa-se que será necessário haver um juízo hipotético do julgamento que não houve, pela ausência do recurso.

Com esta mesma linha de raciocínio a ausência de contrarrazões ao recurso pode acarretar a responsabilização do advogado pela perda de uma chance. No entanto, durante a elaboração desta pesquisa, não se encontrou qualquer julgado condenando o profissional pela ausência das contrarrazões ao recurso. Isto se deve, principalmente, ao fato de que nesta peça processual, geralmente, se repete os argumentos já esgotados na exordial ou na contestação, ou seja, a sua ausência, dificilmente, influenciará no desfecho final da lide.

Questão de difícil enquadramento na perda de uma chance pelo advogado é a falha na produção de provas. A dificuldade ocorre pelo fato de ser quase impossível provar que a omissão de determinada prova, prejudicou de forma a mudar a sentença. De qualquer forma, um exemplo desta situação seria o advogado que arrola duas testemunhas para a audiência de instrução e julgamento,

ao ouvir a primeira, entende que a matéria foi esgotada e dispensa a segunda testemunha. No entanto, ao fim a ação é julgada de forma desfavorável ao seu cliente. É possível que o cliente entre com a ação de indenização pela perda de uma chance, alegando que se aquela testemunha tivesse sido ouvida a demanda seria procedente. O advogado pode se defender alegando que aquela testemunha nada sabia, ou o que sabia nada acrescentaria no julgamento, assim, será fundamental que o advogado arrole esta testemunha na ação indenizatória para convencer o juiz do alegado em sede de contestação.

O advogado que extravía os autos judiciais e não os restaura, levando o processo à extinção, também poderá ser alvo de uma ação indenizatória pela perda de uma chance. A defesa do profissional será a mesma da anterior, ou seja, afirmar que aquele processo não teria êxito, todavia, aqui existe um agravante, qual seja, a contradição entre alegar que a ação não teria êxito e a justificativa do motivo de ingressar com uma ação que seria julgada improcedente. A situação do advogado, neste caso, não será de fácil solução, mesmo que o julgador entenda que não houve a perda de uma chance, poderá condenar o advogado pela conduta de ingressar com uma aventura judicial, podendo, inclusive, oficiar o setor responsável pela ética da OAB.

Atualmente, esta situação de extravio de autos está deixando de existir e, em um futuro não muito longe, não existirá mais. Com o advento dos processos e petições eletrônicas, os autos físicos estão em extinção. Destacam-se as vantagens do processo eletrônico, entre elas: possibilidade de envio de petições iniciais e intermediárias, através da Internet, para o foro desejado, dispensando o deslocamento até o fórum; facilidade de acesso das partes e/ou dos representantes legais às informações em seus processos e à prestação jurisdicional do Estado; eliminação do papel desde a propositura da ação, contribuindo para o meio ambiente mais saudável e sustentável.

Um dos primeiros acórdãos que reconheceu a teoria da perda de uma chance na advocacia, foi justamente em um caso onde o advogado extraviou os autos e deixou, até mesmo, de comunicar o cliente, o julgado ocorreu nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAÍO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO

COMUNICA O FATO A SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVEVENDO INDENIZAR A MANDATE PELA PERDA DA CHANCE. [...] Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: “Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la” (“La Perte d’une chance em Droit Français”, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.050.90). Apelação cível nº 591064837 da 5. Câmara Cível. Relator. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.⁵

Uma conduta que os advogados, de forma geral, deve ter muito cuidado é no fornecimento de consultas ou explicações para uma pessoa leiga, sem o conhecimento jurídico. Neste caso, o advogado presta um serviço advocatício sendo responsável por eventuais prejuízos, em razão da orientação concedida, mesmo que tal situação ocorra fora do ambiente de trabalho e a título gratuito. Assim, o conselho fornecido ao cliente que seja contrário a lei e a doutrina, pode acarretar um sério prejuízo para este. Se um advogado aconselha seu cliente a aguardar para entrar com uma ação e, durante este período, ocorre a prescrição, poderá ser alvo de uma ação indenizatória pela perda de uma chance almejada no processo prescrito.

A doutrina discute sobre a responsabilização do advogado pela não sustentação oral de um recurso. Conforme já exposto, o profissional que defende uma causa, deve se valer de todos os meios necessários para garantir o êxito da demanda, portanto, a princípio, o advogado seria responsável pela não sustentação oral do recurso, quando cabível. No entanto, em uma análise mais aprofundada nota-se que nesta fase o advogado não poderá inovar, na prática o que ocorre é que o causídico reitera os termos de sua alegação. Por vezes, os votos dos desembargadores já estão prontos e pouco, ou nada, influenciará a sustentação oral do recurso. Sergio Novais Dias ensina que:

Considerando que compete ao advogado tudo fazer para obter o melhor resultado para o cliente, poder-se-ia alegar que a ausência do advogado na sessão do julgamento implicou a decisão desfavorável ao seu cliente. Sabe-se, porém, que isso não é a regra. Os votos dos juízes relatores sempre vêm para a sessão prontos, escritos. Os juízes revisores, que já tiveram vista dos autos, também trazem anotado o resultado que entendem justo do julgamento. Tratando-se,

⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=591064837main_res_juris>. Acesso em: 08 jan. 2015.

pois, de sustentação oral das razões do recurso, como o próprio nome está a indicar, em regra não cabe ao advogado inovar na tribuna, mas sustentar oralmente aquilo que já havia sido por ele escrito na peça recursal ou nas contrarrazões.⁶

A ausência do ajuizamento da ação rescisória é outro exemplo, onde pode ocorrer a responsabilização do advogado pela perda de uma chance. Todavia, na prática é muito difícil a sua caracterização. Se o cliente optar em tentar responsabilizar o advogado, terá que provar de forma cabal a viabilidade da ação rescisória, ou seja, a ocorrência de uma das hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil, o que reduz significativamente as chances de êxito do cliente na busca da reparação pela perda de uma chance.

Deve-se destacar que se o advogado foi contratado especificamente para ingressar com a ação rescisória e não o fez, estar-se-á diante do primeiro exemplo citado, ou seja, a falta de propositura da ação. Portanto, o que se discutiu neste ponto foi quando o patrono contratado conduz corretamente o processo até o trânsito em julgado, mas, em um segundo momento deixa de ajuizar a ação rescisória. Neste caso, Ênio Santarelli Zuliani afirma que:

A hipótese de culpa do advogado que, por omissão, não ingressou com ação rescisória no prazo decadencial (art. 495 CPC), não produz, de imediato ou de forma automática o fato “perda de uma chance” porquanto a probabilidade de sucesso de uma ação rescisória é sempre menor, por envolver o requisito “vício” de julgamento ou “erro de fato ou de direito”, pressupostos difíceis de serem reunidos para apresentação.⁷

O advogado, no exercício da profissão, deve zelar pelos interesses do cliente. Diante disto, estaria este profissional obrigado a obedecer fielmente às instruções do constituinte?

Se o patrono não segue as instruções do cliente, de forma imprudente, poderá responder civilmente se acarretar a perda de uma chance, alterando o resultado final da ação. O advogado não pode dispor dos direitos do constituinte da forma como quiser, caso não concorde com uma orientação do cliente, deverá conversar com este e orientar qual o melhor caminho. Se o constituinte se mantiver

⁶ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 51.

⁷ ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade civil do advogado**. Rio de Janeiro: Seleções Jurídicas, 2002. p. 8.

firme na orientação, o causídico deve, simplesmente, renunciar ao mandato outorgado, nos termos do parágrafo 3º, art. 5º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e art. 45 do Código de Processo Civil.

Estas foram apenas algumas hipóteses onde poderá haver a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.

Uma questão comum nos exemplos é no que tange aos honorários advocatícios. Deveriam estes ser pagos ao patrono que cometeu um erro e causou a perda de uma chance?

