



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ÉRICA DE ARAÚJO SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA
PERDA DE UMA CHANCE**

Salvador
2015

ÉRICA DE ARAÚJO SOUZA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA
PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

ÉRICA DE ARAÚJO SOUZA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015.

Aos meus pais e avós pelo apoio, estímulo, e horas de dedicação, que só refletem o amor incondicional inteiramente a mim dedicado todos os momentos da minha vida. Serei eternamente grata.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por estar presente em todos os momentos da minha vida, sendo a minha primeira fonte de força para superar os obstáculos, concluir etapas e alcançar meus objetivos.

Agradeço à minha mãe, Elenluci Argolo de Araújo Souza, por ser meu exemplo de força, capacidade e independência, me ensinando a sempre empenhar esforços para alcançar os melhores resultados. Ao meu pai, Almerindo de Jesus Souza Junior, por todo cuidado, tranquilidade, calma e paciência. Agradeço aos meus avós, Fidelis Pereira de Araújo e Nildete Argolo de Araújo, por toda a dedicação, cuidado e apoio que sempre me dedicaram. Agradeço, especialmente, ao meu irmão, Felipe de Araújo Souza, presente que a vida me deu, pelo carinho, sorrisos e abraços mais sinceros da minha vida. Te amo irmão. Minha Família, vocês são a minha fortaleza, segurança e certeza de que não estou só nesta caminhada.

Agradeço também a todo o corpo docente da Faculdade Baiana de Direito, essenciais à minha formação, mas, principalmente, ao professor Mauricio Requião, pela colaboração na elaboração deste trabalho.

Agradeço aos Advogados do Escritório Pamponet, Diniz, Silvany e Chagas, por me mostrarem o verdadeiro exercício da advocacia, oportunizando e acompanhando meu amadurecimento profissional e pessoal. Meu especial agradecimento ao Advogado Renato Diniz da Silva Neto, por ser exemplo não apenas de profissional, mas de líder nato e por me contagiar pelo amor à advocacia. À Advogada Luisa Andrade Leal Passos, supervisora e amiga, pela humildade de compartilhar seus conhecimentos, pela amizade construída ao longo destes anos e pela colaboração na conclusão do presente trabalho.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos por todas as palavras de carinho e incentivos, por entender a minha ausência em alguns momentos e pelo apoio constante. A presença de vocês engrandece as conquistas atingidas na minha vida.

RESUMO

A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance é matéria que fomenta grande debate no âmbito jurídico, o que motiva divergências quando da sua aplicação. Além disso, atualmente, se visualiza um aumento excessivo de prestadores de serviços jurídicos, muitas vezes despreparados tecnicamente ou sem a percepção necessária da importância do exercício da profissão. A desídia do advogado quando do exercício de sua atividade pode causar uma situação de extrema gravidade àquele que o busca para defender seus direitos perante o judiciário. Diante da relevância do assunto e das inúmeras confusões de conceitos constantes em decisões judiciais ao aplicar a teoria da perda de uma chance, o tema merece atenção e estudo, no intuito de harmonizar conceitos e definir parâmetros relativos à melhor aplicação da teoria. A abordagem deste tema é extremamente pertinente para comunidade jurídica, objetivando que aqueles advogados que prestam de forma deficiente e descuidada as suas atividades sejam devidamente responsabilizados. Outrossim, serão retratados os parâmetros passíveis de aplicação às condutas capazes de causar danos e, conseqüentemente, ensejar indenização. Desta forma, o presente trabalho avalia os aspectos indispensáveis à reparação civil decorrente da perda de uma chance frente a atuação culposa do patrono.

Palavras-chave: responsabilidade civil; advogado; perda de uma chance; culpabilidade; dano; indenização; chance séria; chance real.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.2 PRESSUPOSTOS	14
2.2.1 Conduta	14
2.2.2 Dano	15
2.2.3 Nexo de Causalidade	16
2.3 CAUSAS EXCLUDENTES	18
2.3.1 Culpa da vítima	18
2.3.2 Fato de terceiro	19
2.3.3 Caso fortuito e força maior	20
2.3.4 Cláusula de não indenizar	21
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO	23
3.1 O ADVOGADO E A RESPONSABILIDADE NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO	23
3.2 NATUREZA JURÍDICA	26
3.2.1 Contratual ou Extracontratual	27
3.2.2 Objetiva ou Subjetiva	29
3.2.3 Obrigação de Meio ou Obrigação de Resultado	32
3.3 ÔNUS PROBATÓRIO	34
4. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	38
4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	38
4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	41
4.2.1. Danos Emergentes	45
4.2.2 Lucros Cessantes	46
4.2.3 Dano Moral	47
4.2.4 Dano Autônomo decorrente de Chance Perdida Patrimonial ou Extrapatrimonial	50
4.3 REQUISITO PARA EXISTÊNCIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CHANCE REAL E SÉRIA E O CRITÉRIO DA PROBABILIDADE	51

4.4 CRITÉRIOS OBJETIVOS DE QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS PATRIMONIAIS	55
5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	59
5.1 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA	60
5.2 A INCERTEZA DAS DECISÕES JUDICIAIS	62
5.3 HIPÓTESES QUE ENSEJAM A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	65
5.3.1 Ausência de Propositura de Ação	65
5.3.2 Ausência de Interposição de Recurso	70
5.3.3 Não Comparecimento em Audiência	77
6. CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de elucidar os conceitos e exemplificar as repercussões práticas a respeito da Responsabilidade do Advogado pela Perda de uma Chance.

A abordagem do tema se mostra profundamente pertinente para os advogados, vez que, adverte-lhes das consequências de uma atuação inadequada, negligente e danosa, ante a importância da atuação proba e diligente que deve reger o exercício da profissão.

Ademais, afigura-se igualmente importante àqueles cidadãos que necessitam da prestação de serviços advocatícios, na medida em que a atuação imperita do seu patrono poderá gerar danos irreversíveis, impingindo a perda de uma chance de alcançar a vantagem almejada ou evitar prejuízo, razão pela qual a escolha do advogado deve ser precedida de uma relação que transpareça competência, cuidado e segurança, de modo a prezar por uma boa e íntegra prestação dos serviços.

Em paralelo, mas não menos relevante, o trabalho em apreço se direciona aos integrantes do judiciário e aos aplicadores do direito de uma forma em geral, ao passo em que esclarece conceitos e requisitos indispensáveis à correta aplicação da teoria da perda de uma chance e, especialmente, na solução dos conflitos apresentados em juízo e que têm como partes cliente e o seu advogado.

Desse modo, o trabalho se desenvolverá a partir das indagações que circundam o tema: O advogado pode ser responsabilizado pela chance perdida do cliente? Quais são os elementos necessários para que ocorra a responsabilização do advogado? A mera conduta culposa do advogado consubstancia fundamento para a responsabilização deste?

Para tanto, o presente trabalho se inicia trazendo os aspectos gerais da responsabilidade civil, tais como: conduta, nexo de causalidade e dano, indispensáveis à compreensão do tema, passando-se à análise pormenorizada das características próprias da responsabilidade civil do advogado, em suas peculiaridades, a exemplo da necessidade de comprovação de culpa e dano.

Posteriormente, adentra-se ao instituído da perda de uma chance, fazendo breve relato a respeito da sua origem, assim como da sua natureza jurídica, diferenciando-a dos danos emergentes, lucros cessantes e morais, haja vista se tratar de espécie autônoma de dano, que poderá acarretar em danos decorrentes de pretensões patrimoniais ou extrapatrimoniais, a depender do caso concreto.

Por fim, unificados conceitos gerais e indispensáveis, discorre-se diretamente sobre tema em enfoque, utilizando as concepções dispostas ao longo do trabalho, trazendo alguns exemplos de condutas que podem motivar a responsabilização do advogado, realizando, inclusive, a análise de julgados dos Tribunais Pátrios, apontando a discrepância na aplicação da teoria nas decisões judiciais.

2 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA

O instituto da Responsabilidade Civil tem como objetivo precípua a reparação de danos injustos vivenciados pelos indivíduos em suas relações sociais, apresentando constante evolução ao longo dos anos, haja vista a necessidade de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e a contínua complexidade das relações firmadas pelo homem moderno.

O surgimento da concepção de responsabilização do indivíduo que causou dano a outrem surgiu nos primórdios da civilização. Contudo, naquele período, o modo utilizado como indenização era a vingança, caracterizada pelo comportamento conjunto de um grupo contra o causador do dano direcionado a um de seus integrantes.

De acordo com os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 47), nos primórdios da humanidade, ainda não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a reação “imediate, instintiva e brutal do ofendido”, não havendo regras, nem limitações. Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a “vindita mediata”, que resultou na pena de talião, do “olho por olho, dente por dente”.

Leciona a autora Maria Helena Diniz (2011, p. 26) que na reação individual, ou seja, na vingança privada, os homens faziam justiça com as próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, reparando-se mal pelo mal.

Após este período de vinganças, fossem elas coletivas ou individuais, instituiu-se a forma de composição com o autor da ofensa, esta se dava através do pagamento de uma quantia em dinheiro relativo ao dano causado. Extinguiu-se a justiça com as próprias mãos, passando o poder ao Estado para que este tarifasse e exigisse as indenizações devidas em decorrência do dano sofrido pela vítima.

Conforme sustentam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 54), neste momento se vislumbra uma evolução nítida do instituto da responsabilidade civil, ao conceber a possibilidade de composição patrimonial entre vítima e ofensor, evitando-se, a partir de então, a aplicação da pena de Talião. Deixou-se de impor que o autor de um dano sofresse as consequências deste em seu próprio corpo, passando a vítima a receber uma importância em dinheiro ou outros bens.

Ainda acompanhando a evolução histórica da responsabilidade civil, tem-se como marco essencial a edição da *Lex Aquilia* que passou a determinar que o patrimônio do lesante suportasse o valor da reparação necessária. A grande virtude e inovação da Lei Aquiliana foi a

substituição das multas fixas por multas proporcionais à dimensão do dano causado.

Neste diapasão, a edição da *Lex Aquilia* permitiu um salto histórico ao conceber a culpa como elemento da responsabilidade civil. Esta nova concepção se colocou contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo-se a ideia de pena corporal e a substituindo, gradualmente, pela ideia de reparação do dano sofrido. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 56)

A mencionada lei também trouxe a concepção de distinção entre a culpa contratual e a culpa delitual, disseminando a ideia de responsabilidade civil fundada em culpa, sistema que foi posteriormente positivado pelo Código de Napoleão e influenciou diversas legislações do mundo, inclusive a brasileira.

Pontua Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 48) que, pouco a pouco, ocorreu o aperfeiçoamento das ideias românicas incentivadas pelo direito francês, estabelecendo-se um princípio geral de responsabilidade civil que passou a preceituar o direito a reparação sempre que estivesse presente o elemento culpa.

Ocorre que, após algum tempo e a conseqüente complexidade das relações vivenciadas entre os indivíduos, surgiu a necessidade de formular uma nova teoria na qual houvesse uma indenização por danos, mesmo sem a constatação do elemento culpa nos casos concretos.

Como bem expõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 56), a teoria clássica da culpa não conseguia mais satisfazer todas as necessidades da vida comum, tendo em vista o imenso número de casos concretos em que os danos se perpetravam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento culpa.

Tal concepção deu ensejo a uma nova objetivação da responsabilidade, criada sob a ideia de que todo risco deve ser indenizável, visando garantir proteção jurídica à pessoa humana contra a insegurança material, causando uma ampliação da concepção de que todo dano deve ter um responsável.

Contudo, insta salientar que o surgimento da responsabilidade objetiva não significou o fim da responsabilidade subjetiva (dependente da identificação de culpa), fazendo com que tanto a primeira como a segunda subsistisse, convivendo simultaneamente nos ordenamentos jurídicos. Confirmam tal entendimento os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 56), ao afirmarem que a teoria da responsabilidade objetiva passou a ser amparada nas legislações mais modernas, sem desprezo da teoria tradicional da culpa.

Desta forma, fundamenta-se a responsabilidade civil na ideia de culpa, porém, em sendo esta insuficiente para atender as imposições do progresso, poderá o legislador fixar

casos específicos em que deve ocorrer a obrigação de reparar independente da culpa.

Este foi o posicionamento adotado pelo sistema jurídico brasileiro, o qual manteve a teoria subjetiva, preservando a necessidade da constatação de culpa, sem a qual inexiste a obrigação de reparar o dano e, somente em caráter excepcional, alguns dispositivos admitem a aplicação da responsabilidade objetiva. (GONÇALVES, 2014, p. 49)

Assim sendo, hodiernamente, pode-se entender que a Responsabilidade Civil, em seu sentido etimológico, exprime a ideia de obrigação, encargo ou contraprestação, ao tempo que em seu sentido jurídico, não foge a esta premissa, já que designa o dever de que alguém tem que reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.

Lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 53) no sentido de que a noção jurídica de responsabilidade atual “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente” viola uma norma jurídica preexistente, podendo ser ela norma contratual ou legal, subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato, consubstanciado no dever de reparar o dano causado.

Portando, a responsabilidade indica a circunstância daquele indivíduo que, por algum motivo, deve responder pelo prejuízo de um evento danoso. Desta forma, atualmente, se fala em três funções da responsabilidade civil, a primeira exprime o conceito de compensação do dano da vítima, a segunda de punição do ofensor e a terceira a desmotivação da conduta lesiva. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 65)

Ressalta-se que, nos casos de responsabilidade subjetiva, o agente poderá exonerar-se deste dever de indenizar se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano, aliada tal exoneração às hipóteses excludentes da responsabilidade civil, sendo esta última conjectura apta para elidir, também, a responsabilidade objetiva.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, apresenta os elementos indispensáveis à configuração da Responsabilidade Civil, nos seguintes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Depreende-se da simples leitura do dispositivo transcrito anteriormente que o instituto da responsabilidade civil exige, via de regra, basicamente, a presença de três pressupostos, quais sejam: (i) uma ação ou omissão voluntária; (ii) a ocorrência de um dano; e, por fim, (iii) o nexo causal entre ambos.

Apresentada a matéria introdutória referente à evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro, cumpre identificar os pressupostos necessários a sua perfectibilização.

2.2 PRESSUPOSTOS

Desta forma, feita a introdução da responsabilidade civil, passa-se a discorrer a respeito dos pressupostos básicos e necessários à configuração desta nos casos concretos. Importa salientar que não cumpre o presente trabalho trazer um estudo exaustivo a respeito do tema geral da responsabilidade civil, mas sim as noções gerais indispensáveis à compreensão do tema, qual seja: a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.

2.2.1 Conduta

Conforme anteriormente mencionado, para que se possa configurar a responsabilidade civil, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos essenciais, ora denominados como pressupostos da responsabilidade civil.

O artigo 186¹ do Código Civil brasileiro exige a verificação da conduta qualificada para que se possa imputar a outrem o dever de indenizar, portanto, tem-se como primeiro elemento da responsabilidade civil a conduta apta a configuração da obrigação de reparar dano.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2011, p. 53) traz os elementos qualificadores da conduta humana constitutiva da responsabilidade civil, tratando esta como “o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável” que cause dano, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Considerando que a ação ou omissão humana voluntária são pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, tal conduta deve ser analisada em seus aspectos positivos ou negativos, guiados pela vontade do agente, que causa dano ou prejuízo a outrem. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 73)

Complementando o entendimento a respeito da voluntariedade do ato perpetrado pelo agente, faz-se oportuna a transcrição do entendimento asseverado pelos autores anteriormente referidos, nos seguintes termos:

A voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entende-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

Desta forma, a conduta humana pode ser entendida como todo ato voluntário e imputável, incluídos aqueles praticados com negligência, imperícia e imprudência, ou ainda omissões daquele que tinha o dever de agir, mas não o fez. Não se exige necessariamente a intenção de causar dano, mas, sim, a consciência daquilo que se está fazendo.

Assim como o elemento culpa, a ilicitude do ato não é pressuposto essencial à conduta humana, haja vista existir a possibilidade de se identificar o dever de indenizar a vítima de determinado dano em decorrência de prejuízos causados por atos lícitos e não culposos.

Basta, portanto, a ação comissiva ou omissiva do agente, voluntária, ilícita ou lícita, apta e suficiente a causar danos a outrem.

2.2.2 Dano

Ressaltada a importância da conduta humana qualificada, passa-se a análise do segundo elemento necessário à identificação da responsabilidade civil, qual seja, a existência de dano.

A análise de tal elemento é de extrema importância na teoria da responsabilidade civil, na medida em que, para configuração desta, não basta a existência da conduta humana qualificada, vez que essencial a identificação do dano, sem o qual não haverá dever de indenizar. Isto porque, a obrigação de ressarcir não poderá se concretizar se não houver nada para reparar.

Brilantemente conclui o doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 92), segundo o qual “daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar”.

Não se pode deixar de vislumbrar a existência de dois grandes grupos tidos como modalidades de danos passíveis de reparação. São estes: (i) os extrapatrimoniais e (ii) os patrimoniais.

Os danos patrimoniais são aqueles em que se verifica o prejuízo experimentado no próprio patrimônio financeiro da pessoa prejudicada, em sua universalidade de bens jurídicos de natureza e mensuração econômica. Daí se dizer que, diferentemente do dano moral, neste, a indenização deverá ter o condão de restabelecer o *status quo ante*.

Já a indenização por danos extrapatrimoniais, mesmo se traduzindo em ressarcimento pecuniário, não decorre do abalo direito à esfera econômica do ofendido. Exemplo dos danos morais que decorrem da lesão de um direito da personalidade, tal como a imagem e a honra, que causa dor, emoção, afronta e aflição física ou moral ao lesado. (DINIZ, 2011, p. 78)

Cumprindo observar que, como decorrência também da sua essencialidade, nas lições de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 92), o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontrando-se no centro da obrigação de indenizar. Não há que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não for em decorrência de um dano. Como dito anteriormente, pode existir responsabilidade sem culpa, mas não sem dano. O dever de reparar só ocorre de fato quando alguém causa dano a outrem. A obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida.

Tratando-se de elemento tão importante para percepção da responsabilidade civil, a análise da existência do dano, nos casos concretos, não é tão simples.

Especialmente diante da existência de novos paradigmas da responsabilidade civil, a análise da dimensão e quantificação de alguns danos não pode se restringir a um simples cálculo aritmético, traduzido pela fórmula da condição patrimonial do lesado antes do evento danoso subtraída pela situação patrimonial da vítima após o dano.

Neste sentido é extremamente relevante a observação feita pelo doutrinador Anderson Schreiber (2013, p. 109) a respeito da dificuldade de auferir o dano nos casos concretos, veja-se: “o desafio que, hoje, se impõe aos juristas brasileiros é justamente o de definir métodos de aferição deste merecimento de tutela.”

Portanto, o dano deve ser analisado sobre a perspectiva de efetividade e certeza, percebendo-se, porém, que tais elementos não são sinônimos de atualidade, podendo o dano ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa e previsível da conduta externada. (DINIZ, 2011, p. 82).

Tal liame renunciado se refere ao terceiro pressuposto necessário à configuração da responsabilidade civil, qual seja: o nexo de causalidade, que será o próximo objeto de estudo.

2.2.3 Nexo de Causalidade

Claro exemplo da sistematização do ordenamento jurídico é a existência do elemento nexo de causalidade, vez que se traduz em vínculo indispensável aos pressupostos

estudados e que conclui a ideia de responsabilidade civil do agente, ao passo em que une a ação ou omissão (conduta qualificada) e o dano perpetrado.

Assim sendo, como bem leciona Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 62), não basta que o agente tenha praticado uma conduta qualificada ou que a vítima tenha sofrido um dano, é inegavelmente necessária a existência de liame entre ambos, isto é, uma necessária relação de causa e efeito. Sintetiza ainda tal autor, a necessidade de que o ato “seja causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato”.

Para Maria Helena Diniz (2011, p. 127), “tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa”. Não se faz necessário que o dano decorra imediatamente do fato que deu ensejo, mas basta que se verifique que ausente determinado ato, inexistiria dano, devendo, portanto, o ato lesante ser condição da produção deste.

Em que pese a identificação do nexos causal se traduza como uma relação de causa e efeito atribuível a alguém, na prática, a sua efetivação não se mostra tão fácil como pode inicialmente parecer.

Isto porque, o aplicador do direito pode se deparar com situações em que existem diferentes possíveis condutas para a ocorrência do dano, fazendo com que seja necessária uma dissociação de tais comportamentos, permitindo a identificação daquele sem o qual o prejuízo não teria sido impingido à vítima.

Diante desta dificuldade, foram elaboradas teorias objetivando solucionar situações em que várias circunstâncias e elementos se apresentam diante do dano como supostos causadores. Nas lições de Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 65) a teoria da causalidade adequada é a que mais se destaca, sendo aplicada ao direito civil brasileiro a ideia de que “a causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar mais idônea para gerar o evento”.

Em oposição, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 480) afirma de forma veemente que “das várias teorias sobre o nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato” sendo esta a teoria segundo a qual a causa seria apenas o fato antecedente ao dano que ligado pelo vínculo de causalidade fosse a sua consequência direta e imediata.

A falta de uniformidade da doutrina se reflete também na jurisprudência que, por vezes, se utiliza da teoria da causalidade adequada e em outras situações adota a teoria direta e imediata.

Contudo, não obstante a divergência mencionada, interessa, inicialmente, à temática do presente trabalho de conclusão de curso, o juízo comum entre ambos os posicionamentos, qual seja, o de que o nexo causal é elemento essencial, que deverá ser obrigatoriamente identificado nos casos concretos como único elemento capaz de unir ato e dano ensejadores do dever de indenizar.

2.3 CAUSAS EXCLUDENTES

Identificados os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, interessa ao presente trabalho trazer as tradicionais e principais causas excludentes de responsabilidade civil, tendo em vista se tratarem de hipóteses aptas a afastar a obrigação de indenizar do agente, constituindo matérias que poderão ser alegadas por este, vez que a ele está sendo imputada a responsabilidade por dano suportado por outrem.

As causas excludentes da responsabilidade civil devem ser entendidas como hábeis a elidir os pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, fulminando qualquer pretensão indenizatória. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 157)

Desta forma, passa-se a análise das principais excludentes da responsabilidade civil: (i) a culpa exclusiva da vítima; (ii) o caso fortuito ou força maior; (iii) o fato de terceiro.

Por fim, será oportunamente abordada a chamada cláusula de não indenizar que, em que pese não exclua o dano, a conduta ou o nexo de causalidade, trata-se de manifestação de vontade direcionada a exclusão da responsabilidade.

2.3.1 Culpa da vítima

Extremamente importante é a hipótese de exclusão da responsabilidade civil do acusado frente ao dano decorrente da culpa exclusiva da vítima. Trata-se de situação em que, mesmo existindo o dano, quem externou a conduta humana qualificada não foi o acusado, mas, sim o próprio prejudicado.

Veja-se que, é matéria de defesa das mais estimadas ao campo da responsabilidade civil. A culpa exclusiva da vítima não apenas exclui a obrigação de indenizar aquele que foi injustamente acusado, como também impede que a vítima atribua a este o prejuízo que decorreu da sua própria conduta, evitando manifesto abuso de direito.

Conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 643), quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente causador do dano, razão pela qual deixa de existir a relação de causa e efeito (pressuposto da responsabilidade civil) entre o ato e o prejuízo. Conclui o autor que “no caso da culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo da vítima”.

Ademais, em que pese não fomente a exclusão total da culpa do agente, importa ao presente trabalho a noção de culpa concorrente, expressamente aceita no ordenamento pátrio, positivada através do artigo 945² do Código Civil, que prevê os casos em que a vítima concorre culposamente para a ocorrência do dano, devendo, portanto, ser a indenização fixada com base no confronto entre a culpa do autor e da vítima.

Nota-se que somente se houver atuação exclusiva da vítima haverá quebra total do nexo de causalidade. Havendo concorrência de culpas, ainda que não haja a completa exclusão da responsabilidade civil do autor, a indenização deverá ser, em regra, mitigada na proporção da atuação de cada sujeito. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p.172)

Desta forma, tal hipótese de defesa, a um só tempo exime o acusado, total ou parcialmente, do dever de indenizar, como também afasta a possibilidade de perpetuar injustiças, ao passo em que evita que o prejudicado atribua as consequências negativas da sua própria atitude lesante a terceiro que não contribuiu, no todo ou em parte, para ocorrência do dano suportado.

2.3.2 Fato de terceiro

Relembrando o quanto já exposto, a conduta praticada apta a ensejar a responsabilidade civil tem de ser aquela suficiente a causar os danos à vítima, em contrapartida, o dano deve também ser necessariamente decorrente da conduta praticada.

Isto posto, deve-se entender o fato de terceiro como excludente da responsabilidade civil, sob a ótica da ausência de nexo de causalidade. Nesta hipótese, o dano existe, foi suportado pela vítima, não decorreu da sua própria conduta, contudo, não decorreu também da conduta do acusado, sendo, em verdade, outro o agente responsável pelos prejuízos suportados pela vítima.

² Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Ressalta Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 87) que a conduta de terceiro só exclui da responsabilidade civil quando definitivamente rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima, fazendo-se necessário que este fato fulmine a relação de causalidade entre a vítima e o suposto causador do dano.

Excepcionalmente, a jurisprudência reconhece a responsabilidade mesmo diante da culpa de terceiro, a exemplo da Súmula nº 187 do STF³, que trata sobre a responsabilidade contratual do transportador pelo acidente com passageiro, onde a culpa de terceiro não elide o dever de indenizar. Contudo, mesmo nesses casos, em sendo responsabilizado o suposto ofensor, cabe a este ação regressiva contra o terceiro efetivo causador do dano, conforme previsão do art. 930⁴, do CC.

Fato é que, comprovado no caso concreto que o dano decorreu de conduta alheia a do suposto agente e imputável à terceiro, inexistente obrigação de indenizar, vez que rompido o liame necessário entre a conduta e o dano, qual seja, o nexo de causalidade.

2.3.3 Caso fortuito e força maior

Por fim, tem-se o caso fortuito ou de força maior, que consistem em fatos irresistíveis e externos a conduta do agente. Tal previsão está disposta no art. 393, do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A grande polêmica em torno de tal excludente da responsabilidade civil se respalda na tentativa da doutrina de definir a diferença entre os dois institutos.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 291) a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto por cientistas). Por sua vez, o caso fortuito se distingue por sua imprevisibilidade segundo “parâmetros do homem médio”, a ocorrência repentina e até então desconhecida deste atinge a parte, impossibilitando o cumprimento da obrigação.

³ Súmula nº 187, STF: A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

⁴ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.
Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Reconhecendo a celeuma e a inexistência de entendimento uniforme a respeito do tema, o doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 88) pacifica o assunto ao afirmar que, tanto um quanto o outro estão fora dos limites da culpa, assim sendo, ambos ocorrem quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, tendo resultado totalmente estranho a vontade do devedor da obrigação, se configurando “circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado”.

Desta forma, o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos, um objetivo e um subjetivo. O primeiro decorre da inevitabilidade do evento e o segundo da ausência de culpa na produção do acontecimento inevitável. “No caso fortuito e na força maior há sempre um acidente que produz prejuízo”. (DINIZ, 2011, p. 132)

Conclui-se que, ocorrendo o fortuito ou a força maior, a conduta a qual o agente estava obrigado fica impedida em razão de fato que não pode ser controlado pelo agente que outrora se obrigou, impossibilitando a atribuição do dever de indenizar.

2.3.4 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar resulta do acordo de vontade prévio ao dano, no qual a vítima concorda em suportar as consequências de um conjecturado evento danoso, isentando, deste modo, aquele que deveria originalmente se responsabilizar por futuros e eventuais prejuízos. Trata-se de uma “exoneração convencional do dever de reparar”. (VENOSA, 2003, p. 13)

Os efeitos consistem no afastamento da obrigação consequente ao ato danoso. “Dentro do campo de sua aplicação e nos limites de sua eficácia é uma excludente da responsabilidade”. (PEREIRA, 2000, p. 305)

Havendo a previsão de que o prejuízo causado a vítima não deverá ser reparado pelo agente que deu causa ao dano, excluída estará a responsabilidade e a obrigação de indenizar. Diferentemente das demais, nesta hipótese de excludente da responsabilidade civil não desaparece o liame da causalidade, mas a parte se desobriga de indenizar em decorrência de prévio acordo entre as partes. (DINIZ, 2011, p. 135)

Devidamente, Pablo Stoze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 176) se mostram cautelosos a respeito da aplicabilidade desta cláusula, sustentando que a cláusula de não indenizar teria lugar mais apropriado no direito civil ensinado e difundido na primeira metade do século XX, momento em que vigoravam as ideias individualistas e egoístas, contudo, nos dias de hoje, diante dos valores do solidarismo social e dos princípios constitucionais

norteadores do ordenamento jurídico, a sua aplicação deve observar certos parâmetros. Veja-se:

Para esse novo Direito Civil, mais solidarizado, subversivo dos antigos paradigmas, a cláusula de não indenizar, posto que não seja vedada pelo Código Civil, é condicionada a alguns parâmetros como a igualdade dos estipulantes e a não infringência de superiores preceitos de ordem pública. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 176)

Depreende-se do ensinamento supratranscrito, que tal cláusula não encontra aplicabilidade e eficácia diante das relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, isto porque inexistente igualdade dos estipulantes, fazendo com que a estipulação desta se traduza em clara renúncia da parte mais fraca.

Essa conclusão decorre de expressa disposição do artigo 51, I do Código de Defesa do Consumidor, que esclarece:

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;

Neste mesmo sentido assevera Maria Helena Diniz (2011, p. 135) que “para ter validade, será imprevisível a bilateralidade do consentimento, de modo que será ineficaz declaração unilateral de vontade sem anuência da outra parte”. Ainda, a cláusula de não indenizar não poderá eximir o dolo daquele que a estipulou.

Postas as noções gerais acerca da responsabilidade civil, abordados os pressupostos essenciais para a sua constituição e suas principais hipóteses excludentes, já se pode adentrar nas especificidades da Responsabilidade Civil do Advogado.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Embora o objeto deste trabalho monográfico seja o estudo de um dos aspectos da responsabilidade civil do advogado, qual seja, quando por ato comissivo ou omissivo deste seu cliente perde a chance de ter sua pretensão apreciada ou reformada pelo Poder Judiciário, é imprescindível, para a adequada compreensão do tema, examinar a responsabilidade civil do advogado de forma geral.

3.1 O ADVOGADO E A RESPONSABILIDADE NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

A própria Constituição Federal, considerada o mais importante diploma legal do ordenamento jurídico brasileiro, em seu artigo 133⁵, prevê que o advogado é profissional indispensável à persecução da justiça, assegurando a este as condições necessárias ao pleno exercício da profissão, gozando tal indivíduo de liberdade e independência, assegurada pela inviolabilidade dos seus atos e manifestações, desde que observados os limites previstos em lei.

O Código de Ética e Disciplina, em seu artigo 2º, também preceitua que o advogado é profissional indispensável à administração da justiça, defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade, da justiça e da paz social.

Ademais, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamenta a atividade profissional do advogado, em que pese imponha a este duas formalidades básicas, quais sejam, diploma reconhecido no Ministério da Educação e a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, também prevê em seus artigos 2º e 31 a garantia do livre exercício da profissão, nos seguintes termos:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

(...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

⁵ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Conclui-se, portanto, que advogado é o indivíduo graduado em reconhecido curso de Direito, devidamente inscrito na Ordem de Advogados do Brasil e que exerce a advocacia como profissional liberal ou empregado, cabendo a este a percepção de que o exercício da sua profissão extrapola a propositura de demandas processuais, o seu desenvolvimento e conclusão, significando, também, a proteção dos indivíduos de qualquer tipo de opressão, visando salvaguardar os princípios mais basilares do Direito.

João Paulo Nery dos Passos Martins (2004, p. 265) alerta que “o advogado não é mero negociante”. Sua atividade pode ser considerada “*sui generis*” ao passo em que este profissional desenvolve uma função privada, mas que tem interesses eminentemente públicos, isto porque, ao mesmo tempo que o advogado se encontra ligado ao seu cliente em decorrência de vínculo contratual, este também permanece ligado a “uma infinidade de preceitos legais e éticos” que regulam a sua conduta, “pois no desempenho da advocacia está compromissado, em primeiro lugar, com a justiça”.

Atualmente, vislumbra-se um processo de judicialização da maior parte dos problemas vivenciados em sociedade, o que gerou, indubitavelmente, uma importância cada vez maior do Poder Judiciário. De tal cenário decorreu também o crescimento proporcional da importância dos advogados, haja vista, conforme anteriormente mencionado, serem estes elementos essenciais à administração da Justiça.

Diante disto, conforme preceituam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.282), dada a importância cada vez maior de tal ofício, a possibilidade da ocorrência de danos, “seja pela utilização equivocada de técnicas inadequadas ao caso concreto ou a omissão nos deveres de defesa dos interesses do cliente”, passou a ser elemento concreto e recorrente, que não pode ser desprezado.

Neste sentido, adverte o doutrinador Rui Stoco (2011, p. 564) que embora o artigo 133, da Constituição Federal, preveja que o advogado é indispensável à administração da Justiça, não se pode esquecer que este somente será indispensável enquanto agir de forma idônea, prudente e diligente, pautando suas condutas de acordo com os princípios basilares do direito e do mandato que o constituiu.

Desta forma, o ordenamento jurídico garantiu ao advogado uma conduta irrepreensível, desde que compatível com a função social que desempenha na sociedade e em estrita observância a grandeza do encargo que exerce, utilizando-se das prerrogativas

especiais previstas em legislação geral e especial, unicamente em proveito da melhor defesa de seu cliente.

Insta salientar que, em que pese o *munus* público que lhe foi conferido pelo ordenamento jurídico, conforme prevê o parágrafo único, do artigo 4^o, do Código de Ética da OAB, o advogado não é obrigado a atuar em qualquer causa. Mas, escolhendo atuar, terá a obrigação de agir da maneira mais adequada, buscando o melhor para seu constituinte.

Compartilha do tal entendimento o autor Cássio Machado Cavalli (2007, p.23), nos seguintes termos:

O advogado somente é livre enquanto, no recôndito do seu escritório ou na via pública, decide se patrocina ou não os interesses de quem o procura. Mas, tão logo analisados os direito se patrocina ou não os interesses de quem o procurou, e acertadas as bases da remuneração pelos serviços a ser prestados, de provocação processual ou de defesa, perante Autoridades Públicas Judiciárias ou Administrativas, não mais lhe restará a liberdade de agir profissionalmente. A partir do momento em que aceita patrocinar a causa, tão-somente ocorrerá o dever de agir de acordo com os requisitos processuais e procedimentos próprios a cada espécie, com amparo no direito material preexistente expresso ou implícito.

Diante de tal faculdade, o ordenamento jurídico garante ao advogado certas prerrogativas especiais para o exercício da sua função, prerrogativas que não são, nem poderiam ser, ilimitadas. O mesmo ordenamento que lhe concede direitos, prevê responsabilidades que devem ser observadas por todos os profissionais do direito no exercício da advocacia.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 282) “tema apaixonante, relacionado à responsabilidade civil profissional, é a análise da atividade advocatícia tendo em vista que esta é o mais nobre bastião da liberdade”, na luta contra a opressão no Estado Democrático de Direito.

Desta forma, as questões relativas à responsabilidade civil do advogado, como autêntico operador do Direito, “não se traduz em seara de suave colheita, nem encontram equacionamento harmonioso na doutrina e na jurisprudência dos nossos Tribunais Pátrios”. (STOCO, 2011, p. 564)

Não se pode desconsiderar que a desídia do advogado quando do exercício de sua profissão pode vir a ter o condão de causar uma situação de extrema gravidade àquele que o busca para defender seus direitos perante o judiciário, sendo imprescindível a devida responsabilização daquele que causa danos, especialmente, diante da natureza da profissão.

⁶ Art. 4^o O advogado vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.
Parágrafo único. É legítima a recusa, pelo advogado, do patrocínio de pretensão concernente a lei ou direito que também lhe seja aplicável, ou contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente.

Neste sentido, conclui-se que, quanto mais importante e necessária a atividade da advocacia, mais presentes estão as responsabilidades dos prestadores deste serviço jurídico, circunstância que demanda uma análise mais atenta a respeito das peculiaridades da responsabilidade civil do advogado no exercício de tal atividade mandamental essencial.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Sustentam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 267) que a responsabilidade relacionada ao exercício da profissão é um dos campos mais importantes e desafiadores, o que torna necessário uma análise aprofundada para delimitação da natureza jurídica da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício profissional.

A observação feita por estes autores se exemplifica quando da análise da responsabilidade civil do advogado, haja vista a sua preceituação complexa, vez que se utiliza elementos do Código Civil e do Código de Processo Civil, do Estatuto da Ordem dos Advogados, do Código de Ética Profissional e ainda do Código de Defesa do Consumidor.

A aplicação deste último gerou, por muito tempo, controvérsia entre os aplicadores do direito, contudo, atualmente, muitos autores, a exemplo de Sergio Cavalieri Filho e Sérgio Novais Dias, entendem pela aplicação da legislação consumerista aos serviços prestados pelos advogados, guardadas as devidas ressalvas e particularidades.

Veja-se que, outro não poderia ser o entendimento, já que o Código de Defesa do Consumidor disciplina, em seus artigos 2º e 3º, as partes que figuram na relação de consumo, descrição que se afeiçoa perfeitamente à atividade prestada pelo advogado, veja-se:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Esclarece Sérgio Novais Dias (1999, p. 22) que, mesmo diante de total importância ética e social atribuída ao exercício da advocacia, sendo ela também um *múnus* público, e o advogado figura indispensável à persecução da justiça, é inegável a existência de

uma relação privada entre o advogado e o cliente que, conforme os artigos citados, figuram, respectivamente, como fornecedor e consumidor de serviços nesta relação. Desta forma, “não há lugar para dúvidas de que, à luz do nosso Código de Defesa do Consumidor, o advogado é um fornecedor de serviços, e seu cliente um consumidor desses serviços”.

O doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 470) compartilha dos mesmos ensinamentos, na medida em que, de igual forma, entende que não se pode negar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o advogado é prestador de serviços “aos seus clientes, pessoa físicas ou jurídicas”, conforme definição do art. 2º deste diploma legal.

Ademais, não se pode deixar de considerar que o legislador quando tratou expressamente da atividade desenvolvida pelo profissional liberal, fez questão de excluir-lhe a responsabilidade objetiva, o que, logicamente, demonstra que a estes são aplicadas as normas presentes naquele diploma legal, ressalvadas condições pontuais e específicas.

Entre tais ressalvas está a aplicação das sanções administrativas, previstas nos artigos 56 e 60 do CDC, na medida em que, neste particular, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil regula tais situações de forma específica, cabendo a OAB atribuir, de forma exclusiva, tais sanções aos advogados. Veja-se:

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.