José de Aguiar Dias de forma objetiva defende a hipótese de que quando o advogado comete algum erro e enseja em sua responsabilidade civil profissional, não haveria lógica em se cogitar o pagamento de honorários.⁸

Tal posição aparente ser exagerada. Primeiro porque haveria uma dupla penalidade ao advogado, a primeira seria o dever de indenizar, oriundo da responsabilidade civil pelos atos cometidos e conseqüente perda de uma chance. A segunda seria o não recebimento dos honorários advocatícios pelos serviços prestados, os quais são frutos do contrato de prestação de serviços celebrado entre o cliente e o patrono. Observe-se que, bem ou mal, geralmente o serviço foi prestado, desta forma, remunera-se um trabalho, sendo que esta verba tem caráter alimentar.

Portanto, o correto é que os honorários advocatícios contratuais devem ser quitados, mesmo quando o advogado ocasiona a perda uma chance e enseja na responsabilidade civil. Se assim não fosse haveria um enriquecimento ilícito por parte do cliente. Este é o entendimento de Sérgio Novais Dias:

Se o advogado, responsabilizado pela perda de uma chance, paga ao cliente a indenização fixada, este já foi inteiramente ressarcido quanto ao mau serviço prestado pelo advogado. Isentar-lhe, ainda, do pagamento dos honorários, pelos serviços prestados, significa promover o enriquecimento sem causa do cliente. É, aliás, justo e correto que se compensem a indenização e os honorários pactuados, de sorte que o cliente pagará apenas a quantia remanescente, se o valor do dano for inferior ao dos honorários, ou o advogado pagará ao cliente a quantia que sobejar, se a indenização superar o quantum dos honorários pactuados.⁹

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.426.

⁹ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTR, 1999. p. 89.

No entanto, se ocorrer a quebra de confiança entre a relação cliente e advogado, pelo motivo de que este profissional ocasionou a perda de uma chance durante o processo, não se pode aceitar a permanência da relação contratual. Neste caso, ao cliente caberá resolver o contrato e requerer o arbitramento dos honorários advocatícios proporcionais aos serviços prestados até aquele momento.

3.2 Mera possibilidade não é passível de indenização

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance surgirá quando esta se mostrar séria e real, na prática, será necessário verificar se o cliente realmente tinha chances de êxito na demanda, as quais foram extintas pelo erro do respectivo patrono. Portanto, não é a simples perda de um prazo, por exemplo, que ensejará, automaticamente, a responsabilidade pela perda de uma chance.

De forma clara o Superior Tribunal de Justiça, através do ministro Luiz Felipe Salomão, se manifestou no Recurso Especial n. 1.190.180-RS:

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.¹⁰

E na mesma linha é o Recurso Especial n. 1.190.180-RS:

Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros favores não sujeitos ao seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexos causal entre a negligência e o dano. Para solucionar tal impasse, a jurisprudência, sobretudo de direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. A aludida teoria procura dar vazão para o intrincado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia a dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma

¹⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus. 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 (Rafael Peteffi da Silva. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134). É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas.¹¹

Destarte, para que a ação de responsabilização do advogado pela perda de uma chance seja julgada procedente, caberá ao cliente provar que a oportunidade perdida deverá ser mais que uma simples esperança subjetiva.

Para definir se uma chance é real e séria, Fernando Noronha explica:

Em primeiro lugar importa averiguar se a chance perdida era real e séria, se for haverá obrigação de indenizar, se ela tiver caráter meramente hipotético, não. E para saber se a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” como se dispõe no art. 335 do Código de Processo Civil.¹²

Sobre o assunto, Rafael Peteffi da Silva, acrescenta que:

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis, e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.¹³

¹¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000378&dt_publicacao>. Acesso em: 9 jun. 2015.

¹² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 679.

¹³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 134.

No estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça entende que:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA Indenização Perda da chance de ver pedido de indenização por estabilidade conhecido e julgado procedente pelo Tribunal Regional do Trabalho Advogado que acompanhou o andamento da reclamação trabalhista de modo adequado e a divergência a respeito da possibilidade de cumulação entre os pedidos de declaração de rescisão indireta e de indenização em consequência da estabilidade do cipeiro Sentença de Primeira Instância da Justiça do Trabalho que sinaliza o reconhecimento de fraude na cumulação Justificativa para a falta de devolução da estabilidade ao Tribunal Regional do Trabalho, já que prioridade era ver declarada a rescisão indireta do contrato de trabalho Teoria da perda da chance que exige prejuízo real e certo, dentro de juízo de probabilidade mínimo, e não mera possibilidade Ausente conduta culposa Sem pressuposto para a responsabilização Justiça gratuita Suspensão da exigibilidade dos ônus de sucumbência Sentença reformada apenas nessa parte [...]Contudo, mesmo a teoria da perda da chance, para a responsabilização, exige dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade mínimo, e não mera possibilidade. Nesse sentido: REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009. Apelação cível nº 0021613-24.2010.8.26.0003 da 36ª. Câmara de Direito Privado. Relator. Sá Moreira de Oliveira.¹⁴

Neste julgado, o cliente alegou desídia por parte do advogado, que não recorreu da matéria relacionada à indenização que teria direito por ser membro da CIPA e gozar de estabilidade, reivindicando indenização pela perda da chance de ter sua pretensão indenizatória deduzida em face de sua empregadora apreciada pelo Tribunal Regional do Trabalho, conseqüentemente, de tê-la julgada procedente.

O advogado se defendeu esclarecendo que em recurso ordinário, não devolveu a matéria relacionada à estabilidade do cipeiro e o pedido de indenização, por incompatibilidade com o pedido de rescisão indireta, o que teria sido previamente informado ao cliente.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aclarou que para a responsabilidade é indispensável a demonstração da conduta culposa, do prejuízo e do nexo de causalidade entre ambos. E, nos termos do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, era ônus do cliente a comprovação dos fatos e fundamentos constitutivos do direito alegado. E não houve comprovação de que era certa a possibilidade de cumulação dos pedidos de rescisão indireta e de

¹⁴ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

indenização pela estabilidade do cipeiro, muito menos de ser pacífica a jurisprudência sobre a procedência desses pedidos cumulados, não se tratando de uma chance séria e real.

Portanto, de forma correta, todos os julgados supracitados, afastam a teoria da perda de uma chance, por ser imprevisível o resultado final, não caracterizando as meras expectativas como causa suficiente para gerar a responsabilidade civil do advogado.

Outro ponto que gera dúvida diz respeito o que de fato seria uma chance séria ou simplesmente hipotética. Por um lado, existe a corrente encabeçada por Sérgio Savi¹⁵, a qual sustenta que para ser reparáveis, as chances devem ter a oportunidade de êxito acima de 50%, abaixo deste parâmetro não poderia se considerada chance séria e real. Portanto, no caso do advogado que perde o prazo para o recurso, caberia ao cliente, que foi lesado, fazer uma pesquisa jurisprudencial no tribunal e verificar a possibilidade de êxito do recurso. Somente se constatada a possibilidade de êxito superior a 50% é que haveria o cabimento da ação para responsabilizar o patrono que perdeu o prazo para o apelo.

Este critério demonstra-se objetivo, contudo, de forma excessivamente simplista. Se o escopo é identificar se a chance é séria ou mera possibilidade, não se pode cogitar em qual parâmetro ou valor de forma antecipada. A chance perdida ocorre nas mais diversas situações, onde pode ocorrer de ser pouco provável, mas representar um interesse muito importante para o cliente e, ao contrário, onde a chance pode ter uma grande possibilidade de êxito, todavia não representa qualquer valor para vítima.

Destarte, são diversos fatores que determina se a chance é séria e real. Indubitavelmente que a possibilidade de vitória é o principal fator que delinea esta condição. Assim, quanto maior a possibilidade de êxito que a chance tinha, maior será a relevância para o caso. Por outro lado, uma probabilidade baixa dificilmente será alvo de reparação civil. Mas esse não pode ser o único fator para determinar se a chance é real e séria.