Desta forma, qualquer resistência a aplicação do CDC a tais relações entre advogado e cliente “é inócua porque não há nenhuma incompatibilidade entre o Estatuto da Advocacia, o Código de Ética e Disciplina da OAB e o CDC. Antes, pelo contrário, esses diplomas legais na realidade se complementam”. Portanto, a única exceção que se aplica os profissionais liberais, a exemplo dos advogados, é a atribuição de responsabilidade subjetiva, ao invés da objetiva, conforme se verá a seguir, em decorrência da aplicação do art. 14, parágrafo 4º, do próprio Código de Defesa do Consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 471)

3.2.1 Contratual ou Extracontratual

Rememorando as premissas do capítulo anterior, aquele que infringe dever jurídico de outrem fica obrigado a reparar o dano causado. Porém, esse dever passível de

violação pode decorrer tanto de uma obrigação imposta por um dever geral do direito ou da própria lei, como de uma relação negocial preexistente oriunda de um contrato firmado entre as partes. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 61)

É com base nessa dicotomia que se qualifica a responsabilidade civil em: (i) responsabilidade contratual e (ii) responsabilidade extracontratual, classificadas de acordo com a “qualidade da violação”. A primeira se identifica quando existe um vínculo obrigacional prévio, sendo o dever de indenizar decorrente de um inadimplemento. Já a segunda se identifica quando o dever surge em decorrência de uma lesão a direito subjetivo, sem que entre o autor e a vítima exista qualquer relação preexistente. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30)

Desta forma, para verificação da responsabilidade contratual, se faz necessário que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado em momento anterior e se comprometido para o cumprimento de uma ou mais prestações das quais decorre um dever de adimplir, que se constitui, justamente, no objeto do negócio jurídico. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 62)

Maria Helena Diniz (2011, p. 304) traça perspectivas essenciais para a identificação da responsabilidade contratual, quais sejam: (i) a imprescindível existência de um vínculo contratual entre o credor e o devedor da obrigação, isto é, entre a vítima e o autor do dano, já que somente se houver contrato o credor poderá exigir do devedor o cumprimento de determinada obrigação; (ii) o necessário desrespeito do contrato, ou seja, a verificação de falta de cumprimento das obrigações contratuais; e, por fim, conforme já estudado exaustivamente, (iii) o liame de causalidade entre o dano e a inexecução do contrato, seja esta em relação a uma obrigação principal, seja em relação às suas obrigações acessórias.

No tocante a responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal sem que exista uma prévia convenção entre as partes. Inexiste vínculo jurídico anterior entre a vítima e o causador do dano, até que o indivíduo pratique o ato qualificado que cause danos a outrem. (GONÇALVES, 2014, p. 62)

A responsabilidade extracontratual traduz-se, portanto, na inobservância do agente a determinada norma jurídica ou dever jurídico de abstenção relacionado aos direitos reais ou da personalidade da vítima, vindo a causar danos.

Ainda em relação a tal dicotomia, conclui Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 31) que em ambas há uma violação do dever jurídico que surgiu anteriormente, no entanto, a distinção está “na sede desse dever”. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico

violado estiver no contrato e, diferentemente, ocorrerá responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas, sim, em lei ou ordem jurídica.

Em que pese reconheça a existência de tal diferenciação feita pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, autores como Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 21) entendem pela inexistência de funcionalidade prática de tal dicotomia, tendo em vista que, segundo este, “quem transgredir um dever de conduta, com ou sem contrato, pode ser obrigado a ressarcir o dano. O dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual”.

Não obstante a crítica anteriormente comentada, com a devida vênia, optando pela diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, cumpre sustentar a responsabilidade civil contratual do advogado que decorre tanto do instrumento de mandato outorgado pelo seu cliente, quanto do contrato firmado com este.

Ratifica tal entendimento a autora Maria Helena Diniz (2011, p. 313) ao asseverar que “o advogado deverá responder contratualmente perante seu constituinte, em virtude de mandato, pelas suas obrigações contratuais de defendê-lo em juízo ou fora dele (Lei n. 8.906/94, arts. 1º e 2º)”.

Ainda que diante do *munus* público atribuído ao advogado em decorrência do exercício da sua profissão, não se pode deixar de considerar que “o mandato judicial apresenta uma feição contratual”, o que produz uma relação privada e obrigacional. (BARREIROS NETO, 2004, p. 168)

Nos termos do artigo 667, do Código Civil Brasileiro, o advogado como mandatário “é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, e indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”.

Desta forma, ressalvada a hipótese de assistência judiciária, prevista no art. 34, inciso XII, do Estatuto da Ordem dos Advogados, a relação entre o advogado e seu cliente é, eminentemente, contratual, decorrente de instrumento de mandato e/ou de contrato de prestação de serviços, os quais podem ser, inclusive, recusados pelo advogado, situação que ratifica o entendimento de que a relação firmada entre advogado e cliente é, notoriamente, contratual.

3.2.2 Objetiva ou Subjetiva

Conforme abordado alhures, com a evolução do instituto da responsabilidade civil, abandonou-se a ideia de vingança, passando-se a ideia de culpa do autor do dano.

O Direito Civil brasileiro moderno consagrou o princípio da culpa como basilar da responsabilidade civil, abrindo, entretanto, algumas exceções para a responsabilidade objetiva, “criando um sistema misto de responsabilidade”. (ANDREASSA JUNIOR, 2009, p. 179)

Logo, a responsabilidade civil pode ser classificada como responsabilidade subjetiva ou objetiva, sendo a primeira baseada na culpa do agente, entendida por Sergio Cavalieri Filho (2014. p. 47) como “a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar” ou ainda a omissão de diligência exigível daquele que se obrigou, devendo esta ser comprovada no caso concreto para que só assim possa gerar obrigação indenizatória.

Entende-se por subjetiva, a responsabilidade que se afere diante da necessidade de verificação da culpa, ou seja, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro de tal concepção, a responsabilidade do agente causador de dano somente estará configurada se este agiu com culpa ou com dolo. (GONCALVES, 2014, p. 59)

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige a culpa como elemento essencial entre os demais pressupostos da responsabilidade civil já estudados. A conduta culposa do agente passa a ser pressuposto essencial da obrigação de indenizar, o que importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de características previamente estipuladas no ordenamento jurídico. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 463)

Já a responsabilidade objetiva, prevista do art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, determina que “haverá obrigação de reparar dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Pois bem, como se pode perceber, a responsabilidade objetiva se trata de reparação direta de danos, em decorrência de previsão legal expressa no ordenamento ou, ainda, fundada no risco da atividade exercida pelo agente. Ocorre que, de tal concepção, decorreu certa preocupação a respeito da atuação dos profissionais liberais, já que estes desempenham, em grande parte, atividades de risco, ao passo em que o exercício de determinadas profissões, como a advocacia, impingem grande potencial lesivo, “a exemplo da perda de um prazo por um advogado”. (STOLZE E PAMPLONA FILHO, 2015, p. 271)

Nesse desiderato, sanando tal controvérsia, aduz Sergio Novais Dias (1999, p. 21) que, em observância aos artigos 2º e 3º do CDC, não há dúvidas de que o advogado é um fornecedor de serviços, sendo o seu cliente consumidor destes, fazendo com que sejam a eles aplicadas as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. E, em assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor menciona especificamente o profissional liberal, excluindo-o do regime de responsabilidade civil objetiva na prestação de serviços, devendo ser analisada a possibilidade de responsabilização do profissional sempre mediante a verificação de culpa. Veja-se:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Desta forma, “o profissional liberal é gênero do qual o advogado é espécie, razão pela qual a responsabilidade do advogado é também subjetiva pelo CDC, tal como prevista no art. 32 do Estatuto da OAB.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 471).

A importância do mencionado artigo do Código de Defesa do Consumidor decorre do fato deste afirmar, categoricamente, a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, entre os quais se encontram os advogados. Note-se que, em que pese tal diploma legal consagre a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, de formal excepcional e expressa, optou por ressaltar a classificação da responsabilidade de tais profissionais, o que demonstra o caráter proposital do legislador, que não pode ser desprezado. (SOLZE E PAMPLANO FILHO, 2015, p. 273)

Como visto em momento anterior, embora parte minoritária da doutrina sustente a não aplicabilidade das normas do CDC a atividade exercida pelo advogado, essa resistência não se justifica, na medida em que inexistente qualquer incompatibilidade entre o Estatuto da Advocacia, o Código de Ética e Disciplina da OAB e o Código do Consumidor, vez que estes se complementam.

Corroborando o entendimento acima, cumpre observar que, além da própria especificidade do CDC ao tratar de tal relação profissional prestacional, a previsão contida no artigo 32, do Estatuto, prevê a responsabilidade civil do advogado somente quando este vier a atuar com culpa ou com dolo.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Em observância a tudo quanto exposto, os ensinamentos do doutrinador Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 463) asseveram que a responsabilidade do advogado é subjetiva, não lhe sendo aplicável nenhuma das muitas cláusulas gerais da responsabilidade objetiva previstas no ordenamento jurídico pátrio.

A lei estabeleceu responsabilidade subjetiva para o advogado, exatamente porque, na atividade exercida por este profissional, não se fazem presentes os requisitos que justificam a adoção da responsabilidade objetiva.

Ainda segundo as lições do jurista, é a inobservância do dever de cuidado que torna a conduta culposa, o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, “que decorre de inaptidões, deficiências próprias ou naturais”. A conduta do agente exprime um juízo de reprovabilidade por ter violado um dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas, devia e podia ter agido de outro modo.

Desta forma, conclui-se que, muito embora a responsabilidade civil do advogado seja de natureza contratual, em decorrência de mandato e/ou de contrato de prestação de serviços, o elemento culpa deverá sempre ser verificado nos casos concretos, tornando-se, aqui, de um dos pressupostos da responsabilidade civil do advogado.

3.2.3 Obrigação de Meio ou Obrigação de Resultado

A definição de obrigação de meio e de resultado é de máxima relevância para a compreensão e conclusão do presente tema monográfico. Isto porque, as obrigações de meio são aquelas em que o devedor se obriga a aplicar todos os seus conhecimentos, técnicas e esforços para a obtenção de um determinado resultado, sem, contudo, garantir o alcance do mesmo. O devedor da obrigação deverá agir da forma mais correta possível, com a máxima diligência na tentativa de obter o resultado que almeja, mas este não é garantido. (GONÇALVES, 2012, p. 192)

Diversamente, quando a obrigação é de resultado, o devedor se obriga a entregar a coisa prometida, motivo pelo qual somente se desvincula de tal obrigação no momento em que alcança o resultado pactuado. Se este devedor não alcança o resultado final conforme

estipulado, é considerado inadimplente, devendo responder por todos os prejuízos decorrentes de tal descumprimento.

Sustenta Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 467) que é de meio a obrigação do advogado, já que, ao firmar contrato com seu cliente, aceitando o representar, não se compromete com o resultado final da sua atuação. A obrigação do advogado é a de aplicar o máximo de atenção, diligência, técnica e conhecimento possíveis, sem qualquer responsabilidade sobre o sucesso ou insucesso da demanda.

Vai mais longe Rui Stoco (2011, p. 566) ao afirmar que sempre atribuir ao advogado o insucesso na demanda e a perda da ação judicial é almejar desse profissional aquilo que as normas e os princípios jurídicos não impõem, nem exigem, sendo certo e incontestável que a sua obrigação é de “propor a ação, impulsionar o processo, pedindo o que entender seja direito do seu representado” e atuar com correção, honestidade, diligência, sem medo de utilizar-se de todos os meios lícitos colocados à disposição das partes e de seus representantes.

Seguindo, ainda, o entendimento do autor mencionado (2011, p. 198), a obrigação de meio aparece em diversos tipos de contratos vinculados aos profissionais autônomos, a exemplo dos contratos de prestação de serviços de médicos, advocatícios, publicitários, entre outros. Nestes, é a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Tais atividades têm que ser desempenhadas da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, mesmo que não o êxito não seja alcançado ao final.

Por ser de meio e não de resultado, o advogado somente responde pelo erro de fato ou de direito quando este “for grosseiro, inescusável, como o não conhecimento dos mais elementares princípios de direito ou de lei vigente, desconsideração de súmulas vinculantes, adoção de interpretação reputada absurda e assim por diante”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 467)

Na visão de Maria Helena Diniz (2011, p. 313), o advogado deverá responder contratualmente perante seu constituinte, em virtude de mandato, entretanto, será preciso lembrar que pela procuração judicial o advogado não se obriga necessariamente a ganhar a causa, por estar assumindo somente uma obrigação de meio e não uma de resultado.

Não se pode deixar de observar que autores como João Paulo Nery dos Passos Martins (2004, p. 273) reconhecem que, dentre as atividades desempenhadas pelo advogado, algumas podem se caracterizar pelo atingimento do resultado.

A obrigação de resultado estaria presente em determinados atos processuais, como por exemplo, a propositura da ação dentro do prazo, a apresentação contestação de demanda

dentro do prazo prescricional, a elaboração de instrumentos contratuais, consultas e pareceres, entre outros. Em tais casos a culpa do advogado seria presumida, sem prejuízo de ser elidida através de prova em contrário.

Com o devido respeito, o presente trabalho ratifica o entendimento da doutrina majoritária anteriormente citada, já que, mesmo nos casos em que compete ao advogado o exercício de atividade determinada, como a propositura de ação dentro do prazo, a elaboração de peça processual e a correlata apresentação tempestiva, o resultado final não pode ser objeto de garantia, razão pela qual a obrigação não perde o caráter de atividade de meio.

No entanto, muito embora esse não seja esse o enfoque do presente trabalho monográfico, não se pode olvidar que, em circunstâncias diversas, especialmente na atuação consultiva, em que a atividade advocatícia se vincula à prestação de serviço específico, a exemplo da análise ou elaboração de instrumento contratual e confecção de parecer, o resultado final pretendido é a precisa e exata entrega do produto contratado, sendo, portanto, uma obrigação de resultado.

Visto isso, conclui-se que a obrigação do advogado é, preponderantemente, de meio e não de resultado, já que o resultado final almejado pelo cliente não poderá ser exigido do advogado, tampouco a ele imputada responsabilidade pelo insucesso da demanda, salvo se agiu com desmazelo, falta de diligência, imprudência e descaso. Portanto, a conduta do advogado deve ser pautada na realização das tarefas com o máximo de esmero e competência, objetivando o melhor resultado possível para o cliente.

3.3 ÔNUS PROBATÓRIO

De todo o exposto até o presente momento, pode-se concluir que a responsabilidade civil do advogado decorre de contrato firmado com o seu cliente, ou por meio de instrumento de mandato, ocasiões que o profissional se obriga, via de regra, não pelo resultado final, mas, sim, pela aplicação das melhores técnicas almejando o cumprimento da obrigação avençada, e somente poderá ser responsabilizado após a constatação necessária e concomitante dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: (i) conduta qualificada; (ii) ocorrência de dano efetivo; (iii) nexos de causalidade entre a conduta e o dano suportado pela vítima e, como pressuposto específico, (iv) a culpa.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro, a prova é elemento vital para a resolução de conflitos, especialmente naquelas demandas que têm como principal objetivo a atribuição do dever de indenizar em decorrência de danos sofridos por outrem.

Assim sendo, tratando-se de processos judiciais que visam atribuição de responsabilidade civil ao advogado, diante da já mencionada complexa previsão legal que a regula, a discussão a respeito do ônus probatório ganha *status* ainda mais relevante e pertinente.

Logo, o enfretamento de tal questão se faz indispensável à compreensão do tema, ao passo em que pretende identificar a qual das partes - cliente ou advogado - cabe trazer aos autos provas que comprovem o direito alegado em juízo ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos destes.

Veja-se que o Código de Processo Civil Brasileiro, ao tratar a respeito do ônus probatório das partes, em seu art. 333, incisos I e II, prevê que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Depreende-se da transcrição do artigo que o ônus da prova, em regra, é atribuído a parte que alega os fatos e, assim sendo, o autor (cliente) tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que, ao réu, cabe alegar os fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito alegado pelo autor.

Em contrapartida, o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da responsabilidade civil dos fornecedores de serviços, inverte, explicitamente, o ônus probatório, distribuindo-o de forma diversa da regra geral contida no CPC, veja-se:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

De tais previsões legais, instaurou-se o seguinte conflito: ao ter o Código de Defesa do Consumidor, nos termos do parágrafo 4º, do artigo 14, afastado a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais, teria também afastado a regra específica de inversão do ônus contida no *caput* deste artigo?

Jurandir Sebastião (2007, p. 30), ao tratar especificamente a respeito da responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova, sustenta o entendimento de que “cabe ao advogado, quando réu em razão do exercício da profissão, fazer prova do exato

cumprimento do contrato de empenho que se obriga”. Para este autor, consiste em um dever do profissional trazer aos autos todas as provas que demonstrem o efetivo cumprimento da obrigação avençada.

Ainda, sustenta que, nos conflitos judiciais que tratam a respeito da responsabilidade civil do advogado, caberia ao cliente apenas relatar de forma detalhada a sua insatisfação e como “equivocadamente (a seu ver), o advogado agiu ou deixou de agir”, impondo-lhe prejuízos. (SEBASTIÃO, 2007, p. 29)

Este também é o posicionamento adotado pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2011, p. 313), quando sustenta que “há presunção *juris tantum* de culpa no serviço prestado por advogado (CDC, art. 14, parágrafo 4º) e inversão do ônus da prova”. Também para esta jurista, o advogado deverá provar que não foi culpado e que o serviço foi prestado a partir da utilização da melhor técnica, que houve culpa exclusiva do cliente ou qualquer outra excludente de responsabilidade.

Em contrapartida, Sérgio Novais Dias (1999, p. 26), ao discorrer sobre o tema, afirma que não permanece em relação aos profissionais liberais a regra de inversão do ônus da prova contida no artigo 14, do CDC, “uma vez que essa norma corresponde à responsabilização objetiva dos demais fornecedores de serviços”, não sendo, portanto, aplicável aos profissionais liberais, diante da “excepcionalidade da responsabilização subjetiva” prevista no paragrafo 4º, do mesmo artigo. Como bem expõe o autor:

Nas ações de responsabilização civil de advogados, aplica-se a regra geral de divisão de ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, bem como as regras específicas contidas no Código Civil, facultando, porém, ao juiz, nas hipóteses de constatação de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência da outra parte, inverter o ônus da prova em desfavor do advogado, aplicando a norma do artigo 6º, VII, do CDC.

Filia-se a tal entendimento o autor João Paulo Nery dos Passos Martins (2004, p. 286) ao defender que “o posicionamento mais sensato parece ser o que entende ser facultado ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, ponderando a sua necessidade diante do caso concreto”, constituído critério mais justo, já que não descaracteriza a responsabilidade subjetiva do advogado, permitindo a inversão do ônus da prova somente nos casos em que houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte autora.

Ademais, ainda segundo o autor, tal circunstância não desvirtuaria a proteção dada ao consumidor pelo CDC, já que, quando a prova se tornar um ônus excessivo para a vítima,

poderá o juiz transferir este ônus ao profissional, com base no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁷.

Tal posicionamento pode ser percebido no julgado a seguir transcrito, através do qual, a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhece a responsabilidade subjetiva do advogado, aplicando o art. 14, § 4º, do CDC, atribuindo o ônus da prova à parte autora, com base no art. 333, I, do CPC, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ÔNUS DA PROVA. A responsabilidade civil do profissional liberal, relativamente aos serviços que presta, é subjetiva. Art. 14, § 4º, do CDC. Logo, a responsabilidade do advogado será aferida mediante a comprovação de culpa, cujo ônus da prova incumbe a quem a alega, nos termos do art. 333, I, do CPC. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70055926794, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 25/09/2013, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/10/2013)

Diante de todo exposto, com a devida vênia aos posicionamentos contrários a segunda tese, conclui-se pela aplicação da regra geral contida no art. 333 do Código de Processo Civil, cabendo ao cliente (autor), quando da propositura da demanda, trazer aos autos todas as provas constitutivas do seu direito, aplicando-se, contudo, a inversão do ônus da prova apenas nos casos em que restarem satisfeitos os requisitos presentes no art. 6º, inciso VIII do CDC.

⁷Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

4.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A origem da teoria da perda de uma chance é de grande estima ao presente trabalho, vez que, atribui-se o seu surgimento à decisão proferida pela Corte de Cassação Francesa, precisamente no dia 17 de julho de 1889, que julgou procedente o pedido do autor que pleiteava indenização em decorrência da atuação culposa de oficial ministerial que impediu, de todas as formas, o normal andamento de ação judicial intentada por aquele. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 10)

Após intensas discussões doutrinárias a respeito do tema, a mencionada Corte passou a conceber esta nova teoria, qual seja: “a perda de uma chance indenizável”. A partir deste momento, juízes franceses passaram a aplicá-la em diversos outros casos, fazendo com que a mesma fosse difundida e se expandisse por toda Europa, principalmente, pela Itália. (AZEVEDO, 2010, p. 291)

Ratifica tal assertiva, Luiz Carlos de Assis Junior (2013, p. 34), ao afirmar que, a partir de tal precedente da Corte de Cassação Francesa, a doutrina estrangeira passou a reconhecer a teoria da perda de uma chance como válida e existente. Na Itália, muitos foram os estudos e avanços na doutrina, a qual passou a reconhecer e defender a possibilidade de indenizar a chance perdida, sempre que pudessem ser consideradas atuais, sérias e reais as oportunidades de alcance de certa vantagem.

“Finalmente, a teoria da perda de uma chance chegou ao Brasil em 1990, por meio de uma conferência no Rio Grande do Sul, com a presença de François Chabas, *expert* sobre a questão na França.” (ASSIS JUNIOR, 2013, p. 11)

Inobstante a consagração da teoria da perda de uma chance nos países europeus, por muito tempo o direito brasileiro ignorou a possibilidade de responsabilização do agente em decorrência da perda imposta a determinado indivíduo de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, sob o argumento de que “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação”. Costumava-se entender ser indispensável a existência de prova inequívoca de que se não fosse a conduta do agente, teria a vítima alcançado o resultado que alega ter sido interrompido. (SIMÃO DE MELO, 2007, p. 69)

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a enxergar novos interesses merecedores de tutela jurisdicional, instalando-se um novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana. Modificou-se o eixo da responsabilidade

civil, passando-se a não mais considerar “como seu principal desiderato” a condenação de um agente culpado, e sim, especialmente, a reparação da vítima prejudicada.

Diante de tal “mudança do eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano”, vários danos, que até então não eram passíveis de indenização por serem considerados “incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais”, passaram a ser objeto de reparação. (MAIA DA SILVA, 2012, p. 71)

A partir deste momento, a responsabilidade civil pela perda de uma chance começou a despertar a atenção dos juristas brasileiros, que, apesar de bastante incipiente, passaram a discorrer sobre o tema.

Ainda seguindo as lições do doutrinador supramencionado, a evolução da teoria da perda de uma chance no Brasil se deu graças à existência de um terreno fecundo emergente dos paradigmas da constituição cidadã, momento em que o instituto da responsabilidade civil foi “forçado a acompanhar as mudanças sociais, ideológicas e econômicas” sofrendo profundas transformações.

Não obstante a ausência de previsão legal específica no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se considerar a aceitação e aplicação da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico com base em uma interpretação “sistemática e teleológica dos dispositivos que regulamentam a obrigação de indenizar”, todos estes decorrentes da observância dos princípios e normas constitucionais. (VIEGAS; ILDEFONSO SILVA E RABELO, 2013, p. 32)

Vislumbra-se tal correspondência entre os preceitos e normas constitucionais, da simples correlação entre os artigos 5º, inciso V, da Constituição Federal e 927 do Código Civil, ao passo em que a CF prevê “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e o CC determina que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Diante deste novo paradigma solidarista que passou, inquestionavelmente, a orientar o instituto da responsabilidade civil, a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo se tornou um caminho seguido pelo direito nacional, passando a chance perdida a gozar de todas as condições e pressupostos para ser considerada como “um dano quantificável e amplamente provado”. (PETEFFI DA SILVA, p. 215)

A partir de então, surgiram julgados emanados dos tribunais pátrios aplicando tal teoria aos casos ocorridos na sociedade. Entre esses, um dos primeiros e mais notórios trata da seguinte situação fática:

A autora da ação havia participado de um programa televisivo “Show do Milhão” que consistia em um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo era um milhão de reais em barras de ouro. Todas as questões direcionadas à autora foram respondidas satisfatoriamente, exceto a última indagação (pergunta do milhão). A autora preferiu não responder essa última pergunta para salvaguardar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), já que, caso a respondesse incorretamente, perderia o valor já conquistado. Contudo, na concepção da autora, a empresa BF Utilidades Domesticas Ltda., agiu de má-fé ao elaborar uma pergunta sem resposta. Assim, propôs ação de pagamento por danos materiais no quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo não recebido, além de danos morais pela frustração do sonho acalentado por longo tempo. (ARAÚJO, 2010, p. 260)

No julgamento do recurso referente ao caso, segundo o voto proferido pelo Relator do processo, as chances da participante de acertar a questão eram sérias e reais, tendo em vista que a mesma já havia demonstrado durante outras etapas do programa “um excepcional desempenho”, mas não poderia afirmar com certeza que ela responderia de forma correta a última questão, em razão da interrupção do processo aleatório que a fez perder a chance esperada.

O magistrado reconheceu que a questão, de fato, havia sido mal formulada. Segundo este, o seu enunciado dizia que a resposta estava de acordo com a Constituição Federal, enquanto que, a resposta tida como certa pelo programa televisivo, estava em conformidade com a “Enciclopédia Barsa”.

Diante de tais fatos, o julgador aplicou a teoria da perda de uma chance, já que não havia como aferir de forma absoluta que a participante acertaria a questão que lhe foi proposta ao final do programa, mas restou certo que lhe foi tirada uma chance séria e real de obter o prêmio pretendido, especialmente diante do bom desempenho que a participante tivera durante todo o programa. (ARAÚJO, 2010, p. 265)

No que se refere a quantificação da indenização julgada devida, o magistrado disse não ser possível a reparação em valor integral do prêmio perquirido, já que se tratava de indenização direcionada a reparação de prejuízo decorrente da chance perdida e não do evento final, fazendo-se necessária a aplicação de um critério de probabilidade e estatística a partir de um percentagem de chances que a autora teria de acertar a questão. Veja-se:

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. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459 - Processo

2005/0172410-9. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DJe: 13 março de 2006.)

Assim como o exemplo casuístico anteriormente citado, outro caso de extrema repercussão deu-se no esporte, quando o corredor Vanderlei Cordeiro de Lima, que liderava uma prova de determinada maratona foi derrubado por um manifestante que conseguiu burlar a segurança do evento. Era difícil imaginar se o corredor conseguiria chegar em primeiro lugar após o acontecido, mas inegável as suas sérias chances de se consagrar vencedor.

Diante de tal caso, as maiores indagações aparecem no que diz respeito ao dano, uma vez que “o atleta terminou a maratona na terceira colocação e não há como comprovar, efetivamente, se ausente invasão da pista teria o corredor permanecido em primeiro lugar e ganho a medalha de ouro” (MAIA DA SILVA, 2012, p. 241)

Segundo Silvia Bellandi Paes de Figueiredo (2013, p. 49), os especialistas entendem que o maratonista chegaria em primeiro lugar, haja vista “a vantagem de 25 segundos, o que daria uns 250m de distância”. Contudo, a própria autora ressalta que isto não é suficiente no âmbito do direito, já que se tratasse de total certeza do resultado final, “a Federação Internacional de Atletismo teria atribuído ao nosso maratonista a medalha de ouro” e a sua pretensão deixaria ser pela indenização decorrente da perda de uma chance, passando a ser indenização por danos efetivamente sofridos em decorrência de resultado final certo e conhecido.

Como se pode ver, é inegável a importância da teoria da perda de uma chance e a sua necessária aplicação, já que este dano tem se demonstrado cada vez mais recorrente no mundo fático, o que enseja a necessidade de estudo para uma correta aplicação no mundo jurídico. Desta forma, passa-se para uma análise conceitual e jurídica, objetivando estabelecer os parâmetros e critérios na aplicação de tal instituto.

4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Ensina o autor Fernando Noronha (2005, p. 28), que quando se fala em chance, se está diante de situações em que está em curso um processo que permite a uma determinada pessoa a oportunidade de obter no futuro algum benéfico. Ademais, quando se fala na perda de uma chance, também se está diante de processo que foi interrompido por um determinado fato antijurídico, contudo, neste, a “oportunidade ficou irremediavelmente destruída”.

“Em sentido jurídico, a chance significa basicamente a probabilidade de obter um ganho ou de evitar uma perda. É justamente a possibilidade de ressarcir um indivíduo pela perda de uma chance”. (AZEVEDO, 2010, p. 296)

Neste sentido, conceitua Dalvaney Araújo (2010, p. 261) que a teoria da perda de uma chance representa “a perda de uma oportunidade esperada por um indivíduo que se encontrava em um processo aleatório que foi totalmente interrompido pela conduta de outrem”. Esta interrupção, por sua vez, impede a vítima de ter a chance de determinada vantagem almejada ou de evitar algum prejuízo, é a perda de uma chance de alcançar determinado resultado final em decorrência da conduta lesiva de alguém.

O autor Rafael Peteffi da Silva (2006, p. 448) ressalta que, “a noção de perda de uma chance somente pode ser utilizada quando não existe causalidade necessária entre o fato danoso e a perda da vantagem almejada pela vítima”. Contudo, isto não significa que a configuração da perda de uma chance prescindida das condições elementares de direito comum, quais sejam, prova do dano e do nexo causal.

Ocorre que, para a concessão da reparação dos prejuízos com base na perda de uma chance, se faz necessária comprovação de nexo de causalidade entre a chance perdida e o ato culposos do ofensor.

Portanto, não há que se falar na ausência dos pressupostos básicos da responsabilidade civil, uma vez que estão presentes a conduta, o dano, o nexo de causalidade e o nexo de imputação. “Todavia, o nexo de causalidade será perquirido por meio do liame existente entre a conduta do agente e o dano da perda da chance, e não propriamente o dano final.” (VIEGAS; ILDEFONSO SILVA E RABELO, 2013, p. 32)

Logo, conclui Gilberto Andressa Junior (2009, p. 198) que a responsabilidade civil por perda de uma chance é aquela através da qual se reconhece a possibilidade de indenizar “nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Surge da ideia de que a reparação não ocorrerá através de um dano, mas, sim pela perda de uma chance real”. Isto é, mesmo não havendo um resultado final, existe um prejuízo para a vítima que decorre da legítima expectativa obter um benefício ou evitar um prejuízo.

Da análise do tema, verifica-se que a depender da corrente doutrinária adotada, a chance perdida pode ser considerada como uma nova espécie de dano indenizável (dano autônomo), noção do alargamento da figura do dano indenizável, ou uma causa parcial que concorre para um dano final (extensão do nexo de causalidade de um dano já existente), por

sua vez, parcialmente indenizável, “noção do nexos de causalidade expandido”. (AZEVEDO, 2010, p. 311)

Segundo Isabela Melo Rêgo Azevedo (2010, p. 296), tendo em vista as peculiaridades do direito civil brasileiro, “verifica-se que o posicionamento mais coerente é o que defende ser a chance perdida uma decorrência do alargamento da noção de dano indenizável”, o que demonstra o fundamento daqueles que defendem ser a chance perdida uma nova espécie de dano indenizável.

No caso da perda de uma chance, deve-se abandonar a visão tradicional e materialista da análise do dano, já que não se vislumbra neste instituto a fácil percepção da diminuição patrimonial, tal como ocorre nos danos emergentes, fazendo-se necessária a identificação da ocorrência do dano com base na aplicação de critérios como o da probabilidade, em resposta aos novos anseios da sociedade. (ASSIS JUNIOR, 2013, p. 31)

A proposta que tem sido adotada pelos autores nacionais, como Fernando Noronha, e que será utilizada no presente trabalho, apresenta uma divisão em duas modalidades básicas, quais sejam: (i) a decorrente da frustração da chance de obter uma vantagem futura e, (ii) a frustração de chance de evitar um prejuízo.

A primeira modalidade de responsabilidade civil pela perda de uma chance consiste na ocorrência de “um ato ilícito que interrompe o processo aleatório em curso e impede que a vítima alcance uma vantagem futura”, sem que se saiba ao certo se a vítima conseguiria o resultado final, caso não interrompido os acontecimentos que estavam em curso. Já a segunda modalidade, diz respeito a um ato que poderia evitar um prejuízo que aconteceu. (MAIA DA SILVA, 2012, p. 245)

O autor Fernando de Noronha (2005, p. 27) ensina que a chance perdida pode se traduzir tanto em uma frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como também na frustração da oportunidade de evitar um prejuízo. Veja-se:

A primeira e mais importante dessas modalidades diz respeito às hipóteses que designaremos de perda da chance de obter uma vantagem futura, hipóteses que na doutrina francesa são conhecidas também como a perda de chance clássica. São hipóteses em que, devido a um fato antijurídico passado, fica frustrada a possibilidade de obter uma vantagem que era esperada no futuro, ou fica frustrada a possibilidade de evitar um prejuízo futuro. (NORONHA, 2005, p. 31)

Veja-se que, seja qual for a modalidade de perda de uma chance, sempre haverá um prejuízo sofrido pela vítima, qual seja: “a perda da vantagem esperada pela vítima, também denominada de dano final”. Tal dano final, por ser, como exemplo, a perda de um processo judicial, a perda da vida por um paciente ou a perda do concurso vestibular, entre

outros. São-lhes comuns a existência de um processo aleatório que é interrompido antes de chegar ao fim, restando clara a existência de uma relação de causalidade entre o fato danoso e a perda da chance, caracteriza como um dano específico diferente do dano final. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 102)

Cumpra salientar que, seja por se tratar de conceito relativamente novo em comparação aos demais institutos da responsabilidade civil, seja por não haver muitos trabalhos voltados diretamente ao tema, ou, ainda, por não dispor o ordenamento jurídico brasileiro de previsão expressa a respeito da perda de uma chance indenizável, a natureza jurídica do instituto é muito confundida.

Por esta razão, faz-se necessário um estudo mais detalhado a respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, sob pena de confundir tal instituto com outros “velhos conhecidos”. Diante de tal situação, passa-se a traçar entendimento a respeito da natureza jurídica da perda de uma chance, com base nas normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro e na reduzida doutrina que trata especificamente sobre o tema.

A regra geral é de que as perdas e danos abrangem apenas o que efetivamente se perdeu e aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar, como dispõe o artigo 402 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

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

No caso dos lucros cessantes, há a certeza que a vítima teria um ganho futuro, só não se sabe o quanto, precisamente, seria este ganho. Por outro lado, na perda de uma chance, não se tem certeza que o indivíduo auferiria o lucro, mas justamente o que se pretende indenizar é a perda da oportunidade de conseguir este lucro ou evitar prejuízo, e não a perda do lucro futuro estimável.

Conforme leciona Luiz Carlos de Assis Junior (2013, p. 31), as situações nas quais alguém teve retirada uma chance séria e real de obter uma vantagem não se enquadram nessa espécie de dano, porque não se pode afirmar com toda certeza se a conduta do agente foi causadora do dano, ou que sem esta conduta a vantagem seria obtida ou prejuízo evitado.

Corroborando ao entendimento acima, Sérgio Novais Dias (1999, p. 43) lembra que a responsabilidade civil pela perda de uma chance tem características bem peculiares que a diferencia das outras situações que envolvem perdas e danos.

Isto porque, na perda de uma chance, nunca se saberá especificamente o que ocorreria, não fosse a conduta do agente que interrompeu o processo aleatório.

“Desta forma, as decisões proferidas utilizam o mecanismo da perda de uma chance, mas sem uma consciência de que os casos concretos devem ser tratados em uma categoria própria, qual seja, responsabilidade por perda de uma chance”. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 14).

Para que não restem dúvidas a respeito da natureza de dano autônomo da perda de uma chance, passa-se a análise e diferenciação dessa em relação às principais espécies de danos aceitos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: (i) danos emergentes, (ii) lucros cessantes e (iii) danos morais.

4.2.1 Danos Emergentes

O dano emergente está disciplinado na primeira parte do artigo 402⁸, do Código Civil Brasileiro, se caracterizando por meio do que a vítima efetivamente perdeu.

Conforme assevera Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 94), a quantificação do dano emergente não enseja maiores dificuldades, já que corresponde a um prejuízo imediato no patrimônio da vítima, que, via de regra, será uma diferença matemática entre do valor do bem jurídico que a vítima possuía antes subtraído do valor do mesmo bem após o ato ilícito.

Desta forma, o dano emergente é aquilo que se perdeu e a indenização deverá ser aquela suficiente a restituir a situação anterior.

“O dano emergente, como entendido pacificamente na doutrina, importa numa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu, o que hoje está consagrado no art. 402 do CC.” (SIMÃO DE MELO, 2007, p. 71)

Resta claro que a perda de uma chance diverge completamente do dano emergente, primeiramente porque não decorre de uma perda direta e imediata no patrimônio da vítima, tratando-se, como se viu, de chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, situação esta que nunca poderá ser comprovada de fato, mas, sim, através de um juízo de probabilidade.

Ademais, diferente do dano emergente, um dos grandes problemas da perda de uma chance é a sua quantificação, que jamais poderá ser entendida com a mera diferença entre o que a vítima possuía e o que deixou de ter após o evento danoso. Afinal, no caso da

⁸ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

perda de uma chance, o indivíduo prejudicado sequer teria aquela vantagem ou aquele prejuízo antes do evento danoso. Estar-se-ia diante de uma chance de modificação ou manutenção do seu patrimônio, chance esta que seria retirada pelo agente causador do dano.

Portanto, não restam muitas dúvidas quando a diferença entre o dano emergente e o dano patrimonial provocado pela perda de uma chance, passando-se para análise deste em relação aos lucros cessantes.

4.2.2 Lucros cessantes

Cumpre, destarte, salientar que da conduta danosa do agente, podem ser produzidos efeitos não apenas “diretos e imediatos”, mas, também, “mediatos e futuros”. Diante desta situação se vislumbra a possibilidade da ocorrência dos lucros cessantes, os quais, por vez, se caracterizam pela perda de um “ganho estimável, na frustração da expectativa de lucrar”, que, conseqüentemente, gera uma perda potencial no patrimônio da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 95)

“Os lucros cessantes, na definição legal, são aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar; é a perda do lucro esperável. É, portanto, algo que quase certo, que somente precisa ser quantificado.” (SIMÃO DE MELHO, 2007, p. 71)

Diferentemente dos danos emergentes, os lucros cessantes, por estarem relacionados a uma ideia de futuro, ensejam uma percepção mais aguçada em relação à perda de uma chance, motivo que torna bastante sutil a diferença entre esses dois últimos institutos.