Conforme Capítulo III, item 3, os julgados dos tribunais pátrios e do próprio Superior Tribunal de Justiça não adotam o critério da possibilidade de êxito ser superior a 50%. Ao definirem que a chance deve ser real e séria não especificam

¹⁵ Vide nota 12.

qualquer parâmetro mínimo ou máximo. Destaca-se ainda que há julgados que de forma implícita afastam esta corrente, a concederem reparações onde as chances de êxito era inferior a 50%.¹⁶ Tal entendimento também foi confirmado pelo Enunciado nº 444 da 5ª Jornada de Direito Civil, o qual afirma que a chance deve ser séria e real, não podendo se limitar a percentuais apriorísticos.¹⁷

Conforme restará demonstrado no próximo tópico através das jurisprudências mencionadas, os julgados não são contra a delimitação da reparação de chances, pelo contrário, os magistrados observam a teoria da perda de uma chance com extremo rigor, analisando caso a caso. Tal prudência pode ser justificada para evitar a banalização da perda de uma chance, tal como ocorreu com o dano moral, onde se criou a “indústria do dano moral”, onde este virou um pedido subsidiário em quase todas as ações de reparação civil. Talvez seja este tipo de “indústria da perda de chances” que os juízes estão procurando evitar.

Assim, para verificar se a chance é real e séria, outros fatores devem ser sopesados. O primeiro será o caráter extraordinário da chance, ou seja, mesmo que a possibilidade de êxito seja pequena, deve ser considerada séria se a vítima gozava de uma chance rara, ou mesmo única. Outro fator seria o tempo entre o evento danoso e o momento que a chance seria efetivamente usufruída. Se for aproveitada somente dali alguns anos, não será possível definir se a vítima ainda iria usufruir da chance, ou se esta ainda seria útil. Isto não ocorre com perda de uma chance pelo advogado no processo jurisdicional, pois, o cliente gozava da chance de ganhar a lide e o erro do patrono fulminou esta oportunidade. Por derradeiro, outro fator de suma importância é o comportamento da vítima em relação à chance perdida. A oportunidade deve ser útil para a vítima, sendo que esta deve demonstrar que estava preparando-se para usufruir aquela expectativa. Caso não ficar demonstrado o interesse, não deverá se considerar como chance séria e real para, evitar o oportunismo dos processos judiciais.

¹⁶ Vide julgado na nota 63, onde o Superior Tribunal de Justiça indenizou a chance perdida que possuía a possibilidade de êxito de apenas 25%.

¹⁷ AGUIAR, Ruy Rosa de (Coord.). **Direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosa de Aguiar. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 65. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

3.3 A jurisprudência em face da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance

Apesar dos julgados citados ao longo desta pesquisa, não é possível afirmar que a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance está consolidada e tem plena aplicação pelos tribunais pátrios. Alguns julgadores ainda não se interaram com a teoria, um dos motivos é que a teoria ainda esteja em desenvolvimento, principalmente na parte da fixação do valor da indenização. Todavia, não se encontra julgados que sejam contrário à teoria da perda de uma chance do advogado, o que há são confusões nas decisões, como se mostrará na sequência.

Destaca-se que nos últimos cinco anos é mais comum verificar a aplicação da teoria da perda de uma chance do advogado de forma adequada. Os Tribunais de São Paulo e Rio Grande do Sul merecem destaque pela pertinência dos julgados sobre o tema.

Um dos primeiros julgados sobre a responsabilidade civil do advogado foi do ano de 1991, onde teve como relator o desembargador Ruy Rosa de Aguiar Júnior. O caso era de um advogado que entrou com uma demanda judicial e não mais movimentou o processo, deixando de informar o cliente sobre o extravio dos autos.¹⁸

No entanto, apesar do dano oriundo da perda de uma chance pelo advogado ter sido reconhecido, a decisão não enfrentou o problema da quantificação do valor da indenização, a qual foi remetida para liquidação de sentença, sem qualquer definição de premissas para serem seguidas pelo juízo que procedesse a liquidação.

A jurisprudência pátria não possui uma unanimidade quanto ao que se entende pela perda de uma chance ocasionada pela conduta irregular do advogado.

Conforme já visto anteriormente, a perda de uma chance não se equipara ao dano moral¹⁹. Contudo, não é raro encontrar julgados que não considera a teoria da perda de uma chance um prejuízo, mas sim uma situação de danos morais. Interessante que nestes julgados, há o correto enquadramento da teoria da perda de uma chance, com o reconhecimento que o advogado trouxe um prejuízo ao cliente ao fulminar a chance de êxito do processo, por exemplo. Porém, acabam por

¹⁸ Vide nota 97.

¹⁹ Vide Capítulo 1, Item 3: A dicotomia entre danos patrimoniais e danos morais.

condenar em danos morais os prejuízos experimentados pela perda de uma chance.

Nesse sentido:

Prestação de serviços advocatícios - Indenização por danos materiais e morais c.c. lucros cessantes - Indeferimento da inicial - Afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito - Julgamento do mérito, nos termos do artigo 515, § 3º do CPC - Negligência na prestação dos serviços, resultando no insucesso da demanda trabalhista ajuizada. - Alegação de que o advogado foi omissivo ao não contatar o cliente para obter informação do local a ser realizada a perícia ambiental – Ausência de prova de que o autor foi devidamente cientificado para fornecer esta informação .Culpa do advogado demonstrada - Dever de indenizar apenas pelos danos morais, por "perda de uma chance" – Impossibilidade de fixação de danos materiais e lucros cessantes - Falhando o advogado em sua obrigação de meio ao deixar de informar nos autos o endereço necessário para a complementação da perícia, está a prejudicar o interesse de seu cliente. Ainda assim, não há possibilidade de fixação do valor do dano material por não se saber qual seria o eventual resultado se a informação tivesse sido prestada. Há dano moral, pois a falha profissional do advogado é causa de sofrimento para o cliente, que nele confiou e que sofre baixa de autoestima ao ver frustrada sua possibilidade de discutir o direito que entendia ter, ocorrendo a chamada "perda de uma chance". Afastada a extinção, acolhe-se parcialmente o pedido, para fixar indenização por dano moral, ante as especificidades do caso, no valor equivalente a dez salários mínimos vigentes à época da fixação. - Ante a sucumbência recíproca, os honorários de advogado devem ser compensados entre as partes. - Recurso parcialmente provido, v.u. Apelação cível nº 992.07.026794-3 da 35ª. Câmara de Direito Privado. Relator. Manoel Bezerra Justino Filho ²⁰

E ainda:

Prestação de serviços advocatícios - Pedido de indenização por danos materiais e morais - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Preliminares de ilegitimidade passiva e inépcia da inicial afastadas. - Alegação de falha na prestação dos serviços, resultando na impossibilidade de subida de agravo contra denegação de seguimento de recurso especial - Instrução deficiente do instrumento - Culpa do advogado - Dever de indenizar pelos danos morais — Impossibilidade de fixação de danos materiais - Recursos procedentes em parte - Falhando o advogado em sua obrigação de meio e instruindo de forma incompleta o agravo, está a prejudicar o interesse de seu cliente. No entanto, embora haja culpa e dano decorrente da culpa, não há possibilidade de fixação do dano material, pois não é possível prever qual seria o resultado, se não tivesse ocorrido a falha na prestação do serviço, não havendo assim dano material indenizável. No entanto, surge o dano moral, pois a

²⁰ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 15 /jul. 2015.

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 discutir o direito que entendia ter. Em tal caso, considerando-se os demais elementos, afasta-se o dano material concedido pela r. sentença apelada e concede-se dano moral, no valor equivalente a quinze salários mínimos. - Ante a sucumbência recíproca, os honorários de advogado devem ser compensados entre as partes. - Inocorrência de litigância de má-fé. - Agravo retido não provido; recursos do autor e do requerido parcialmente providos, v.u. Apelação cível nº 992.06.035173-9 da 35ª. Câmara de Direito Privado. Relator. Manoel Bezerra Justino Filho.²¹

Observa-se que a perda da chance é analisada como se fosse um evento em que a vítima se envolveu. A teoria é usada para justificar a condenação do dano moral, pois com a chance perdida pelo advogado, o cliente experimentou prejuízos extrapatrimoniais.

Tal entendimento é um claro desvirtuamento da teoria da perda de uma chance, onde não se indeniza os sofrimentos íntimos e morais decorrentes. É possível a existência da perda de uma chance e do dano moral, ensejando, inclusive, reparações independentes, porém, não é possível a equiparações dos dois prejuízos.

Segundo Rafael Peteffi da Silva, os julgadores acabam por optar em classificar a perda de uma chance como dano moral por mera comodidade²² ou mesmo por desconhecimento da teoria. Mas, é claro que tal fato constitui uso incorreto do dano moral, por exemplo, uma revendedora de veículos ingressa com uma ação de busca e apreensão de um carro vendido ao cliente, alegando que este não se encontra quitando o financiamento, por algum lapso do advogado, o processo é extinto, frustrando a empresa de ter o direito satisfeito, com a retomada do veículo. Não é possível considerar tal situação um prejuízo extrapatrimonial.

Tal situação foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.190.180-RS, onde o cliente promoveu ação em face do advogado para reparar os danos materiais pela apresentação da contestação intempestiva, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a perda de uma chance, mas

²¹ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

²² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 200. p. 197.

condenou o patrono em danos morais. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, cancelou o julgado por julgamento *extra petita*.²³

Como decorrência deste equívoco de se considerar a perda de uma chance um fato que enseja dano moral, muitos julgados fixam o valor da indenização sem qualquer explicação ou menção ao juízo de probabilidade de êxito da chance perdida, conforme Apelação cível nº 0034387-12.2008.8.26.0309 da 27ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Prestação de serviços advocatícios. Relação de consumo. Verificação. aplicação do prazo prescricional constante do art. 27 do CDC. Termo inicial da prescrição que deve ser contado a partir da data em que foi negado seguimento ao recurso. Prescrição não corporificada. Negativa de seguimento de recurso ordinário interposto em razão da intempestiva comprovação do recolhimento das custas. Falha incontroversa na prestação do serviço demonstrada. Decorrente impedimento de apreciação em instância superior que caracteriza perda de uma chance. Elementos objetivos que demonstram a viabilidade de provável sucesso. Prejuízo causado que exigem pronta reparação. Ausência de subsídios para a quantificação que impõe arbitramento em padrão razoável. Recurso provido.[...] Demonstrada a realidade de eventual chance de sucesso por parte do apelante, inafastável que se imponha à apelada a obrigação de indenizar que, em não tendo aquele apresentado subsídios para a quantificação da provável perda, deve ser esta arbitrada dentro de um parâmetro de razoabilidade, ou seja, R\$10.000,00 (dez mil reais), mais as despesas processuais (custas e todos os encargos).²⁴

Conforme exposto no primeiro capítulo, item 4, a quantificação da perda de uma chance, a teoria possui um sistema próprio para mensurar a indenização, primeiramente determina-se qual seria a vantagem obtida se a chance não fosse perdida, em um segundo momento, multiplicaria este valor pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em razão da negligência do advogado. Assim, o resultado seria o *quantum* a ser indenizado.

Portanto, o julgado supracitado ignora os critérios peculiares da teoria da perda de uma chance para mensurar o valor da indenização.

Outro erro ocorreria se o julgado concedesse, como indenização, o valor do resultado esperado na integralidade.²⁵ Novamente há equívoco por parte dos

²³ Vide nota 42.

²⁴ SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

²⁵ Vide notas 54 e 55.

julgados, pois ao indenizar o cliente de forma equivalente à vantagem perdida, haveria um excesso na condenação, posto que o valor da chance perdida é sempre inferior ao do benefício almejado. Seguindo estas jurisprudências não haveria perda de uma chance, mas sim a perda de um resultado, ou seja, um típico caso de responsabilidade civil, o qual deveria ser indenizado na íntegra, pois em ambas as situações houve a condenação do advogado ao pagamento de tudo aquilo que o cliente faria jus, caso não houvesse a chance perdida.

Consoante exposto no capítulo III, item 2, a chance perdida pelo advogado deve ser séria e real, assim é necessário verificar no caso concreto para aplicar a teoria, portanto, não basta o causídico perder o prazo do recurso, por exemplo. Especificamente sobre este assunto o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

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

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

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes.

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

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

do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido. Recurso Especial n. 993.936-RJ.^{26 27}

Importante destacar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também segue este entendimento. No caso, a decisão deixou de reconhecer a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, pelo fato da suposta oportunidade perdida não ser séria e real, o julgador reconhece que a dificuldade de responsabilizar o advogado, principalmente pelo fato de que o resultado da demanda indenizatória movida contra o advogado depende, em grande medida, das reais possibilidades de êxito na obtenção do direito reclamado na ação que patrocinou, vale dizer, quanto mais provável a vitória de seu constituinte, maior a probabilidade de poder atribuir o insucesso à imperícia do patrono, sendo possível, nessa hipótese, formular juízo mais seguro de nexos causal entre a má atuação e o resultado danoso. Por outro lado, sendo o direito controverso, ou dependendo a demanda de fatores contingenciais, dos quais não tem o advogado nenhum controle, cede o liame causal, impossibilitando a atribuição do insucesso à sua má atuação.²⁸

É inegável que há uma grande dificuldade pelos julgados para aplicar o juízo de probabilidade e determinar se houve a perda de uma chance, no entanto, cabe à parte interessada provar as chances de êxito no processo onde o advogado cometeu o erro. A ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, reconhece este problema no Recurso Especial n. 1079185/MG:

²⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000378&dt_publicacao>. Acesso em: 9 jul. 2015.

²⁷ Ibid. - Outro caso onde o Superior Tribunal de Justiça reconhece que a chance perdida deve ser séria e real é o Recurso Especial 1190180/RS, conforme segue: 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.

²⁸ **AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIO TEÓRIA DA PERDA DE UMA CHANCE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO SEM O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS RECURSO JULGADO DESERTO ERRO DO ADVOGADO RECONHECIDO INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DE DANO PROVÁVEL, ANTE IMPROBABILIDADE DE ÊXITO DA APELAÇÃO** Se a despeito de erro profissional do advogado, deduzindo apelação sem o devido preparo, se mostrava improvável o acolhimento do recurso pela instância revisora, inviável dele exigir indenização por perda de chance. **APELAÇÃO DESPROVIDA. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 9155304-58.2008.8.26.0000 da 30. Câmara de Direito Privado. Relator Des. Maurício Simões de Almeida Botelho Silva. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 25 jan./jul. 2015.

A doutrina tradicional sempre teve alguma dificuldade para implementar, em termos práticos, a responsabilidade do advogado. Com efeito, mesmo que comprovada sua culpa grosseira, é difícil antever um vínculo claro entre esta negligência 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 um juízo de cognição. Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros fatores não sujeitos ao seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano.²⁹

O que não pode ocorrer é o exemplo de um julgado proferido no Rio Grande do Sul, onde o respectivo Tribunal reconheceu a perda de uma chance pelo advogado que interpôs recurso intempestivo, todavia, no corpo do acórdão é reconhecido que as chances de reformar a decisão de primeiro grau, que foi desfavorável ao cliente, eram remotas.³⁰ De forma equivocada, o advogado é condenado a pagar o valor de dez salários mínimos pela perda de chance. Ora, se não havia chances de êxito no recurso, não deveria haver responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Portanto, da análise destes julgados verifica-se a falta de uniformidade da jurisprudência pátria, percebe-se ainda que a teoria da perda de uma chance no âmbito da advocacia está sendo aplicada, no entanto ainda com algumas imperfeições. Portanto, a teoria deve ser aprimorada por nossos tribunais, para ocorrer a correta aplicação da perda de uma chance na atividade advocatícia, afastando as chances hipotéticas e mensurando adequadamente a indenização.

²⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000378&dt_publicacao>. Acesso em: 19 jul. 2015.

³⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. 1 – Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Alegação da ocorrência de greve por parte dos juízes federais, e conseqüente dedução de que houve a suspensão dos prazos processuais. Negativa de matrícula em disciplina na faculdade de Medicina. Mandado de segurança denegado. Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pela impetrante. 2 - Valor fixado na sentença a título de ressarcimento por danos morais (10 salários mínimos) que permanece inalterado já que consentâneo com as circunstâncias do caso concreto e com os parâmetros adotados pela Câmara. 3 – Em não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Ausência da comprovação da necessidade. Deserção verificada. Improveram os apelos da autora e do co-réu Luiz Carlos, e não conheceram do recurso do co-réu Guaraci. RIO GRANDE DO SUL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70006606487main_res_juris>. Acesso em: 28 jul. 2015.

A tendência é que as decisões dos juízes de primeiro grau e dos tribunais espelhem-se nos julgados do Superior Tribunal de Justiça³¹, o qual está aplicando o correto contorno da teoria da perda de uma chance na área advocatícia.

3.4 A ética do advogado na perda de uma chance

A advocacia é das profissões onde o debate sobre a ética se coloca em evidência, por ser inerente à própria atuação e profissão do advogado.

Não se fará uma abordagem da ética geral, mas sim da ética profissional, o qual faz parte da primeira. A advocacia é um mister onde o profissional fala em nome de terceiros, os quais geralmente têm problemas que lhes causam sofrimentos ou transtornos, sendo que a lide pode transformar a vida dos envolvidos.

O advogado carrega uma responsabilidade enorme. Este é o motivo de ouvir-se nos corredores do fórum e salas de aulas das faculdades de direito que o advogado desenvolve o ofício de vários profissionais. Pode ter que fazer papel de psicólogo para saber ouvir, de forma minuciosa, as reclamações do cliente, por outro lado, desenvolver o papel de médico que busca a cura para os problemas do cliente, entre outros.

Os tempos atuais não são muito éticos, mormente no que tange ao cenário político, onde a obtenção de dinheiro é mais importante do que um bom trabalho, vigorando a chamada lei da vantagem. Sem dúvidas que o advogado seja o profissional mais lembrado quando se discute a ausência da ética.

No caso do advogado, a ética foi alvo de regulamentação, obrigando todos os profissionais da área, através do Código de Ética e Disciplina da OAB. Destaca-se ainda que o Estatuto, no capítulo da ética traz princípios gerais, norteando a regulamentação inserida no Código de Ética e Disciplina.

Este Código de ética não traz recomendações de bom comportamento, tratam-se de normas jurídicas obrigatórias, sob pena de infração disciplinar, prevista no art. 36 do Estatuto da Advocacia, podendo, o infrator ser sancionado com a pena de censura, ou outra mais grave, conforme o caso.

³¹ Vide anexos.

Com base nas normas relacionadas à ética³², o advogado deve atuar com dignidade, boa-fé e honestidade, respeitando as decisões do cliente e, principalmente, buscar a correta aplicação da justiça.

De forma lamentável, estes princípios são rechaçados por alguns advogados que estão na profissão apenas para auferir lucro através dos honorários profissionais, sem considerar as regras de ética ou moral, sem se preocupar com o verdadeiro bem estar do cliente, onde os fins justificam os meios.

Destarte, considerando que o advogado trabalha com a vida e bens de terceiros, os olhos da sociedade se voltam de forma mais rigorosa para o profissional do direito. As piadas pejorativas sobre os advogados não param de crescer, geralmente o termo é associado com falta de honestidade e lesão patrimonial, como se o advogado fosse o agente causador do dano e não essencial à justiça. De fato, como em todas as profissões, existem os bons e maus profissionais, os advogados são penalizados pela atuação do profissional sem ética. Infelizmente, este tipo de advogado, o qual faz de tudo para, somente, obter os honorários, sem se preocupar com o cliente e até mesmo com a profissão nobre que exerce, está cada vez mais comum. É comum os bons profissionais perderem clientes para outros colegas que reduziram, drasticamente, os honorários, cobrando abaixo da tabela, aviltando a profissão e os próprios honorários, com o único escopo de angariar o cliente, e posteriormente faz uma representação aquém do esperado para um profissional da área.

³² 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, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III – velar por sua reputação pessoal e profissional; IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; VIII – abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste. IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

Por muitas vezes, o advogado acaba por cometer a perda de uma chance, como a perda do prazo para recorrer, o que por si só não seria falta de ética, todo profissional está sujeitos a erros, mas com esta perda da oportunidade ocasionou uma lesão ao cliente. Ocorre que a falta da ética acontece quando tal profissional informa ao cliente que a perda do processo ocorreu por culpa do judiciário. E mais, alguns advogados assumem causas onde a chance de êxito é quase inexistente, mas visam apenas os honorários, sem qualquer preocupação com as consequências para os clientes. O próprio Código de Ética, no art. 2º, aconselha ao advogado não entrar com aventuras judiciais.

Ao profissional do direito que pauta suas atitudes na ética, a alternativa que resta, ao vislumbrar que a ação será uma aventura judicial, é cumprir o comando previsto no art. 133 da Constituição Federal, onde o advogado é essencial à administração da justiça, recusando a causa do cliente, independente o quão rentável seria os honorários profissionais. Tal recusa jamais pode ser confundida com a perda de uma chance, pois ao analisar o caso concreto, observará que nenhuma oportunidade de êxito haveria para o cliente.

Este desprezo com a ética não é exclusividade dos advogados brasileiros, Walter Bennet, ao narrar a agressividade da competitividade dos profissionais do direito nos Estados Unidos, menciona que:

O mal-estar que afeta a advocacia também é uma diminuição de sua força criativa e procriadora, e esse mal-estar provém, basicamente, da luta contra guerreiros que somos nós mesmos e dos ferimentos por ela provocados. Na essência, a parte guerreira e supermasculina de nossa psique profissional tem predominado, pelo menos temporariamente, em nossa luta interna pela alma da profissão. O arquétipo profissional predominante é o advogado que atua nos tribunais, do tipo que "ignora as barreiras" e "morde a jugular", ou o advogado consultor autoritário, implacável e sem senso de humor, que avalia o sucesso apenas pela vitória ou pela demonstração de superioridade, sendo amiúde conduzido pelo ego e pela ambição. A predominância desse tipo, deste ideal negativo, que pressinto estar presente em todos nós (inclusive nas advogadas) em algum grau, afetou profundamente a psique profissional. Ele elevou a vitória (e a correspondente recompensa financeira) à condição de única medida verdadeira de sucesso. Também incentivou uma atmosfera de competitividade em que a dúvida moral e a civilidade para com os outros são impedimentos à obtenção do sucesso, e as intermináveis horas de trabalho e a crescente competição, em todos os níveis, são vistas como ingredientes essenciais da vida profissional. E também desvalorizou as coisas que os seres humanos fazem para dar um objetivo maior e um sentido espiritual a suas vidas. Basicamente,

destruiu nossa mitologia profissional e, o que é mais importante, a nossa capacidade de criar mitos profissionais que nos permitam crescer e entender a nós mesmos, bem como ao significado social e moral de nossa profissão. Esta é a verdadeira natureza da ferida que nós mesmos nos infligimos – uma ferida que só será curada quando começarmos a nos fazer perguntas essenciais que dão origem ao mito e que se referem a quem somos e a quem servimos.³³

Especificamente sobre a perda de uma chance ocasionada pelo advogado, conforme já dito, o ato em si não implica em falta de ética, mas sim a responsabilidade civil. Não entanto, é comum o advogado não comunicar a vítima do erro, ou comunicar o acontecido, mas escusar-se da culpa de forma matreira.

Ao não passar a informação da perda de uma chance de forma clara e inequívoca ao cliente, o advogado falta com o dever de ética, pois esta é uma das suas obrigações, conforme art. 8 do Código de Ética e Disciplina da OAB.³⁴ Além disto, em razão do múnus público que tem a advocacia, cabe ao advogado informar ao cliente os riscos do processo e as consequências. A ética do advogado não termina com o fim da ação, cabe-lhe, ainda, devolver os documentos e eventuais valores recibos ao longo da ação, além de prestar contas e qualquer outra informação solicitada pelo cliente.³⁵

É vergonhoso os advogados que agem com má-fé, aproveitando da capacidade postulatório que conquistaram através das faculdades de Direito e da aprova no exame de ordem, com o único objetivo de obter lucro, não importando os meios para consegui-lo. O que se espera atualmente, e para o futuro, é que os profissionais do direito, assim como das outras áreas, percebam que ética não é apenas uma disciplina lecionada na faculdade e codificada no estatuto. É necessário ter a ética sempre em mente como um dogma, eis que o lucro proveniente dos honorários advocatícios jamais pode ser considerado mais relevante que a própria ética. Outrossim, o advogado deve manter a consciência limpa em relação aos seus

³³ BENNET, Walter. **O mito do advogado: reavivando ideais da profissão de advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 14/15.