Veja-se que, no caso dos lucros cessantes, a vítima deverá fazer prova não somente da conduta lesiva, mas dos pressupostos e requisitos necessários à verificação deste lucro, já no caso de perda de uma chance, estaremos sempre diante de uma constatação de dano provável, “pois, em tal, o dano final é, por definição, de demonstração impossível,” mesmo sob o aspecto dos pressupostos necessários a sua natureza constitutiva. (SAVI, 2009, p. 17)

Portanto, os lucros cessantes são espécie de dano patrimonial, que consistem “na perda certa e incontroversa” de um bem jurídico que iria aderir ao patrimônio do titular, em contrapartida, a perda de uma chance é “uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade”. Desta forma, a fixação dos lucros cessantes decorre de um valor igual ao que viria a ser o resultado final evidenciado em provas. Já no caso da perda de uma chance isso não é possível, haja vista, embora se possa

chegar a um valor próximo ao do resultado final, este nunca será igual, mas, sim, inferior ao valor do dano final. (MAIA DA SILVA, 2012, p. 424)

No caso de lucros cessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, permanece-se no campo do desconhecido, pois em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva. (SERGIO SAVI, p. 18 apud SIMÃO DE MELHO, 2007, p. 71)

Veja-se que, em que pese à primeira vista essa diferenciação se mostre de difícil compreensão, em verdade não o é. Ora, na perda de uma chance, não se tem certeza de que o indivíduo auferiria o lucro, mas o que se pretende indenizar não é a perda do lucro esperável, e sim, a perda da oportunidade de conseguir o lucro. “A teoria da perda de uma chance visa reparar a perda da oportunidade de conseguir uma vantagem e não a perda do ganho esperável, este sim, capaz de configurar o lucro cessante.” (VIEGAS; ILDEFONSO SILVA E RABELO, 2013, p. 35)

Por fim, resta trazer a inteligente conclusão de Gilberto Andressa Junior (2009, p. 202), qual seja, “a chance perdida, diga-se de passagem, jamais poderá ser confundida como os lucros cessantes, haja vista que estes somente se concretizam no momento dos fatos, enquanto que a chance preexiste”.

Feita a diferenciação entre os danos emergentes e lucros cessantes em relação à perda de uma chance, cumpre, agora, diferencia-lo dos danos morais.

4.2.3 Dano Moral

Passada a análise das lesões sob a vertente dos danos extrapatrimoniais, o arbitramento dos danos morais se submete a critérios menos rígidos do que aqueles respeitados na quantificação de danos patrimoniais clássicos, que seguem o critério da diferença entre o que se tinha antes do evento danoso e o que se passou a ter após este evento.

Desta forma, tamanha dúvida a derredor da diferença entre o dano causado pela perda de uma chance extrapatrimonial e os danos morais, decorre do subjetivismo a que se sujeita a perda de uma chance, especialmente quando da sua quantificação, condição que se assemelha aos danos morais, mas que não os confunde em sua natureza jurídica.

Segundo Raimundo Simão de Melo (2007, p. 71), a fim de exemplificar tal diferença, e muito provavelmente se referindo ao caso anteriormente citado do atleta Vanderlei Cordeiro de Lima, traz o seguinte exemplo:

Um atleta corredor está a poucos metros da bandeira final que lhe daria, com séria chance, a vitória em primeiro lugar, mas que é agarrado por uma pessoa que o impede de continuar na disputa. Com esse ato retira-lhe a oportunidade de ser vitorioso. Há prejuízo pela perda da chance e por danos morais, mas esse atleta pode ainda ficar traumatizado e doente e ter que se submeter a tratamento médico e psicológico para poder voltar a correr, pois o abalo foi tão grande que atingiu a saúde física e psíquica do mesmo, com as despesas desse tratamento deverá arcar o autor do ato, como é evidente, que tem natureza de dano emergente.

Veja-se que, através do relato anterior, o autor quis demonstrar que de uma mesma situação fática podem decorrer a coexistência de danos de naturezas distintas e que estes não podem ser confundidos. Ora, o fato do atleta ter sido impedido de continuar na disputa por ato de terceiro, pode ensejar a indenização pela perda de uma chance de ser vitorioso, ao tempo que a perda dessa chance pode ter gerado danos a sua moral, imagem, honra e psicológico, dando ensejo ao dano moral.

Em paralelo, caso decorram danos psicológicos desse evento, e ele tenha que arcar com médicos e tratamentos, tem-se a ocorrência de danos emergentes. Logo, o Juiz, diante de tal situação fática, ao chegar a um quanto indenizatório não pode confundir a natureza de tais institutos presentes no caso.

Confundir indenização por dano moral pela perda de chance é deixar de examinar os aspectos característicos de cada caso concreto, que representam a única forma de identificar a dimensão da probabilidade que a vítima possuía de alcançar a vantagem esperada ou evitar prejuízo. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 201)

O autor anteriormente referido, comenta a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹, onde o autor da demanda, ex-empregado da Empresa Ré, alegava ter sofrido danos, em decorrência de informações inverídicas e desabonadoras que supostamente estariam lhe impedindo de conseguir novo emprego.

Neste caso, os julgadores do Acórdão, com base em juízo valorativo sobre a falta de seriedade das chances perdidas, poderiam ter chegado a conclusão da inexistência de dano patrimonial, contudo, não foi isto que ocorreu. O Relator, claramente confundindo conceitos, disse expressamente existir perda de uma chance, justificando que a sua aplicação decorreria dos prejuízos identificados na esfera moral do autor, razão pela qual, deveria ser levado em conta tal dano, quando do arbitramento da indenização devida.

Ocorre que, pode-se considerar que a pessoa que perde uma boa oportunidade de emprego passa a sofrer grande angústia e sofrimento. Contudo, é muito provável que uma

⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70003568888. Apelante: Assis Oliveira Lemos. Apelado: Planiduto Ar-condicionado Ltda. Relator: Des. Antonio Corrêa Palmeiro de Fontoura, julgado em 27 de novembro de 2002.

pessoa que perde uma possibilidade de conseguir emprego pode vir a sofrer uma diminuição do seu patrimônio. Assim sendo, trata-se de danos diferentes, o primeiro decorre de abalo psicológico, ofensa à honra e a moral e o segundo da perda de uma chance de alcançar uma vantagem.

Com a devida vênia, não poderia o Magistrado justificar a aplicação de uma teoria com fundamentos essencialmente estranhos ao instituto que diz aplicar, notadamente por incidir em manifesta confusão de conceitos.

De fato, a decisão supratranscrita já faz parte de um conjunto de acórdãos que segue linha semelhante. Principalmente em casos de responsabilidade civil de advogados, ou seja, quando a vantagem esperada pelo cliente se constitui em um benefício primordialmente patrimonial, a jurisprudência opta por indenizar o dano moral decorrente da frustração da expectativa de ver reexaminada a decisão. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 197)

De outro lado, ao prolatar voto em Acórdão proferido em face de Recurso Inominado¹⁰, o Relator Luiz Felipe Severo Desessards, deu parcial provimento ao recurso para afastar a condenação por dano moral conferida em Sentença, utilizando-se de fundamento bastante claro, qual seja:

É que do fato não se visualiza violação aos direitos personalíssimos da autora, tais como a intimidade, a honra, a imagem e a privacidade que efetivamente geram danos morais, conforme preceito insculpido no art. 5º, X da Carta Federal. Na hipótese, em verdade, ocorreu escolha equivocada de profissional, com consequência efetiva no plano material, restando a autora impedida de receber a indenização que entendia devida pela ruptura de seu contrato de trabalho. Logo, tenho por inviável a condenação por dano não patrimonial.

Veja-se que o relator diferencia os danos causados pela perda de uma chance e os danos morais alegados pela cliente. Ato contínuo, o relator não identificou repercussões extrapatrimoniais, justificando que os danos causados pelo advogado repercutiram unicamente na esfera patrimonial da cliente, razão pela qual afastou a possibilidade de reparação por dano moral, reformando a decisão de piso.

Situação diversa seria se a vantagem esperada pela vítima era, por exemplo, obter a guarda dos seus filhos e, pela quebra do processo aleatório motivado pelo advogado, não

¹⁰ TURMAS RECURSAIS CÍVEIS. RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. DESÍDIA DO PROFISSIONAL. PRESCRIÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE E DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PERDA DE UMA CHANCE CARACTERIZADA PELO NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO TRABALHISTA NO PRAZO LEGAL. DANOS MORAIS NÃO EVIDENCIADOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO AUTOR. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71005028279 RS , Relator: Luiz Felipe Severo Desessards, Data de Julgamento: 28/08/2015, Quarta Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2015)

conseguiu, vislumbrar-se-ia dano autônomo decorrente da perda de uma chance de feição extrapatrimonial e eventual dano moral decorrente de violação a sua dignidade. Infelizmente, a jurisprudência brasileira não vem seguindo esse raciocínio, aplicando equivocadamente os institutos referidos.

4.2.4 Dano Autônomo decorrente de Chance Perdida Patrimonial ou Extrapatrimonial

Conforme esclarece Raimundo Simão de Melo (2007, p. 71), a perda de uma chance não pode ser enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, se assim fosse, teria “o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção de chance pretendida, o que é impossível”.

Assim sendo, ainda seguindo as lições do autor, não se pode tentar enquadrar o dano decorrente da perda de uma chance como dano emergente ou lucro cessante, haja vista a probabilidade e não certeza da concretização do resultado final almejado. Entendendo-se “que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante”.

Neste diapasão, sustenta o autor Sílvio Maia da Silva (2012, p. 240) que, na perda de uma chance, o bem jurídico tutelado é a própria perda de uma chance, ou seja, “a perda da probabilidade de um resultado final almejado e não o próprio resultado em si”. Sempre haverá dúvida se este resultado final seria totalmente alcançado, restando certa apenas uma expectativa positiva da vítima. Em decorrência disto, diante da adoção da teoria da perda de uma chance, a quantificação do dano sempre terá valor inferior ao resultado final.

“A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade que havia de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado.” (NORONHA, 2005, p. 28)

Ensina o autor anteriormente mencionado, que o dano da perda de uma chance não consiste em uma vantagem esperada, na medida em que esta não passa de mera expectativa da vítima, não passível de certeza se viria a se concretizar caso não tivesse sobrevivendo a conduta danosa do agente. Tal vantagem torna-se um dano incerto e, por isso, impossível de ressarcimento. O dano só pode consistir perda de uma chance quando há um prejuízo distinto do benefício esperado, “como enfatizam os autores franceses”, isto é, a própria chance perdida.

Desta forma, para verificação da responsabilidade pela perda de uma chance, haverá necessidade de constatar, no caso concreto, a existência de uma conduta culposa ou indevida do agente, que cria um obstáculo a um processo que estava em curso e guardava uma probabilidade séria de êxito para a vítima, passando a ser um interesse jurídico tutelado. “Em resumo, pode-se afirmar que a reparação por perda de uma chance deriva da eliminação injusta de uma real probabilidade de se obter um ganho futuro ou de se evitar um dano.” (MAIA DA SILVA, 2012, p. 240)

Assim sendo, a perda de uma chance “surge como uma nova categoria de dano indenizável”, diante a existência de uma oportunidade plausível, provável e séria de ganhar ou de evitar prejuízo. Trata-se, portanto, de uma probabilidade real de que se alcançaria o resultado final esperado, não fosse a intervenção inadequada do agente, não se admitindo a oportunidade eventual. (VIEGAS; ILDEFONSO SILVA E RABELO, 2013, p. 35)

A perda de chance, “traduz sempre num dano específico, o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados, mas tal dano há de ser sempre consequência adequada do fato antijurídico que estiver em questão.” (NORONHA, 2005, p. 32)

Conclui-se que a perda de uma chance pode ser configurada como um dano autônomo, de forma que tem como base a perda da oportunidade de obter uma vantagem, ou ainda, de evitar um prejuízo. Esta perda decorre de um ato que interrompe o curso normal dos acontecimentos antes da concretização do resultado final, características que não se confundem com nenhum outro instituto do ordenamento jurídico, considerando-se, portanto, a perda de uma chance, como dano autônomo de propriedades específicas.

4.3 REQUISITO PARA EXISTÊNCIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CHANCE REAL E SÉRIA E O CRITÉRIO DA PROBABILIDADE

Tal como nos demais institutos do Direito, a perda de uma chance, para a sua configuração, requer a observância de requisitos que lhe são próprios e essenciais para a sua perfectibilização.

Nessa senda, os requisitos explicitados a seguir são de indispensável importância para o presente trabalho, na medida em que a responsabilidade do advogado jamais poderá ser configurada de maneira aleatória ou fortuita.

Desse modo, a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance não pode ser encarada com uma intimidação à atuação deste, sobretudo porque somente ocorrerá

caso a atividade exercida por esse profissional liberal não seja compatível com o desempenho probo, leal e diligente que a profissão exige, aliada à efetiva demonstração da chance séria e real da perda da possibilidade da auferição da vantagem ou da oportunidade de evitar o prejuízo.

Como explicita a própria denominação, a indenização decorrente da perda de uma chance tem como causa o dano provocado pela chance perdida. Contudo, como se verá neste tópico, para que a chance que se perdeu seja realmente apta e suficiente a causar danos, deve esta ser, indispensavelmente, séria e real.

Conforme seguramente sustenta Luiz Carlos de Assis Jr. (2013, p. 13), “a teoria da perda de uma chance não significa a banalização da responsabilidade civil”, na medida em que não se objetiva com a aplicação de tal instituto a reparação de toda e qualquer chance de perda, mas só aquela em que se atribui o caráter de realidade e seriedade.

Veja-se que isto não quer dizer que o dano oriundo da perda de uma chance seja certo, nem que o resultado final tenha se consumado, em verdade, exige-se que ocorra, no caso concreto, a perda de uma chance robusta, que estará atrelada a ocorrência de dano consubstanciado na probabilidade de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

Isto é, exige-se uma chance real e séria, que somente poderá ser averiguada no caso concreto, analisando-se o grau de probabilidade que a vítima tinha de alcançar uma pretensão vantajosa ou evitar a ocorrência de um prejuízo indesejado.

Em consonância, Fernando Noronha (2005, p. 35) assegura que a primeira análise a ser feita nas demandas judiciais que tem como objeto a reponsabilidade civil pela perda de uma chance é “se a chance perdida era real e séria: se for, haverá obrigação de indenizar; se ela tiver caráter meramente hipotético, não”.

Ainda, sustenta o autor que, a constatação de seriedade da chance perdida deverá ser averiguada pelo juiz no caso concreto, conforme preceitua o art. 335 do CPC¹¹. Desta forma, para que se possa falar em perda de uma chance, deve-se constatar uma situação real na qual se possa vislumbrar uma chance séria que foi impedida de alcançar o resultado final em decorrência da conduta prejudicial de alguém.

Para Rafael Peteffi da Silva (2006, p. 448), a análise da realidade e seriedade da chance perdida “é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja

¹¹ Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

reparação deve ser rechaçada”. As chances devem ser verificadas nos casos concretos, devendo ser rechaçados aqueles em que se constatar simples esperança subjetiva do autor, isto porque, apenas diante da análise dos fatos poderá o magistrado verificar a real seriedade da chance perdida.

Veja-se que a diferença entre os danos eventuais e os prováveis não pode ser desconsiderada em nenhum momento. Trata-se de critério dos mais relevantes para identificação do dever de indenizar que decorre da perda de uma chance.

Neste ponto, não se pode esquecer a ideia de probabilidade inserta no dano que enseja a perda de uma chance reparável. Esta consiste em uma probabilidade de obter um benefício ou de evitar o prejuízo. A chance perdida é séria e real, incerto somente será o resultado final, ou seja, a ocorrência ou inoocorrência do benefício esperado. (NORONHA, 2005, p. 28)

“Assim, para que a demanda do autor seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.” A chance deve se traduzir na expectativa da real existência de um ganho ou um dano final, decorrente do sucesso ou insucesso do processo aleatório que foi interrompido. Quando ocorre a paralisação deste processo aleatório, a vítima sofre a perda de “uma probabilidade de um evento favorável”, ou seja, perda uma chance, na medida em que, tal probabilidade confere um caráter de realidade e seriedade necessário. (PETEFFI DA SILVA, p. 13 e 134)

“Não se trata da mera possibilidade em abstrato, diante da incerteza da existência ou não do dano, mas de possibilidade provável, cujo grau de probabilidade seja alto, factível.” (FIGUEIREDO, 2013, p. 49)

Tendo em vista ser essencial o grau de probabilidade de ganho ou perda de vantagem almejada e, que este resultado final jamais será conhecido, já que interrompido pela conduta de agente responsável, alguns doutrinadores dizem ser necessário o restabelecimento de percentuais de probabilidade a serem aplicados em todos os casos que envolvam a perda de uma chance, através do qual o magistrado poderia identificar a seriedade da chance perdida.

Nestes termos, comenta a advogada Dalvaney Araújo (2010, p. 262):

O grau de probabilidade que ditará se a chance é séria e real vai depender dos entendimentos a serem adotados. O direito italiano admite a indenização pela perda de uma chance quando a vítima evidenciar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%. Caso contrário, não se pode afirmar as chances seriam sérias e reais.”

Ademais, neste mesmo sentido, mas indicando valor diferente, assevera Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 135) que a Suprema Corte de Nevada, não teria expressamente

fixado limites rígidos na constatação da realidade e seriedade da chance perdida, mas haveria fixado, na maioria dos casos, que a chance indenizável seria aquela onde se pudesse constatar uma probabilidade de no mínimo 10%, caso contrário, esta não seria satisfatória e substancial, portanto, indigna de reparação.

Veja-se que não há um consenso em relação a necessidade ou não do valor específico do percentual a ser aferido no caso concreto para que seja constatada a seriedade da chance perdida.

Deste modo, não se pode deixar de notar que o estabelecimento de um percentual específico aplicável irrestritamente a todos os casos trata-se de conduta extremamente temerária e destoante da essência do instituto. Isto porque, a seriedade e realidade das chances perdidas, que tem como base a probabilidade maior ou menor, somente poderá ser averiguada pelo Magistrado diante dos fatos que compõe cada um dos casos concretos.

Estabelecer percentual a ser seguido pelos Magistrados aplicando a todos os casos de forma igual como condição para a verificação do dever de indenizar ou não, seria demasiadamente temerário e poderia ensejar grandes injustiças em casos que devem ter as suas peculiaridades atentamente observadas.

Ademais, analisando a seriedade e realidade das chances perdidas decorrentes das condutas praticadas (ou não praticadas) pelos advogados, vislumbra-se a existência de duas concepções distintas. Comenta o autor Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 160) que, de acordo com a primeira concepção sobre o tema, seria indispensável à constituição do dever de indenizar “a suficiente probabilidade de procedência da demanda perdida em razão da falha profissional, ou seja, o caráter por demais aleatório da demanda definitivamente perdida pelo erro do auxiliar da justiça é um entrave a caracterização de certeza necessária ao dano”.

Uma vez proposta ação de responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance devido a adoção de conduta antijurídica na demanda em que funciona como patrono do autor, haverá que se fazer um juízo de probabilidade em relação ao êxito. Sendo a referida ação de probabilidade demasiadamente remota, deverá ser julgada a demanda que objetiva a condenação do advogado totalmente improcedente.

Já a segunda posição traz um conceito mais amplo a respeito da seriedade da chance perdida, na qual, ainda que a falha do advogado tenha sido constatada em uma demanda que já não apresentava grande probabilidade de êxito, a reparação pela perda de uma chance deveria ser concedida, considerando-se que, as ações judiciais são “um modo de pressão contra a outra parte, pois um processo nunca será perdido antes da sentença de mérito”. Para os que entendem desta forma, a “fraqueza da chance apresenta não é motivo

suficiente para gerar a improcedência da demanda”, mas apenas um aspecto da indenização. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 161)

Não obstante tal distinção acerca da ampliação do conceito de chance séria e real, mais acertada e coerente é a primeira visão apresentada, defendida neste trabalho por estar de acordo com o sistema geral de responsabilidade pela perda de uma chance.