³⁴ Art. 8º 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. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

³⁵ Art. 9º A conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga o advogado à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento. Ibid.

respectivos atos, agir de forma pautada na ética, respeitar e zelar pelo cliente, buscar sempre a justiça, tendo por certo que os lucros financeiros serão frutos de seu bom trabalho.

CONCLUSÃO

Foi objeto desta dissertação a investigação da responsabilidade civil do advogado, com a aplicação da teoria da perda de uma chance, quando por falha deste profissional, o cliente deixa de ter a pretensão examinada ou reformada por algum órgão integrante do Poder Judiciário.

É inegável que o instituto da responsabilidade civil busca a recomposição dos danos experimentados pela vítima, assim, com a evolução do ser humano, cada vez mais, não se admite a prática de um ilícito sem a devida contraprestação, geralmente caracterizada de forma pecuniária, pela indenização. A teoria da perda de uma chance teve seu berço no final do século XIX na França, posteriormente aprimorada na Itália, e inaugurou uma nova espécie de responsabilidade civil. No Brasil, por outro lado, começou a ser difundida apenas na década de 90.

Tal teoria tem como escopo a reparação da vítima por uma atitude do agente que lhe tolhe a chance de obter uma determinada vantagem, sendo que esta deve ser séria e real e não uma simples expectativa.

Por outro lado, é inegável que nos dias atuais houve um aumento desproporcional das lides, o que não justifica a negligência do advogado, considerando a nobreza da profissão, que se fundamenta na busca pela justiça.

O profissional da área jurídica deve estar sempre atualizado e se aprimorando, conhecedor dos julgados, para que honre a nobreza de sua profissão, atuando sempre de forma prudente, para que seu labor seja confiável, com base nos preceitos éticos que regulamentam a advocacia. Ou seja, o advogado, de fato, é indispensável à administração da justiça.

A aplicação da teoria da perda de uma chance é extremamente peculiar, pois, no julgamento, seja em que grau for, nunca será possível prever o resultado, simplesmente porque não existiu e não existirá.

Sem a teoria da perda de uma chance, a responsabilidade civil do advogado, nestes casos, seria injusta, sob qualquer ângulo que se analisasse. Primeiro, o patrono do cliente tornaria um profissional intocável, por pior que fosse o erro cometido, não se saberia o resultado final, o que geraria um abuso por parte de alguns profissionais. Segundo, seria o contrário, ou seja, a responsabilização do advogado seria o trajeto mais fácil para o cliente receber o direito objeto da ação,

pois o patrono teria que indenizar o valor equivalente à pretensão que deixou de ser apreciada pelo judiciário.

Destarte, a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance vem corrigir estas injustiças, através do juízo de probabilidade dos julgamentos em casos análogos.

Via de regra, a responsabilidade do advogado é contratual e no âmbito judicial sua obrigação é de meio. Submete-se ao Código de Defesa do Consumidor, desde que a norma não seja contrária ao Estatuto da Advocacia. Assim, o advogado deverá ter os conhecimentos medianos e zelo para saber lidar com as causas, o que se espera de qualquer profissional do direito.

O caso clássico da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é aquele onde o patrono deixa o prazo para o recurso transcorrer, perdendo a oportunidade de recorrer. É inegável que tal situação retira do cliente a chance de ter o recurso reexaminado na segunda instância. Tais chances são irrecuperáveis e jamais se saberá qual seria o desfecho deste processo. Por isto o juízo de probabilidade é fundamental, se feita uma pesquisa na jurisprudência e doutrina, o cliente constatar que não teria êxito naquele recurso inexistente, não poderá cogitar a responsabilidade do patrono pela perda de uma chance, pois, de fato, chance alguma existia.

Atuando de forma equivocada, com culpa ou dolo, e ocasionando a perda de uma chance séria e real do cliente, o advogado deve ser civilmente responsabilizado, devendo ressarcir o prejuízo causado pela desídia, sendo que este *quantum* jamais será o valor do direito esperado pelo cliente, se assim fosse teríamos um caso clássico de responsabilidade civil, o que não seria justo para o patrono, conforme dito alhures.

A técnica para apurar o valor da indenização na perda de uma chance é única e pouca utilizada por nossa jurisprudência. A correta mensuração da perda de uma chance consiste na determinação de qual seria a vantagem obtida se a chance não fosse perdida, em um segundo momento, multiplicaria este valor pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em razão da negligência do advogado. Assim, o resultado seria o *quantum* a ser indenizado.

Portanto, o magistrado que analisar a responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, terá que fazer um retrospecto onde houve a falha do causídico, ao proferir a sentença deve analisar o caso concreto, levantando qual era

o percentual matemático de êxito que a chance perdida tinha, e na sequência, fazer incidir este índice sobre o resultado esperado. A doutrina italiana prega que o advogado só seria responsabilizado civilmente pela perda de uma chance quando a suposta vítima demonstrasse que havia a possibilidade de conseguir uma vantagem e esta deveria ter a probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento), com base em estatística. Mas, este não deve ser o único critério, deve analisar-se o caráter extraordinário da chance, ou seja, mesmo que a possibilidade de êxito seja pequena, deve ser considerada séria se a vítima gozava de uma chance rara, ou mesmo única. Outro fator seria o tempo entre o evento danoso e o momento que a chance seria efetivamente usufruída. Se for aproveitada somente dali alguns anos, não será possível definir se a vítima ainda iria usufruir da chance, ou se esta ainda seria útil. Outro fator de suma importância é o comportamento da vítima em relação à chance perdida. A oportunidade deve ser útil para a vítima, sendo que esta deve demonstrar que estava preparando-se para usufruir aquela expectativa. Caso não ficar demonstrado o interesse, não deverá se considerar como chance séria e real, para evitar o oportunismo dos processos judiciais.

A teoria da perda de uma chance não se encontra positivada no ordenamento jurídico, no entanto, vem sendo aplicada em nossa jurisprudência, todavia, alguns julgados merecem críticas por não aplicar a teoria de forma correta.

Conforme ficou claro ao longo desta dissertação, a seriedade da chance perdida é fundamental para a definição se houve a responsabilidade civil. No entanto, há julgados que não levaram isto em consideração, ou se levaram, concederam a indenização mesmo se tratando de chances remotas. Outros julgados reconheceram a perda de chance, que no caso tinha natureza patrimonial, mas ao julgar condenam em danos morais. O erro na quantificação também é comum, geralmente concede ao cliente a integralidade do resultado.

Porém, salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça vem uniformizando a aplicação da teoria da perda de uma chance de forma exemplar, merecendo destaques alguns julgados que seguem nos anexos. Tais decisões acatam perfeitamente a teoria da perda de uma chance, verificando a seriedade das chances e a quantificação conforme a técnica própria.

O principal escopo aqui buscado foi contribuir para a evolução da teoria da perda de uma chance na advocacia, auxiliando clientes e advogados, mostrando quais os caminhos que o cliente possui para se recompor de um eventual dano

causado pelo patrono e, por outro lado, as possibilidades de defesa do causídico, o qual em muitas situações não causou a perda de uma chance, nada devendo a título de indenização ao cliente.