Com coerência assevera Luiz Carlos de Assis Jr. (2013, p. 13) que “o dano por perda de uma chance não pode ser tratado como um dano *in re ipsa*,” já que, por exemplo, nos casos em que se identificar a de interposição de recurso, não significa que tenha havido efetivamente a perda de uma chance séria e real. A mera comprovação da conduta praticada pelo advogado não induz, automaticamente, a existência de chance séria e real perdida apta a ensejar a obrigação deste de indenizar.

Ao autor da demanda que pretende a condenação do advogado ao pagamento de indenização por perda de uma chance caberá comprovar os fatos e fundamentos jurídicos anteriores à perda da oportunidade, para que, só assim, o Magistrado tenha condições de avaliar a existência de chance real e séria merecedora de tutela jurisdicional.

Nota-se que a simples identificação de falha do advogado não é, isoladamente, suficiente para ensejar responsabilidade civil e dever de indenizar do profissional, fazendo-se necessária a identificação da seriedade da chance perdida.

Frente às controvérsias anteriormente apresentadas, conclui-se pela ideia trazida pelo doutrinador Fernando Noronha (2005, p. 28), segundo o qual, em ambos os casos, a identificação do dano depende de elementos indispensáveis, quais sejam: “a determinação da verossimilhança da vantagem esperada” dependente “do grau de probabilidade que havia em obtê-la no futuro”, assim como o grau de probabilidade que havia de ser evitado o prejuízo.

4.4 CRITÉRIOS OBJETIVOS DE QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS PATRIMONIAIS

Outro ponto fulcral da teoria da perda de uma chance, que merece tratamento detalhado neste trabalho, é a quantificação da indenização proveniente do dano provocado pela perda de uma chance patrimonial séria e real almejada pela vítima, que ficou tolhida de alcançar determinado resultado final em decorrência da conduta antijurídica de determinada pessoa.

Como bem expõe Silvia Bellandi Paes de Figueiredo (2013, p. 49), a dificuldade de avaliação da existência e extensão dos danos repercute diretamente em sua quantificação, o que a torna seara de grande dificuldade no campo da responsabilidade civil. O valor da

reparação deverá sempre ser suficiente a ressarcir a vítima pelo dano sofrido, contudo, não poderá deixar de observar certos limites, sob pena de ensejar o enriquecimento ilícito da vítima.

Nos casos da perda de uma chance, tal valor indenizatório será arbitrado pelo Juiz, que deverá formar a sua convicção acerca dos fatos provados nos autos, identificando a possibilidade real que tinha o autor de alcançar o resultado final esperado. Quanto maior esta possibilidade, maior deverá ser o valor arbitrado como devido.

“A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação não é tarefa fácil para o Juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada”. (SIMÃO DE MELHO, 2007, p. 75)

Todavia, essa dificuldade não pode ser reputada como subterfúgio para a negativa ou quantificação aleatória do dano, especialmente porque, como se sabe, a obrigação de indenizar decorrente da perda de uma chance não tem como condição a certeza do resultado final, e sim, da sua probabilidade. Ainda seguindo as lições do autor anteriormente mencionado, deverá “o juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto”.

Veja-se que, inobstante a quantificação do dano pela perda de uma chance decorra do arbítrio do Juiz, este não está completamente desvinculado dos critérios técnicos a serem respeitados e aplicados nos casos concretos.

Não se pode deixar de considerar que, diante da perda de uma chance, o que se pretende indenizar não é o valor patrimonial total, mas a perda da chance real e séria de alcançar ou deixar de perder determinada vantagem final.

E, assim sendo, “a quantificação da indenização deve ser fixada tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado.” (SIMÃO DE MELO, 2007, p. 69)

O valor da chance deve ser aferido através da análise do grau de probabilidade de se concretizar o resultado final, certo de que essa probabilidade poderá ser considerada alta ou reduzida, ou, ainda, poderá até ser tão ínfima “que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela jurídica, considerando a função social das obrigações”. (NORONHA, 2005, p. 35)

Desta forma, o critério que não pode ser abanado pelo Magistrado quando da quantificação da indenização devida é o de que o valor atribuído nunca será igual aquele

alcançado pelo autor não fosse a interrupção do processo aleatório que estava em curso. Como precisamente esclarece Rafael Peteffi da Silva (2006, 452), na quantificação do dano e atribuição da indenização devida, deve sempre se vislumbrar a chance perdida, de forma que a indenização será sempre menor do que o resultado final esperado pela vítima.

“A indenização devida pela desídia do profissional deverá ficar nos limites do razoável, e ser apurada mediante bases factíveis, considerando-se as possibilidades concretas, se a oportunidade existia e se efetiva, viável, e não mera hipótese.” (FIGUEIREDO, 2013, p. 50) Não se indeniza o valor total, já que, se assim fosse, não se estaria restituindo mais a chance perdida, e sim, o direito adquirido ou inexistente.

Outra regra a ser sempre observada nos casos concretos é a de que, quanto maior a probabilidade de êxito perdido, maior será o valor da reparação, obedecendo ao limite anteriormente tratado. “Esse critério decorre da própria lógica da teoria, uma vez que, se baixa probabilidade do acontecimento futuro é causa de negativa do direito a reparação, uma probabilidade elevada deverá ter uma valoração maior.” (MAIA DA SILVA, 2012, p. 249)

Em caráter meramente exemplificativo, considerando-se que o advogado apresentou recurso intempestivo, recurso este que tinha fundamento robusto e uníssono entendimento jurisprudencial favorável à tese e, em razão da intempestividade, levou tal demanda ao insucesso, é deduzível que subtraiu da vítima (autor da ação judicial) elevadíssima chance de êxito.

Neste caso, em que havia contundentes razões para a reversão da sentença, se a vantagem esperada com a total procedência da demanda judicial fosse de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), razoável seria a atribuição - em uma ação de responsabilidade civil pela perda uma chance movida em desfavor do advogado - do valor da chance perdida em montante próximo aos R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), equivalente a 70% (setenta por cento) da vantagem esperada, notadamente porque não se pode atingir, com a aplicação da teoria da perda de uma chance, a importância correspondente ao valor inicialmente pretendido.

Veja-se que, conforme exemplo acima, tendo a vítima o seu recurso não conhecido, já que, intempestivo devido ao erro do seu advogado, o único elemento de incerteza é o resultado final do julgamento, elemento a ser considerado para quantificação da chance perdida diante da probabilidade da decisão ser favorável ou desfavorável ao pretenso recorrente.

Cumprindo ainda observar que, em que pese o exemplo indique percentuais, estes não são fixados através de mera disposição matemática, já que não se trata de 50% (cinquenta por cento) de chance de decisão favorável ou 50% (cinquenta por cento) de chance de decisão

desfavorável referente à decisão do recurso que não foi interposto, mas, sim, de percentual que reflita as circunstâncias do fato, atribuindo-se percentual correspondente à verdadeira probabilidade de êxito ou insucesso da vítima.

De igual modo, convém salientar a aplicação do artigo 944, do Código Civil, segundo o qual: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Veja-se que, em que pese o parágrafo único do mencionado artigo, trate da graduação da culpa em relação a indenização, este não guarda qualquer relação com a possibilidade de admissão da responsabilidade pela perda de uma chance, podendo causar graves equívocos em relação as de perda de uma chance. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 210)

Deve-se compreender que o fato da quantificação da indenização pela perda de uma chance observar percentual de probabilidade incidente sobre o valor que teria o dano final, “isto não significa que se esteja concedendo uma indenização parcial. A reparação, mesmo aqui tem como medida a extensão do dano (art. 944 do CC/2002), ou seja, é integral”, o que acontece, como já exaustivamente asseverado, é que a chance perdida terá valor sempre inferior ao dano final, mas continuará a ser uma indenização integral e não parcial. (NORONHA, 2005, p. 36)

Corroborando ao entendimento acima, Rafael Peteffi da Silva (2006, p. 453) sustenta que a indenização pela perda de uma chance não se sujeita a reparação parcial, muito pelo contrário, a indenização arbitrada na perda de uma chance deverá sempre reparar de forma integral a chance perdida, já que se trata de “dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida”.

Desta forma, faz-se necessária total atenção para evitar que casos de responsabilidade pela perda de uma chance se fundamentem no parágrafo único, do art. 944, do CC, o que impediria a reparação integral do dano.

Portanto, a quantificação da indenização pela perda de uma chance decorrerá de um valor baseado na probabilidade, tomando-se como margens o dano final, que sempre será superior à indenização devida.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Realizadas as devidas considerações a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil, das suas especificidades em relação ao advogado, assim como das nuances da aplicação da teoria da perda de uma chance, resta ao último capítulo do presente trabalho de conclusão de curso unir todos os elementos anteriormente elencados, fazendo-se compreender a Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance.

Sob o prisma da aplicação da noção de perda de uma chance, temos que determinadas condutas praticadas pelos advogados podem refletir peculiaridades capazes de ensejar a sua responsabilização, no entanto, tal possibilidade ainda encontra óbices em consequência da pouca difusão e aprofundamento do tema, motivo pelo que será feita uma análise dos casos mais recorrentes em que se vislumbra, na prática do advogado, potencial de reparação civil pela perda de uma chance.

Desse modo, serão analisadas situações em que o erro cometido pelo profissional não é escusável, tratando-se de erro grosseiro, do qual sobrevém a culpa do advogado pela perda de uma chance, a qual, por sua vez, deverá ser avaliada diante da negligência, imprudência ou imperícia comprovada nos autos, uma vez que, para condenação deste profissional é indispensável o cometimento de erro inescusável e apto a causar danos por chances sérias que foram realmente perdidas. (FIGUEIREDO, 2013, p. 51)

Ademais, como visto anteriormente, para identificação do dano causado pela perda de uma chance processual, não basta a verificação da conduta antijurídica adotado pelo advogado aliada à viabilidade do direito discutido, fazendo-se necessária, as reais possibilidades da parte de obter vantagem ou evitar prejuízo, “uma vez que nem sempre os litigantes conseguem transformar vitórias processuais em êxito efetivo.” (MAIA DA SILVA, 2012, p. 250)

Neste diapasão, Fernando Noronha (2005, p. 34) explica que nos casos em que se discute a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance a “procedência da ação de reparação ficará dependente de dupla prova, que tem que ser feita: prova do nexo de causalidade entre o fato antijurídico e o suposto dano e prova do próprio dano”. Veja-se, o dano a que se refere autor, terá que ser comprovado diante da probabilidade da obtenção de vantagem ou de evitar prejuízo, satisfazendo o critério de realidade e seriedade da chance perdida.

5.1 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Conforme já discorrido, o nexo de causalidade é um dos requisitos essenciais à configuração da responsabilidade civil e, conseqüentemente, à verificação do dever de indenizar, uma vez que trata-se a ligação entre a causa e o efeito, isto é, entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

Dessa forma, a doutrina clássica traz a possibilidade de três teorias para identificação do nexo de causalidade, quais sejam: (i) teoria da equivalência de condições; (ii) teoria da causalidade adequada; (iii) teoria do dano direto e imediato.

Para a primeira, todos os eventos identificados são necessários a constatação do dano, razão pela qual a inoportunidade de apenas um deles já faria com que o dano não tivesse ocorrido. Já a segunda teoria determina que as causas além de necessárias, devem ser adequadas, ou seja, busca-se entre diversas causas do dano aquela que apresenta a maior possibilidade de resultado danoso; já a terceira preconiza que diante de várias causas possíveis somente uma pode ser considerada direta e imediata, sem a qual o dano não teria ocorrido.

Importa no presente momento, a observação feita por Sérgio Novais Dias (1999, p. 64), segundo o qual a teoria da causalidade adequada é a que melhor se aplica às ações de responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Assim sendo, para que do comportamento omissivo ou comissivo do advogado possa decorrer obrigação de indenizar pela perda de uma chance, deverá haver um nexo de causalidade adequado, ou seja, a conduta do advogado deve ser tida como consequência presumível do dano suportado pela vítima.

Ainda segundo o autor, apesar dessa análise de causalidade inquestionavelmente decorrer do julgamento do magistrado a respeito dos fatos e provas que permeiam o caso concreto, tal adequação emanará de um juízo de probabilidade onde dado acontecimento “x” terá, provavelmente, como consequência o efeito “y”. Caberá, portanto, ao julgador da demanda, decidir se os prejuízos que se verificam são prováveis consequências da conduta do advogado.

Segundo Fernando Noronha (2005, p. 35) a prova do nexo causal entre a conduta do agente que interrompeu o processo aleatório e os supostos danos suportados deverá observar uma causalidade adequada, para que, depois de provada a causa da interrupção do processo, venha a ser provado o próprio dano, devendo restar claro que este efetivamente existe e que decorreu da conduta do profissional.

É suficiente, para que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada, que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado, em termos em que esse fato antijurídico não passa ser tido como de todo indiferente ao

prejuízo alegado; basta que haja séria possibilidade de ocorrência de dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente.” (NORONHA, 2005, p. 34)

Ademais, como muito bem ensina o autor Sérgio Novais Dias (1999, p. 66), os prazos processuais são, normalmente, peremptórios, desta forma, caso não sejam praticados em determinado lapso temporal não mais poderão ser cumpridos em momento posterior. Assim sendo, caso o advogado deixe de adotar providência necessária que era de sua responsabilidade e seu cliente venha sofrer a perda de uma chance, há de se avaliar se a conduta do advogado teve o condão de causar aquele dano. Há que se perguntar se existe uma causalidade adequada entre a conduta do advogado e os prejuízos eventualmente suportados pela parte.

Note-se que existem situações em que o advogado, como resultado de um raciocínio técnico, entende pela inexistência de chances sérias e reais na interposição de um determinado recurso, mesmo sendo ele cabível. Caso seu cliente, em momento posterior, entenda que a ausência da imposição daquele recurso lhe causou danos, que poderiam ser evitados não fosse a decisão tomada pelo patrono, caberá ao Juiz analisar se o dano ocorrido decorreu realmente da conduta praticada pelo advogado.

“Será preciso reexaminar, detida e minuciosamente, a questão que seria posta a julgamento, para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se era provável o êxito da pretensão do cliente”. (DIAS, 1999, p. 67)

Ainda, de extrema importância é a observação de que objetivamente toda a vez que o advogado perde um prazo, ou deixa de recorrer de uma decisão, há a perda de uma chance do cliente de ver determinada questão tratada ou reexaminada por determinado órgão jurisdicional. Contudo, não se pode considerar a totalidade destas situações como aptas a ensejar a responsabilidade do advogado.

Ocorre que, nas situações em que a matéria discutida não guarda probabilidade de êxito, não se pode cogitar dano causado pelo advogado, “porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta do recurso, pois este, sem chances de êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria ao em favor do cliente”. (DIAS, 1999, p. 67)

Caberá ao advogado demonstrar, no caso concreto, que mesmo que tivesse praticado determinado ato que julgou desnecessário ou que deixou de praticar em tempo hábil, o dano seria ainda existente e suportado pelo cliente, restando claro que, entre a sua conduta e o dano, não há um nexo de causalidade adequado.

Desta forma, alegando o autor que a conduta do advogado causou-lhe a perda de uma chance séria e real, caberá ao profissional, em vista de comprovar os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, demonstrar que cumpriu a obrigação ou a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta desempenhada e o dano ocorrido.

Assim sendo, conclui-se que, a teoria do nexo de causalidade que deve ser considerada nas ações que tratam da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é a teoria da causalidade adequada, razão pela qual o antecedente não é somente necessário mas, sobretudo, o mais adequado a produção do resultado danoso. Assim, não se considera a causa mais próxima, mas a mais determinante para a ocorrência do dano. (MARTINS, 2004, p. 292)

Por fim, insta salientar que tal conclusão é de extrema importância prática, haja vista, nos casos em que o advogado mesmo agindo de forma desidiosa, imprudente ou negligente não for adequadamente responsável pelos prejuízos suportados pelo cliente, não poderá ser condenado a ressarcir os danos oriundos da perda de uma chance.

5.2 A INCERTEZA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como se viu, a aplicação da teoria da perda de uma chance não se fundamenta em caráter de certeza do resultado final, mas, sim, em grau probabilidade que atribui realidade e seriedade às chances perdidas.

Entretanto, nos dias atuais, ainda se busca justificar o indeferimento das ações de responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, sob o fundamento de que a incerteza das decisões judiciais impossibilitaria a identificação da chance efetivamente perdida, já que, em decorrência da conduta do advogado, jamais se saberá se aquela decisão seria favorável ou desfavorável às pretensões da suposta vítima.

É inegável que é impossível prever com certeza se o resultado final do julgamento de uma determinada demanda seria mais benéfico e vantajoso ou mais prejudicial para o cliente que teve determinado procedimento interrompido, isto porque, “o ato de julgar envolve juízo de valor e há sempre a irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz”. (DIAS, 199, p. 45)

Contudo, isso não significa que as decisões judiciais sejam totalmente incertas e, portanto, que não exista a possibilidade de se realizar um juízo de probabilidade a respeito do resultado do julgamento que não se perfectibilizou em decorrência da perda de uma chance. “Não se deseja, nem se espera que as decisões sejam absurdas, destemperadas e totalmente

destoantes da melhor doutrina e jurisprudência”. Assim sendo, nas ações que versam a respeito da responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, deve o magistrado formular uma avaliação de probabilidade do julgamento final dentro do critério da razoabilidade que se espera das decisões judiciais. (DIAS, 199, p. 49)

Não se pode ignorar que desde o início deste trabalho, tem-se claro que a perda de uma chance está essencialmente ligada ao problema de certeza. “A álea que envolve todas as hipóteses de perda de uma chance está em contraposição a essa ideia de certeza” (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 111). Caso os danos fossem certos, fugiriam ao âmbito da responsabilidade civil pela perda de uma chance, passando-se a enquadrar como emergentes ou lucro cessantes, conforme fartamente estudado em momento anterior.

Desta forma, a incerteza da decisão judicial que deu ensejo a demanda de responsabilização do advogado faz parte do instituto da perda de uma chance, sendo necessária, pois, caso contrário, não estaríamos diante da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas, sim, de mera ação de imputação de responsabilidade.

Neste mesmo sentido arvora o autor Fernando Noronha (2005, p. 31), segundo o qual, tendo a conduta antijurídica interrompido o processo, torna-se impossível afirmar que ausente a referida interrupção o resultado aconteceria ou não. Ocorre que, esse é um problema inerente e essencial à natureza do dano oriundo da perda de uma chance, na medida em que, se fosse possível afirmar com certeza que determinado resultado teria acontecido “a hipótese não seria de chance frustrada e não suscitaria as dificuldades da responsabilidade por perda de chances”.

O magistrado que decide as ações que versam sobre reparação pela perda de uma chance julga “virtualmente o mérito da demanda na qual foi cometido o erro do auxiliar de justiça”, em que pese seja tarefa por muitas vezes complexa, não pode ser tida como empecilho a real verificação da responsabilidade civil do advogado pela chance perdida, conferindo o devido tratamento às chances que o cliente teria caso a demanda tivesse seguido o seu curso normal. (PETEFFI DA SILVA, 2007, p. 159)

Ainda seguindo as lições do autor, contribui para tal entendimento “o fato de o Juiz não depender de laudos externos para basear o seu convencimento, ou seja, o próprio magistrado atua como *expert*”. Desta forma, quando o magistrado é provocado a decidir a respeito de uma situação da qual se faça necessário juízo de probabilidade acerca da decisão judicial que não foi proferida em demanda anterior, tal exercício não será estranho a função precípua do julgador, estando plenamente apto a avaliar as chances perdidas pela vítima.