REFERÊNCIAS

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

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo de Couto. **Apontamentos de metodologia para a ciência de redação científica.** 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

_____. **Os novos parâmetros da responsabilidade civil e as relações sociais.** Franca: Ed. UNESP, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Comentários ao código de proteção ao consumidor.** Coletânea coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

BENNET, Walter. **O mito do advogado: reavivando ideais da profissão de advogado.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a Prescrição Quinquenal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 8 jan. 1932. p. 371. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. p. 1. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%205.869-1973?OpenDocument>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre proteção do consumidor, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.078-1990?OpenDocument>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.906-1994?OpenDocument>. Acesso em: 5 mar. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000378&dt_publicacao>. Acesso em: 9 jun. 2015.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CLEMENTE, Alexandre Shimizu. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance** : aspectos constitucionais e análise jurisprudencial. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 2.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

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

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro** : teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 55, p. 120-151, jul. 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

GUIMARÃES, Janaina Rosa. Perda de uma chance. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, ed. 37, p. 70-82, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB**. Brasília, DF: Jurídica, 1994.

_____. Responsabilidade civil do advogado. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 132-133, 2000.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito, 2013.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70005473061main_res_juris>. Acesso em: jan./jul. 2015.

ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p.45-60. jan./jun. 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do992.07.026794-3>>. Acesso em: 25 jan./jul. 2015.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Galdino Flavio de. **A responsabilidade civil do advogado**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Universidade de Franca, Franca, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traté de droit civil**. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade civil do advogado**. Rio de Janeiro: Seleções Jurídicas. 2002.

ANEXOS

ANEXO A RECURSO ESPECIAL Nº 1.079.185

RECURSO ESPECIAL Nº 1.079.185 - MG (2008/0168439-5) RELATORA :
MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : ALDEIR BATISTA DE AGUILAR
ADVOGADO : EVELYN MARIA PEREIRA SANTA BÁRBARA - DEFENSORA
PÚBLICA E OUTROS RECORRIDO : ANTÔNIO ABDALA JÚNIOR ADVOGADO :
HENRIQUE DINIZ ABDALA E OUTRO(S) 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
frusta as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da
probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se
trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem
tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse
êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos
danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os
danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o
dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso
especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão
recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange
todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. ACÓRDÃO Vistos,
relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do
Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas
constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos
termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei

Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 11 de novembro de 2008(data do julgamento). MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora

ANEXO B RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.180

RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.180 - RS (2010/0068537-8) RELATOR :
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : MANFREDO ERWINO
MENSCH ADVOGADO : MANFREDO ERWINO MENSCH (EM CAUSA PRÓPRIA)
RECORRIDO : ONOFRE DAL PIVA ADVOGADO : DEMETRYUS EUGENIO
GRAPIGLIA INTERES. : PEDRO ALEXANDRE MENSCH EMENTA
RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA
CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO
CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE
INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA
RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à
responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de
lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda
da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se
alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance -
desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é
considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao
perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos
acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de
responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como
negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não
experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance"
devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais
possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do
causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a
contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que
enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma
chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se

supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Dr(a). DEMETRYUS EUGENIO GRAPIGLIA, pela parte RECORRIDA: ONOFRE DAL PIVA Brasília (DF), 16 de novembro de 2010(Data do Julgamento) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator.

ANEXO C AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.911

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.911 - RS (2010/0208503-0)
RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA AGRAVANTE : ADELAR JOSÉ DRESCHER ADVOGADO : PAULO RICARDO DORNELLES DA SILVA E OUTRO(S) AGRAVADO : UNIÃO EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal. 2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação. 3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92). 4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos. 5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo

de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 17 de março de 2011(data do julgamento). Ministro Castro Meira Relator.

ANEXO D RECURSO ESPECIAL Nº 788.459

RECURSO ESPECIAL Nº 788.459- BA (2005/0172410-9) RELATOR :
MINISTRO FERNANDO GONÇALVES RECORRENTE : BF UTILIDADES
DOMÉSTICAS LTDA ADVOGADO : JOÃO BATISTA LIRA RODRIGUES JUNIOR E
OUTROS RECORRIDO : ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS ADVOGADO :
CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS EMENTA RECURSO
ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM
PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento,
em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez
que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos
índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da
prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que
razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso
conhecido e, em parte, provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos,
acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na
conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer
do recurso especial e dar-lhe parcial provimento. Os Ministros Jorge Scartezini, Barros
Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro Aldir
Passarinho Junior. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.
Brasília, 8 de novembro de 2005 (data de julgamento). MINISTRO FERNANDO
GONÇALVES, Relator. RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9)
RELATÓRIO O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Cuida-se de ação
de indenização proposta por ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS, perante a
1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF
UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA, empresa do grupo econômico "Sílvio Santos",
pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente
havido quando de sua participação no programa "Show do Milhão", consistente em
concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um
milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder
corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais. Expõe a

petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como "pergunta do milhão", não respondida por preferir salvaguardar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo. O pedido foi acolhido quanto ao dano material, sob o fundamento de que a pergunta nos termos em que formulada não tem resposta. Foi, então, condenada a empresa ré ao pagamento do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) com acréscimo de juros legais, contados do ato lesivo e verba de patrocínio de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Houve apelação por parte da BF Utilidades Domésticas Ltda, que teve provimento negado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, consignando o acórdão, relatado pela Desembargadora RUTH PONDÉ LUZ, a seguinte ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA SOB ARGUMENTO DE COMPORTAR RESPOSTA A ÚLTIMA PERGUNTA FORMULADA À APELADA NO PROGRAMA DE TELEVISÃO DO SBT - "SHOW DO MILHÃO". ARGÜIÇÃO DE POSSIBILIDADE VERSUS PROBABILIDADE DO ACERTO DA QUESTÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO DA APELANTE NO PAGAMENTO DO VALOR COMPLEMENTAR AO PRÊMIO (R\$ 500.000,00), À TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, COM BASE NO "CRITÉRIO DA PROBABILIDADE" DO ACERTO. ARGÜIÇÃO DE CARÊNCIA DE PRÊMIO PORQUE NÃO VERIFICADA A CONDIÇÃO SUSPENSIVA COM ARRIMO NO ART. 118, DO CÓDIGO CIVIL/1916. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO. CONSTATADA A IMPROPRIEDADE DA PERGUNTA EM RAZÃO DE APONTAR COMO FONTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO NA CARTA MAGNA DE PERCENTUAL RELATIVO A DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE O TERRITÓRIO BRASILEIRO. EVIDENCIADA A MÁ FÉ DA APELANTE. CONDENÇÃO EM REPARAÇÃO DE DANOS COM BASE NO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO . Reza o art. 231, caput, da Constituição Federal: "São reconhecidos aos índios sua organização

social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens." (fls. 51/52) Embargos de declaração rejeitados (fls. 58/59). No especial interposto a empresa, com arrimo nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, aponta violação aos arts. 118 e 1.059 do Código Civil de 1916, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta ser descabida a condenação no importe relativo ao prêmio máximo, porquanto a recorrida fez opção por não responder à última pergunta, não ocorrendo, em consequência, qualquer dano apto a justificar o ressarcimento a título de lucros cessantes. Aduz ainda que, mesmo na hipótese de questionamento susceptível de resposta adequada, haveria apenas simples possibilidade de êxito, devendo, em consequência, a ação ser julgada improcedente ou, alternativamente, reduzido o valor da indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) que melhor traduz a perda da oportunidade. Contra-razões às fls. 70/73. Não admitido o recurso, foi o agravo de instrumento interposto convertido no presente especial, na forma do art. 544, § 3º, segunda parte, do Código de Processo Civil. É o relatório. RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9) VOTO O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR): Trago à colação parte do acórdão recorrido, verbis: "A pergunta a seguir transcrita, objeto de discussão no processo, é mais uma vez repetida, agora na petição de recurso: "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: 1 - 22% 2 - 02% 3 - 04% 4 - 10% (resposta correta" Ora, como bem afirma a ilustre Juíza a quo na sentença recorrida "A pergunta, é óbvio, não deixa a menor dúvida de que refere-se a um percentual de terras que seria reconhecido pela Constituição Federal como de direito pertencente aos índios." Assim sendo, não tem cabimento a irresignação da recorrente quanto a ter a a quo concluído no sentido de ser a pergunta "irrespondível", afirmando tratar-se de pergunta complexa que demanda raciocínio veloz do candidato, porque na Constituição Federal não há consignação de percentual relativo a percentagem de terras reservadas aos índios [...]. [...] Como bem salienta a Magistrada na decisão: "... a pergunta foi mal formulada, deixando a entender que a resposta correta estaria na Constituição Federal, quando em verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa. E isso não se trata de uma "pegadinha", mas de uma atitude de má-fé, quiçá, para como diz a própria acionada, manter a "emoção do programa onde ninguém até hoje ganhou o prêmio máximo." (fls. 53/54) Impende, feito o esclarecimento acerca do ponto em que se baseia a controvérsia, consignar que o tema

relativo ao art. 118 do Código Civil (malgrado a referência, por equívoco, do despacho do em. Presidente do Tribunal a quo negando seguimento ao especial, ao art. 188 deste diploma) não foi objeto de debate e decisão na instância originária, sendo, portanto, por falta de prequestionamento, vedado ao Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a eventual verificação da condição suspensiva. Como destacam jurisprudência e doutrina, não se pode verificar a correta interpretação e aplicação de determinada norma legal, se a causa não foi apreciada pelo acórdão "com base na matéria e nos dispositivos aduzidos pelo recorrente especial". Para que a Corte "possa analisar se as instâncias ordinárias interpretaram com acerto as normas nacionais ditas violadas pelo recorrente, efetivamente, como consectário lógico, o decisum impugnado deve ter adotado como motivação o conteúdo normativo dos dispositivos invocados como desrespeitados". (Breves Apontamentos sobre o recurso especial - JOSÉ SARAIVA - Instituto Capixaba de Estudos - ICE - vol. II - 1ª edição - pág. 494. No mais, prequestionada que foi a letra do art. 1059 do Código Civil, o ven. acórdão, ressaltando haver a pergunta ter sido mal formulada, pois, ao contrário da Enciclopédia Barsa, de onde foi extraída a indagação, a Constituição Federal, em seu art. 231, não indica qualquer percentual relativo às terras reservadas aos índios (não incidindo no ponto a súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça, pois o julgado, mencionando o dispositivo constitucional relativo às terras indígenas, nele não se apóia), expõe: "No que pertine à condenação em perdas e danos, bem analisada a questão na irretocável sentença, com fundamento no art. 1059 do Código Civil, vigente à época do ajuizamento da demanda. Afirma a ilustre Magistrada no decisum : "As perdas e danos, conforme dispõe o art. 1059 do Código Civil vigente à época do ajuizamento da demanda, abrangem, além do que o prejudicado efetivamente perdeu, o que razoavelmente ele deixou de lucrar. Tratando do tema da perda de uma chance, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES aduz que: "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 numa 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 na sua realização". (Curso de Direito Civil, vol. II, 5ª ed, pág. 375/376). Cotejando-se esse entendimento com o disposto no referido art. 1059 do CC, constata-se que no caso em exame a autora deve ser indenizada em lucros cessantes, consistentes no benefício

cuja chance perdeu de obter, mas que poderia ter obtido segundo o critério da probabilidade, ou seja, caso a resposta à pergunta formulada estivesse realmente inserida na Constituição Federal, autora teria tido a chance de responder corretamente e somar mais R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao seu prêmio. Em outras palavras, é o valor que, segundo o curso normal do jogo, a autora poderia ter obtido, caso a conduta lesiva da ré não tivesse ocorrido." Portanto, verifica-se acertada a condenação da apelante no pagamento da complementação do prêmio, ante o possível acerto pela autora da questão formulada no programa, que deixou de ser respondida, forçosamente, em razão de sua má elaboração, ensejando a privação da oportunidade da apelada alcançar o prêmio final, de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)." Firma mais o acórdão a tese do direito ao ressarcimento na letra do art. 879 do Código Civil de 1916, porquanto, no caso, a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor que deverá responder por perdas e danos, apoiando-se - ainda na denominada teoria da perda de chance, sobre a qual, além de MARIA HELENA DINIZ, pronuncia-se SÍLVIO DE SALVO VENOSA: "Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento. [...] Caio Mário da Silva Pereira [...] observa: "É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder situar-se na certeza do dano." Vimos, no capítulo inicial deste volume, que a denominada "perda de chance" pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Não há dúvida de que, de futuro, o legislador irá preocupar-se com o tema, que começa a fluir com maior freqüência também em nossos tribunais. [...] Também, como anota a doutrina com insistência, o dano deve ser real, atual e certo. Não se indeniza, como regra, por dano potencial ou incerto. A afirmação deve ser vista hoje com granum salis, pois, ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda [...]. [...] Como afirma Jaime Santos Briz [...], "entre um extremo e outro cabe uma graduação que haverá de se fazer, em cada caso, com critério equitativo distinguindo a mera 'possibilidade' da 'probabilidade', e tendo em conta que talvez em algum caso seja indenizável a mera 'possibilidade', se bem que em menor quantidade do que a 'probabilidade', base dos lucros cessantes propriamente ditos". Em muitas oportunidades, ao ser concedida 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 [...]. [...] A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade." Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta "irrespondível", não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do quantum perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar. É, aliás, o que vem realçando a jurisprudência deste Tribunal, verbis: "DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NÃO ENTREGUE. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I - A expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", constante do art. 1.059 do Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. II - Devidos, na espécie, os lucros cessantes pelo descumprimento do prazo acertado para a entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda. " (RESP 320.417/ RJ, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 20.05.2002) No mesmo sentido: AGA 186.836/SP, DJ de 23.09.1999, e RESP 121.176/BA, DJ de 15.03.1999. Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão". Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais). Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão.

Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma "probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9) VOTO O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: 1. Sr. Presidente, primeiro, afasto a invocação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, porquanto não vejo, na espécie, fundamento autônomo do acórdão recorrido que não tenha sido abordado no recurso especial. Na verdade, pelo que deparei, a fundamentação é una; não há, portanto, mais de um fundamento suficiente, e o recurso não tenha abrangido todos eles. Considero, ainda, que na questão de mérito, enfocada na decisão recorrida, não há necessidade, também, do reexame de matéria fático-probatória, uma vez que a Turma está, neste momento, apanhando os fatos tal como delineados pelas Instâncias Ordinárias. Estou de acordo com V. Exa., já abordando a questão de fundo, entendendo que, realmente, a indenização não pode ser tal como pretende a autora, ou seja, o prêmio total de 1 milhão de reais, porque isso somente ocorreria se ela tivesse acertado a pergunta formulada no programa. A lei estabelece claramente que os lucros

cessantes abrangem o que razoavelmente o interessado deixou de lucrar. É a regra do art. 1.059 do Código Civil de 1916. Então, a meu ver, está bem claro que os 500 mil restantes não são devidos. A solução que V. Exa. propõe, admitida de maneira alternativa pela ré, é a que me parece a mais correta e adequada. Penso que compõe, neste quadro todo, a indenização que a parte faz jus, proporcional à perda que ela teve com a má elaboração da pergunta, uma vez que na verdade, o que ocorreu foi a pergunta mal formulada. Por essas razões, estou de pleno acordo com o voto de V. Exa. 3. Conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para reduzir a indenização a 125 mil reais. CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA Número Registro: 2005/0172410-9 REsp 788459 / BA Números Origem: 200401814254 3329672003 3679732004 899381802 PAUTA: 03/11/2005 JULGADO: 08/11/2005 Relator Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES Ministro Impedido Exmo. Sr. Ministro : ALDIR PASSARINHO JUNIOR Presidente da Sessão Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS Secretária Bela. CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK AUTUAÇÃO RECORRENTE : BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA ADVOGADO : JOÃO BATISTA LIRA RODRIGUES JUNIOR E OUTROS RECORRIDO : ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS ADVOGADO : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS ASSUNTO: Civil SUSTENTAÇÃO ORAL DR. JOÃO BATISTA LEMOS, pelo Recorrente. DR. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO, pela Recorrida. CERTIDÃO Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 08 de novembro de 2005 CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK Secretária.