Não se pode olvidar que os julgadores, inobstante a margem de discricionariedade, seja diante dos conceitos normativos abertos, seja diante das peculiaridades da aplicação da norma aos casos concretos, não deixam de ser agentes do poder público subordinados “às restrições que lhe são impostas pela organização estatal que tomou para si a função de julgar os conflitos sociais e delegou ao magistrado a obrigação de decidir”. (ANDRADE, 2007, p. 02)

Assim sendo, o primeiro indicador das decisões judiciais será a norma jurídica, com a devida observância a legalidade, onde o julgador deve aplicar a lei de forma abstrata e impessoal. Destarte, diante da ausência de dispositivo legal expresso e aplicável ao caso concreto, deverá este proceder a adequação da norma, ajustando-a da forma mais adequada. Tal margem de discricionariedade concedida ao Juiz deve observar a finalidade a ser alcançada, restando claro que uso do poder discricionário não implica em ilegalidade, muito menos em abuso de poder.

Ainda seguindo as lições de Sabrina Dourado França Andrade (2007, p. 04), importante realçar que a discricionariedade conferida ao magistrado deve sempre respeitar os limites que fazem com que a sua liberdade de convencimento não extrapole a razoabilidade, a proporcionalidade e a adequação. A decisão proferida pelo magistrado deverá sempre se coadunar com o ordenamento jurídico e com as “concepções sociais vigentes e dominantes, sendo que seus critérios pessoais não haverão de conflitar com o que se considera padrão na sociedade em que se vive”.

Vai mais longe Patrícia Andrade da Fonseca (2014, p. 10 - 11) ao dizer que previsibilidade das decisões judiciais é uma das “principais características de um sistema jurídico em um Estado Democrático Direito. Ela está profunda e indissociavelmente relacionada a um dos pilares do Estado: a segurança jurídica”. Diante disto, não se pode desconsiderar que a decisão a ser proferida pelo juiz ou tribunal em determinada causa, deve esta direcionada ao jurisdicionado, não sendo aceitável que um juiz contrarie o posicionamento jurisprudencialmente construído vindo a julgar de forma totalmente diversa casos iguais.

Desta forma, a decisão do julgador deve ser fundamentada com base na jurisprudência vigente, fazendo com que mesmo se o juiz que julga determinada ação de reparação pela perda de uma chance entendesse pela procedência total da ação que foi interrompida pela falha do advogado, “não poderá conceder uma reparação do dano final de maneira integral, no caso de ser uma matéria que apresente controvérsia jurisprudencial”. (SILVA, p. 160)

Assim sendo, conclui-se que a incerteza que é inerente às decisões judiciais, também é ao próprio instituto da perda de uma chance, de forma que, não pode ser considerada como um entrave à possível condenação do advogado nas ações de responsabilidade civil por perdas de chances sérias e reais. Mais uma vez, cumpre observar que deve ser feito um juízo de probabilidade e não de certeza acerca do resulta final da decisão que poderia ser vantajosa ou prejudicial a vítima.

5.3 HIPÓTESES QUE ENSEJAM A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Neste ultimo tópico, pretende-se analisar algumas das hipóteses mais comuns que podem ensejar a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Ademais, serão analisados julgados exarados dos tribunais pátrios, de modo a refletir como estes vêm aplicando a teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do advogado.

5.3.1 Ausência de Propositura de Ação

Esta é a situação na qual o cliente procura os serviços prestados pelo advogado, assina procuração, fornece os fatos, assim como documentos necessários à propositura de determinação ação, contudo, por culpa do advogado, este deixa prescrever a pretensão do cliente correlata a demanda, acarretando na perda da chance do cliente de ver as suas aspirações examinadas pelo Poder Judiciário.

Exemplificando tal situação, passa-se à análise da decisão proferida pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹², na qual, por maioria, após tecerem uma

¹² DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. DESÍDIA. NÃO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA TEMPESTIVAMENTE. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1.A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE FOI ORIGINALMENTE DESENVOLVIDA PARA DAR RESPOSTAS ÀS PERPLEXIDADES DERIVADAS DA DIFICULDADE DE SE INDENIZAR A FRUSTRAÇÃO DE UMA OPORTUNIDADE DE GANHO, NAS HIPÓTESES EM QUE HÁ CERTEZA QUANTO AO CAUSADOR DO DANO E INCERTEZA QUANTO À RESPECTIVA EXTENSÃO. NESTA SENDA, VERIFICA-SE A PLENA ADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DA REFERIDA TEORIA AOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NEGLIGENTE, DESDE QUE A FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS IMPLIQUE NA FRUSTRAÇÃO DA OPORTUNIDADE DO CONTRATANTE DE ALMEJAR POSIÇÃO MAIS BENÉFICA, A QUAL POSSIVELMENTE SERIA ALCANÇADA SE NÃO HOUVESSE A OCORRÊNCIA DO ILÍCITO PRATICADO. 2.A DOUTRINA MAJORITÁRIA CONSIDERA A INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA TERCEIRA MODALIDADE DE DANO MATERIAL, A MEIO CAMINHO ENTRE O DANO EMERGENTE E OS LUCROS CESSANTES. 3.NA ESPÉCIE FÁTICA RETRATADA NOS AUTOS - PRESCRIÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS EM RAZÃO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR

análise minuciosa a respeito da responsabilidade civil dos advogados réus pela ausência de propositura de ação dentro do prazo prescricional, foi dado provimento parcial a apelação do autor e, em contrapartida, indeferida a apelação dos réus.

Veja-se que, no caso em comento, o autor alega ter contratado os serviços de advocacia prestados pelos réus, objetivando a propositura de reclamação trabalhista em face do seu ex-empregador. Narra o autor que forneceu aos réus todos os fatos e documentos necessários à propositura da demanda, outorgando-lhes procuração com poderes para representá-lo em juízo. Ocorre que, passados alguns meses, os réus contratados pelo autor informaram que a ação ainda não havia sido distribuída, indicando-lhe que procurasse outro advogado para propor a ação. Após seguir a orientação dos réus (até então seus patronos), o autor contatou outro advogado, momento em que, para sua surpresa, obteve a informação de que o seu direito as verbas trabalhistas havia prescrito no período que compreendia o contrato dos serviços com a parte ré.

Diante de tal fato, o autor propôs ação, alegando que suportou prejuízos decorrentes da desídia dos advogados, na medida em que contratou os mesmos 04 (quatro) meses antes de ocorrida a prescrição e que, portanto, a conduta dos réus havia frustrado as suas sérias e reais chances.

Os réus, em suas razões de defesa, arguíram, preliminarmente, a carência do direito de ação do autor, sob o fundamento de que a pretensão do autor estaria baseada “em uma suposta procedência de ação judicial que, aparentemente, não foi proposta” e que, não haveria dano material a ser reparado, já que inexistente “perda comprovada, nem mesmo o pronunciamento da prescrição pelo juízo competente - a Justiça Trabalhista”.

O juízo de piso julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, condenando os réus a indenizar os danos morais causados, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), assim como ao pagamento de sucumbência, custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

ADVOGADOS PREPOSTOS DO SINDICATO RÉU, QUE, POSSUINDO OS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS, NÃO AJUIZARAM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA DE MODO TEMPESTIVO -, O FATOR NEGLIGÊNCIA SE AGLUTINA COM A VARIÁVEL ALTA CHANCE DE SUCESSO A FIM DE EMERGIR O DEVER DE O DEMANDADO INDENIZAR A OPORTUNIDADE PERDIDA. 4. IN CASU, ALÉM DOS DANOS MATERIAIS ORIUNDOS DA FRUSTRAÇÃO DE UMA POSSIBILIDADE REAL DE GANHO, RESSOA CRISTALINO QUE O DESCUIDO INESCUSÁVEL DO DEMANDADO TAMBÉM OCASIONOU DANOS DE ORDEM MORAL AO AUTOR. DE FATO, OS DANOS CAUSADOS AO REQUERENTE TRANSCENDERAM EM MUITO AO MERO DISSABOR OU ABORRECIMENTO, AFETANDO DIRETAMENTE SUA PAZ DE ESPÍRITO E SUA TRANQUILIDADE PSÍQUICA. 5. APELAÇÃO DO RÉU CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-DF, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/12/2013, 2ª Turma Cível)

Insatisfeitos com a decisão do juízo *a quo*, ambas as partes apresentaram apelação. Em sua apelação, insurgiu-se o autor contra o indeferimento dos danos materiais, bem como requereu a majoração do valor arbitrado a título de danos morais.

Para tanto, sustentou o autor que (i) seu direito não poderia ser tratado como mera expectativa, uma vez que, comprovadamente, não recebeu as verbas rescisórias devidas pelo seu ex-empregador; (ii) que a Magistrada do juízo de piso, não se atentou para a gravidade dos danos sofridos quando restabeleceu o quanto indenizatório, haja vista não ser suficiente a compensar o dano, como também não satisfazer o caráter pedagógico; (iii) por fim, requereu o provimento do pedido de danos materiais.

Já os réus, em suas razões alegam (i) não havia provas de que o vínculo empregatício do autor se encerrou na data indicada por este, o que impossibilitaria imaginar se o autor lograria êxito em sua reclamação trabalhista; (ii) a inexistência de dano patrimonial ou moral ao autor.

O Desembargador Waldir Leôncio Junior, fundamentando o seu voto, teceu importantes comentários a respeito da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.

Inicialmente, o magistrado reconheceu que a natureza jurídica dos serviços prestados pelos advogados é contratual, “devendo o mandatário (advogado) buscar todos os meios possíveis para obter o melhor resultado e atentar aos interesses do mandate (cliente), tanto na tutela judicial quanto extrajudicial”. Ademais, o nobre julgador reconheceu que, em que pese coubesse ao advogado aplicar todas as técnicas para buscar o melhor resultado possível, a sua obrigação é de meio e não de fim, o que implicaria certa dificuldade na identificação da responsabilidade civil do advogado, que teria dado ensejo a aplicação da teoria da perda de um chance a este caso.

A respeito desta teoria, arvora o julgador que, trata-se de “uma terceira espécie de dano, intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa” que dentro de um conceito de probabilidade seria atingido pelo autor, se não tivesse sido praticada conduta antijurídica pelos advogados.

No tocante aos danos materiais, o magistrado acertou na sua fundamentação, mas, com a máxima vênia, se equivocou em não deferi-los. Veja-se que o Magistrado procede à correta e coerente averiguação da situação fática originária, identificando a existência de contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre as partes, reconheceu a culpa dos réus que, de forma negligente, deixaram de propor a demanda antes do prazo prescricional,

muito embora tenha sido colocada à sua disposição dos os documentos necessários para a propositura da ação, ao tempo que, ainda, da análise detenta das provas colacionadas autos, reconheceu que o ex-empregador encerrou o contrato de trabalho deixando de quitar as parcelas rescisórias do autor, situação que, muito provavelmente, implicaria na procedência da ação, não fosse a prescrição ocorrida em decorrência da conduta dos réus (advogados).

Dessa forma, confundiu-se o magistrado ao não reconhecer os danos patrimoniais decorrentes da perda de uma chance, inobstante tenha consignado a “probabilidade de êxito da demanda trabalhista em 100%”, mensurando o *quantum* indenizatório no valor pretendido pelo autor na demanda trabalhista que não foi proposta, totalizando um montante de R\$ 19.245,29 (dezenove mil duzentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos).

Porém, como já foi fartamente estudado, não cabe ao magistrado (da demanda que busca a condenação do advogado pela perda de uma chance) julgar e condenar a parte ré na totalidade do valor pretendido pelo autor através da demanda judicial que não foi proposta em decorrência da omissão dos patronos que não propuseram a ação dentro do prazo prescricional.

Deve-se ressarcir a chance perdida, tendo em vista que esta sempre estará no campo da incerteza, ainda que exista grande probabilidade de êxito. Portanto, o valor da indenização deverá ser sempre inferior ao resultado final pretendido pela vítima a ação que restou frustrada.

Desse modo, não deveria o magistrado ter indicado o valor total perquirido pelo autor através de ação trabalhista que não foi proposta e que jamais poderá ser conhecida em seu resultado final.

Diferentemente, em consonância ao entendimento veementemente defendido ao longo deste trabalho monográfico, está a fundamentação discorrida pelo Desembargador J. J. Costa Carvalho em seu voto, no mesmo recurso, nos seguintes termos:

Estabelecida a responsabilidade do réu quanto ao dano material, resta fixar o quantum indenizatório devido.

Nesse ponto, compreendo que, por maior que fosse a probabilidade de ganho, não existe espaço para a responsabilização integral do requerido pelo eventual sucesso da demanda trabalhista, devendo, portanto, o valor da indenização ser minorado proporcionalmente, segundo uma lógica do razoável.

De fato, conforme exposto, o que deve ser indenizado é a justa expectativa da parte autora de que tivesse sua demanda trabalhista apreciada, e não o valor do bem perdido. Destarte, o direito não é uma ciência exata e, como o próprio nome da teoria que ora se discute sugere, estamos a tratar da “perda de uma chance” e não da “perda de uma certeza”.

[...]

Malgrado a dificuldade da fixação do quantum indenizatório nos casos de aplicação da teoria da perda de uma chance, levando em consideração a grave conduta

negligente da parte ré e o prejuízo causado à parte autora, reputo o percentual de 70% sobre a quantia que seria almejada na demanda trabalhista justo e razoável.

Veja-se que é brilhante e adequada a fundamentação adotada pelo nobre magistrado, ao passo em que reconhece a impossibilidade de correspondência entre o valor que o autor esperava alcançar através da demanda trabalhista e o valor da condenação na ação de responsabilidade civil pela chance perdida, identificando, assim, um percentual de 70%, correspondente à probabilidade de êxito, que deverá incidir sobre montante de R\$ 19.245,29 (dezenove mil duzentos e quarenta e cinco reais e vinte e nove centavos), suficiente a indenizar a chance perdida pelo autor.

Tal voto foi acompanhado pelo Desembargador Sérgio Rocha, restando negado provimento a apelação dos réus, dando-se parcial provimento à apelação do autor, reformando parcialmente de decisão de piso, condenando os réus ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 10.000,00 e danos materiais no montante de 70% sobre R\$ 19.245,29 (dezenove mil, duzentos e quarenta e cinco reais e vinte e nove centavos), acrescido de correção monetária e juros de mora, em decorrência da responsabilidade civil dos advogados pela perda de uma chance, qual seja: a falta de propositura de ação.

Resultado diferente pode ser visto na decisão proferida pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos seguintes termos:

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO DE COBRANÇA NÃO AJUIZADA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA REAL PROBABILIDADE DE ÊXITO - DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. Não procede o pedido de indenização por danos materiais, por aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pelo fato do advogado não ter ajuizado a ação, para a qual fora constituído procurador da parte, e ter ocorrido a prescrição da pretensão, se não há prova de uma real probabilidade de êxito daquela demanda. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível. Nº 10718100011912003. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Octavio Augusto De Nigris Boccalini. Julgado em 03 de março de 2015.)

Ajuizaram os autores, ação de indenização por danos materiais supostamente sofridos em decorrência da conduta do réu que, fora contratado para propor ação reclamatória trabalhista, contudo, em que pese a procuração ter sido outorgada no ano de 2000, a ação não foi proposta, restando prescrita a pretensão autoral. Diante de tal situação, aduz o autor em sua petição inicial ter sofrido dano material em decorrência da perda de uma chance de buscar a tutela jurisdicional, em razão da conduta do réu.

O juízo de piso havia julgado parcialmente procedente o pedido. Contudo, o desembargador Octavio Augusto De Nigris Boccalini, ao analisar os fatos que permeavam a

demanda trabalhista que objetivavam propor os autores, entendeu que a incerteza de êxito na ação que deixou de ser ajuizada pelo ora apelado era expressiva, enquanto que, a aplicação da teoria da perda de uma chance exige que seja "séria e real a possibilidade de êxito" da oportunidade frustrada.

Dessa forma, não havendo nos autos a “efetiva demonstração da real probabilidade de êxito na chance perdida” o acórdão deu provimento à apelação, reformando a sentença para julgar improcedente o pedido de condenação por danos materiais formulado pelo autor.

Desta forma, conclui-se pela possibilidade de condenação do advogado pela perda de uma chance quando este, contratado para prestação de serviços advocatícios, por omissão e negligência, deixa de propor demanda para que fora contratado, restando prescrita a pretensão autoral. Contudo, como se viu, não basta a verificação da conduta culposa do advogado, devendo o magistrado ater-se a real e robusta probabilidade de obtenção de êxito através da demanda que deixou de ser ajuizada, caso contrário, não poderá se falar de obrigação de indenizar pela perda de uma chance, haja vista a ausência de chance séria e real, casos em que deverá ser julgada improcedente a ação que objetiva a responsabilização do advogado pela perda de uma chance.

Por fim, nos casos de condenação do patrono negligente, o montante a ser indenizado nunca poderá ser igual ao valor total que pretendia a vítima com ação que não foi proposta, devendo ater-se ao percentual de probabilidade do cliente obter vantagem ou evitar prejuízo, caso a ação tivesse sido efetivamente proposta.

5.3.2 Ausência de Interposição de Recurso

A interposição de recurso se presta a dar ao indivíduo que demanda em juízo uma nova chance de expor as razões que acredita serem em válidas e relevantes na tentativa de reverter decisão que tenha sido desfavorável. Através de tal instrumento processual valoriza-se a certeza, legitimidade e a justiça das decisões judiciais, tendo em vista que toda formação de segunda decisão objetiva garantir melhores condições para que o direito seja corretamente aplicado, “resultando numa decisão de maior qualidade e justiça”. (PUOLI, 2004, p. 335)

Nas demandas propostas pelos clientes, diante a ausência de interposição de recurso, o advogado goza de hipóteses mais amplas de defesa, que vão além das excludentes da responsabilidade civil pontuadas em momento anterior, já que, alguns aspectos podem elidir a constituição da culpa nos casos concretos.

Veja-se que, em que pese o segundo grau de jurisdição seja direito assegurado até mesmo pela Constituição da República Federativa do Brasil, a ausência de interposição de recurso e, conseqüente, o exercício de tal direito, pode ser dispensado pelo próprio cliente diante de uma série de motivos, tais como, prolongamento do lapso temporal para cumprimento da decisão, dispêndio de valores para pagamento de custas processuais, entre outras circunstâncias, que fazem com que a ausência de interposição de recurso se mostre mais interessante ou vantajosa.

Nestes casos, caberá ao profissional do direito, alertar seu cliente das vantagens e desvantagens em fazer uso do recurso cabível, devendo seguir o interesse do seu cliente. Isto é, acabe ao advogado a exposição dos motivos técnicos, demonstração dos benefícios e malefícios que a interposição de recurso poderá ensejar no caso concreto, sendo o cliente responsável por decidir por sua interposição ou não.

Como bem salienta José Carlos Baptista Puoli (2004, p. 349), tal circunstância somente ressoa aos profissionais da advocacia a necessidade de passarem com maior diligência a orientar seus cliente e exigir prova desta orientação e da resposta do cliente por escrito, “como meio de possibilitar ao causídico melhores condições de defesa”.

Ademais, não se pode deixar de considerar que existem situações em que o advogado terá, com razão, motivos plausíveis para negar a interposição do recurso, a exemplo de quando estes tiverem objetivos eminentemente protelatórios, podendo ensejar aplicação de multas pelo magistrado, ou condenação por litigância de má-fé, previstas nos artigos 14, parágrafo único e 17, inciso VII¹³, do CPC. Ainda assim, deverá o patrono informar ao cliente tal situação e, se for o caso, renunciar ao mandado que lhe foi conferido, com a devida antecedência.

Nesse sentido, sustenta José Carlos Baptista Puoli (2014, p. 343), *in verbis*:

E aqui cabe reiterar que é o advogado, e não o jurisdicionado, o mais importante, e ainda que indireto, destinatário da norma em comento. E isto porque é o advogado, e não a parte, quem tem o dever profissional de conhecer a lei e, notadamente, a lei processual, para operá-la nos seus respectivos casos impedindo danos ao sistema ou à própria parte que lhe tenha outorgado procuração. Necessário fixar, em vista do acima exposto, pela própria e direta dicção do nosso direito positivo não mais se pode dizer que o direito aos recursos é ilimitado. E esta conclusão sustenta-se em função de ter sido expressa e diretamente exposta a vontade legal.

Veja-se que, a ausência de interposição de recurso nestes casos, jamais poderia dar ensejo à condenação judicial do advogado ao dever de indenizar, primeiro porque agiu no

¹³ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...] V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

exercício regular das suas funções, em consonância com os princípios e normas que regem o ordenamento jurídico e, especialmente porque, não caracterizam a perda de uma chance, tendo em vista a baixíssima ou inexistente probabilidade de êxito, assim como ausência de dano.

Por fim, válido ressaltar que nem todas as decisões são recorríveis e que, por óbvio, somente se poderá cogitar a perda de uma chance diante da ausência de interposição de recurso quando este era cabível no caso concreto, ou seja, quando este estiver previsto em lei processual contra aquela determinada decisão, sendo, portanto, adequada a hipótese. O advogado jamais poderá ser responsável pela ausência de interposição de recurso nestes casos, haja vista a ausência de previsão legal de medida recursal cabível.

Feitos tais apontamentos indispensáveis, passa-se à análise de julgados que versam sobre o tema em comento.

O primeiro julgado¹⁴ em análise, trata-se de Acórdão em Recurso Especial, ao qual foi negado provimento à unanimidade, mantendo a decisão que indeferiu o pedido de condenação do advogado recorrido por ausência de interposição do recurso de Agravo de Instrumento.

No caso em comento, a recorrente ajuizou ação requerendo indenização em face do advogado que, contratado em outra demanda, perdeu o prazo para interposição de recurso, supostamente causando danos materiais e ofensa à sua honra subjetiva.

¹⁴ 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 dessume 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. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 993.936 - Processo 2007/0233757-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJe: 23 de abril de 2012).

A demanda original se tratava de ação objetivando reconhecimento de união estável, na qual foi julgado improcedente o pedido da Recorrente, razão pela qual interpôs apelação que teve negado provimento, ocasião em que foi contratado o recorrido para a interposição do recurso extraordinário cabível.

Foi negado provimento ao agravo regimental interposto no Tribunal de origem pela recorrente contra a decisão que lhe negou a devolução de prazo para recorrer ao STJ, ensejando interposição do primeiro recurso especial.

A parte adversa intentou embargos infringentes em face do acórdão da apelação, os quais foram providos para reconhecer o seu direito, tendo sido então interposto o segundo recurso especial pela recorrente, o qual negativo de admissibilidade na instância ordinária.

Na ação indenizatória movida em face do patrono, foi proferida sentença indeferindo o pedido, com a condenação da cliente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Por sua vez, o Tribunal Estadual deu parcial provimento à apelação. Opostos embargos de declaração, estes foram parcialmente acolhidos para suprir omissão, esclarecendo que o mero descumprimento contratual não configura dano moral. O advogado recorrido também opôs embargos, que foram rejeitados.

Foi interposto recurso especial, uma vez que, segundo a recorrente, o advogado recorrido teria praticado ato ilícito, qual seja, a perda do prazo para interpor recurso especial. Não foram apresentadas contrarrazões ao apelo, que foi inadmitido na instância originária, tendo subido ao STJ por força do provimento do agravo de instrumento.

Diante de tal situação, o Relator Luis Felipe Salomão proferiu brilhante voto, que foi ratificado pelos demais Ministros, razão pela qual se faz extremamente oportuna a transcrição de trechos que se coadunam com os conceitos esboçados ao longo deste trabalho. Veja-se:

Com efeito, é estreme de dúvida que a responsabilidade profissional do advogado com relação ao seu cliente configura vínculo obrigacional, com nítida natureza contratual.

[...]

A obrigação assumida pelo causídico, em regra, não é de resultado, mas de meio, uma vez que, ao patrocinar a causa, obriga-se a conduzi-la com toda a diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Nessa linha de inteligência, o profissional responde pelos erros de fato e de direito que venha a cometer no desempenho de seu *munus*, sendo certo que a apuração de sua culpa ocorre casuisticamente, o que nem sempre é uma tarefa fácil.

Como se pode depreender de tais trechos, em conformidade com o defendido no presente trabalho, afirma o magistrado, que a responsabilidade do advogado decorrente de

vínculo contratual, tratando-se, via de regra, de obrigação de meio e não de resultado, sendo indispensável a identificação do elemento culpa na conduta externada pelo profissional no caso concreto. Ademais:

Nesse cenário, surge a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), a qual 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. Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a teoria da "perda de uma chance" em categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas tampouco se reduz a um dano hipotético.

[...]

Com efeito, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada 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.

Neste ponto da decisão, o relator remete à natureza autônoma e específica do dano decorrente de perda de uma chance, não devendo ser confundido com os danos emergentes, nem com os lucros cessantes. Se fez atento também a necessária constatação de chances sérias e reais.

Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação ou interposição de recursos, como no caso em apreço, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance.

Em mais um ponto foi muito feliz o julgador, ao ressaltar o fato de que não é a mera constatação de conduta negligente ou imperita do advogado que ensejará a sua responsabilização pela perda de uma chance, fazendo-se necessária a constatação de dano efetivo ao cliente e que, a perda do prazo pura e simplesmente, não poderá ser o elemento final e determinante à atribuição do dever de indenizar.

Ao final, afirma que “não obstante a perda do prazo para interposição do recurso especial, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões” que deram ensejo à inadmissibilidade do primeiro recurso, razão pela qual a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial, teve como fundamento a impossibilidade de o STJ atuar como terceiro grau de jurisdição, circunstância que supera a questão relativa à intempestividade.

Concluiu o magistrado que, ainda que fosse interposto recurso de forma tempestiva, este seria, muito provavelmente, inadmitido, em razão de motivo destoante da conduta negligente do advogado que deixou transcorrer o prazo *in albis*. Assim sendo, em que pese tenha a cliente perdido a chance de apresentar o recurso que pretendia, a sua

probabilidade de êxito era irrisória, razão pela qual não há que se falar em responsabilidade civil deste advogado pela perda de uma chance.

O segundo julgado¹⁵ a ser analisado nesta oportunidade, trata-se de acórdão proferido em face de apelação na qual o apelante pede a reforma da sentença, sob o argumento de que a prestação dos serviços prestados pelo apelado teria ocorrido de forma defeituosa, sendo determinante para a impossibilidade da busca do seu direito em ação trabalhista, tendo em vista que, na ação originária por ele proposta, havia em seu favor a presunção de vínculo trabalhista com a empresa e o direito a uma indenização no valor de R\$256.732,00 (duzentos e cinquenta e seis mil, setecentos e trinta e dois reais), contudo, o juízo trabalhista teria reconhecido a prescrição parcial do pedido e não teria analisado a sua tese, julgando improcedente o pedido.

Afirma, ainda, que o apelado não recorreu da sentença trabalhista, deixando de interpor recurso, ocasionando, desta forma, a perda de uma chance de ver a sua pretensão examinada em grau de recurso.

Diante de tais fatos, requereu em apelação a reforma da decisão de piso para concessão de indenização pela perda de uma chance, no valor de R\$130.000,00 (cento e trinta mil reais) e a compensação dos danos morais no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Por sua vez o apelado arguiu que a negligência ocorrida na demanda trabalhista decorreu por culpa exclusiva do apelado, que teria demorado de apresentar as provas documentais, além de ter omitido a verdade real e, ainda, por não ter apresentado outros documentos para instruir a demanda. Por fim, afirmou que o apelante havia rescindido verbalmente o contrato das partes, requerendo a reforma parcial da sentença a fim de julgar improcedentes todos os pedidos formulados na Inicial.

Da análise detida da ação trabalhista proposta pelo apelante, concluiu o magistrado que “se o apelante/réu tivesse recorrido da sentença, teria alguma chance de obter

¹⁵ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS DECORRENTES DA NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO. CONFIGURAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. SENTENÇA REFORMADA. 1. Embora a obrigação do advogado seja de meio, tal fato não elide o seu dever de prestar serviço adequado aos interesses do seu cliente. 2. O advogado que deixa de cumprir parcialmente a determinação judicial para emendar a petição inicial, não arrola testemunha, nem apresenta réplica ou impugna os documentos da parte contrária, deixa prescrever em parte a pretensão, não recorre da sentença trabalhista quando a jurisprudência lhe era favorável, comete desídia no patrocínio da causa e deve responder pelos danos daí decorrentes. 3. Nesse caso, a indenização é deferida pela perda da oportunidade processual, porquanto o autor não teve a justa defesa no processo trabalhista e, também, pela perda da possibilidade que teria se o escritório/réu tivesse interposto recurso e esse fosse apreciado pelo Segundo Grau da Justiça do Trabalho. 4. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido. 5. Recurso do réu conhecido e desprovido. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível Nº 20130410038077. Quinta Turma Cível. Relator: Sebastião Coelho. Julgado em 15 de abril de 2015.)

um provimento judicial favorável, na instância revisora da Justiça Trabalhista”, tendo em vista que a jurisprudência é dominante no sentido de que a pessoa jurídica, constituída para prestação de serviço nos moldes da relação de emprego, como no caso destes autos, configura fraude aos direitos trabalhistas, fazendo com que a imperícia e negligência do apelando reste comprovadas em decorrência da falta de cuidado no manejo da demanda proposta em nome do cliente, ora apelante, evidenciando-se a falha na prestação do serviço prestado, devendo o advogado responder pelos danos que deu causa.

Acerta o magistrado ao afirmar que: “Não é preciso que haja certeza do direito, pois não há como deduzir que o apelante/autor teria tido êxito na demanda, entretanto o prejuízo é justamente causado pelo fato de não lhe ter sido oportunizada esta possibilidade”.

Contudo, com a máxima vênia, em que pese o desembargador tenha acertado ao afirmar que o valor da indenização “não se vincula propriamente a perda da vantagem ou ao quanto o apelante/autor deixou de auferir no processo trabalhista, uma vez que a procedência do feito não era garantida”, equivoca-se na quantificação da indenização, vez que se utiliza de método de quantificação dos danos extrapatrimoniais, quando, em verdade, deveria usar o critério de quantificação do dano patrimonial decorrente da perda de uma chance, conforme estudado em momento anterior. Veja-se:

Dessa forma, tendo em vista a natureza da lide, a capacidade econômica das partes e o valor da causa daquela demanda, considero razoável a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização pela perda de uma chance, mantendo os demais termos da sentença, com relação a rescisão do contrato das partes e a devolução do valor de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Portanto, deveria o magistrado ter estabelecido um percentual proporcional a probabilidade de êxito do cliente de obter sucesso através da interposição do recurso, não fosse a conduta negligente do advogado, percentual este que deveria incidir sob o valor da vantagem a qual pretendia alcançar o demandante com a ação trabalhista proposta, chegando ao valor a ser indenizado pelo apelado, em decorrência de ter causado a perda de uma chance real e séria do seu cliente de obter vantagem.

Confirma tal entendimento o doutrinador Rafael da Silva Peteffi (2006, p. 453), ao afirmar que:

Se o advogado deixa de interpor um recurso em ação que versava sobre matéria controvertida, o juiz deverá indenizar apenas as chances perdidas, pois não se pode afirmar, com certeza, qual seria o resultado final da demanda. Entretanto, é o resultado final da demanda que representará o valor sobre o qual serão calculadas as chances perdidas. Assim, se a demanda julgada favoravelmente traria uma vantagem econômica de dez mil reais e se, antes de interpor o recurso, a vítima contava com 30% de chances de reverter a sentença que não lhe foi favorável, a indenização final pela perda da chance deverá ser de três mil reais.

Desta forma, conclui-se que, ressalvadas as hipóteses já apontadas que respaldam a não interposição de recurso, deverá o advogado promover a sua interposição, sob pena de responsabilização, uma vez identificada a chance séria e real do cliente obter vantagem ou evitar prejuízo.

5.3.3 Não Comparecimento em Audiência

Como se sabe, salvos os casos em que o advogado foi contratado para redigir peça específica ou realizar um único procedimento diverso do comparecimento em audiência, a contratação de profissional para acompanhar demandas em geral obrigará o advogado a se fazer presente em todos os atos e procedimentos judiciais, tais como ajuizar ação, peticionar nos autos, intervir e comparecer à audiências.

Ao contratar advogado para atuar em demanda e exercer todos os procedimentos necessários e indispensáveis ao seu prosseguimento, o cliente confia que o profissional contratado estará presente em todas as ocasiões vinculadas ao exercício da sua atividade que o vínculo contratual lhe obriga.

Pois bem, considerando que o momento da audiência é de suma importância ao deslinde processual, vez que é momento em que haverá o contato entre as partes e o magistrado que fará o juízo de cognição, a ausência do patrono nesta oportunidade tem o condão de acarretar sérios prejuízos aos seus clientes, especialmente nos casos em que a legislação não prevê a possibilidade do *jus postulandi*.

Cumpra observar que tais prejuízos não serão, via de regra, experimentados pela parte quando a ausência do advogado se em consubstanciada em justa causa, nos moldes do artigo 183, parágrafo 1º¹⁶, do Código de Processo Civil. Isto porque, comprovado motivo relevante e plausível que ampare o não comparecimento em audiência, não será possível atribuir ao advogado o elemento culpa, requisito indispensável à sua responsabilização.

Feitas tais observações, passe-se a análise dos julgados relacionados ao tema.

¹⁶ Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. [...] § 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.

O primeiro julgado¹⁷ é um acórdão proferido nos recursos de apelação apresentados pelas partes em face de sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial.

A primeira apelante (autora) interpôs recurso contra o indeferimento do pedido de condenação da segunda apelante (ré) ao pagamento proporcional da condenação imposta em ação reclamatória trabalhista em que restou revel por não ter sua representante (segunda ré), comparecido à audiência, tendo, ainda, informado à autora a desnecessidade de comparecimento diante do pedido de transferência que teriam formulado.

Diante de tal fato, aduz a negligência a segunda apelante no cumprimento de obrigação pactuada no contrato de prestação de serviços advocatícios, requerendo a reforma da decisão para condená-la ao pagamento dos danos materiais.

Alegou a segunda apelante (ré), a inépcia da inicial no que se refere à pretensão de pagamento proporcional correlata à condenação proveniente da ação trabalhista por ausência de causa de pedir e, no mérito, aduziu ser indevida a restituição do valor recebido a título de honorários contratuais, haja vista a rescisão unilateral, sob a injustificada alegação da revelia, requerendo a reforma da decisão de piso.

O Relator Bayard Ney de Freitas Barcellos, não reconheceu a alegação de inépcia da inicial, entendo que a primeira apelante amparou o pedido de indenização proporcional referente à condenação trabalhista em que restou revel, em decorrência de conduta negligente da segunda apelante, “caracterizada a culpa por negligência, não tendo os causídicos contratados comparecido ao ato”, qual seja, audiência.

No mérito, decidiu o magistrado que “a quebra de confiança entre as partes conduz reconhecer a inviabilidade do prosseguimento da relação negocial, restando incontroversa a rescisão a partir da notificação levada a efeito”, contudo, ainda assim, o contrato firmado entre as partes permaneceu vigente por três meses, período no qual houve cumprimento parcial de tarefas contratadas, razão pela qual, reconheceu como atendidos 20%

¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS. Rescisão do contrato entre as partes passados três meses da contratação, conduzindo à restituição à autora, por parte da banca de advogados contratada, do valor equivalente a 80% do montante recebido a título de verba honorária contratual, consideradas as tarefas jurídicas e de assessoria desenvolvidas no período. A revelia decretada em reclamatória trabalhista, pelo não comparecimento da parte demandada e seu advogado, acarreta a responsabilização da sociedade de advogados ré ao pagamento proporcional de 50% da condenação imposta à reclamada. Perda de uma chance caracterizada. Apelos providos, em parte. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Nº 0034427-28.2014.8.21.7000. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos. Julgado em 20 de maio de 2015.)

dos trabalhos contratados e realizados no período, reduzindo a verba honorária contratada e paga pela primeira apelante.

Já no tocante ao pagamento proporcional da condenação, considerando “que ambas as contratantes tinham ciência da data da audiência e que, o comparecimento da parte desacompanhada de advogado caracteriza revelia” condenou a segunda apelante (ré – contratada) a responder por 50% da condenação imposta, haja vista a hipótese de perda de uma chance.

Em que pese o voto do relator tenha sido acompanhado à unanimidade, com a devida vênia, cumpre tecer algumas observações.

Veja-se que, o magistrado suprimiu a análise de duas premissas essenciais à aplicação da teoria da perda de uma chance, na medida em que fundamentou a condenação da segunda apelante utilizando como base tão somente a conduta negligente desta, sem ponderar a real probabilidade de êxito da demanda precedente, consistente na avaliação da chance perdida ter sido séria e real.

Em consequência desse deslize, incorreu em novo equívoco ao determinar que a segunda apelante deveria responsabilizar-se por 50% da condenação imposta na reclamação trabalhista, por considerar ter havido culpa concorrente, já que a primeira apelante também tinha ciência da data da audiência e suas repercussões, caso não comparecesse.

No entanto, consoante já explicitado alhures, é dever do advogado a prestação de orientações e informações ao cliente, sejam estritamente processuais ou ao processo relacionadas, competindo ao advogado a prévia e efetiva comunicação dos atos judiciais, de modo que não ocorra qualquer eventualidade prejudicial ao seu constituinte.

Dessa forma, o arbitramento dos danos em 50% sob o valor da condenação na reclamação trabalhista não guardou relação direta com os danos oriundos da perda de uma chance efetivamente motivados pelo advogado, caso houvesse a chance séria e real.

Deveria o magistrado ter considerado esses elementos para, enfim, aferir a probabilidade de êxito de evitar prejuízo na demanda trabalhista para, a partir de então, fixar percentual fidedigno à chance perdida.

Passe-se a análise do segundo julgado concernente à hipótese da perda de uma chance em decorrência do não comparecimento à audiência.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS A SEREM INDENIZADOS. A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva

responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa no processo, necessita de demonstração de que a negligência ou desídia do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa. No caso concreto, o alegado prejuízo material da autora resultou de decisão judicial, cuja hipotética possibilidade de reforma não demonstra a ocorrência de dano certo e diretamente decorrente da conduta do advogado réu, não havendo, pois, como amparar a pretensão indenizatória. Apelo desprovido. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70053875126. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Julgado em 12 de junho de 2013)

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido da apelante condenando-a, por conseguinte, ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00.

Em suas razões, alegou a apelante que a conduta do apelado que, mesmo tendo sido contratado para tanto, deixou de comparecer a audiência preliminar e de recorrer, gerando a perda de uma chance e diversos prejuízos de ordem material e moral, motivos pelos quais requereu a reforma integral da sentença.

Em seu voto, o desembargador relator Vicente Barrôco de Vasconcellos, confirmando o entendimento adotado ao longo do presente trabalho, afirma que o prestador de serviços advocatícios responde por erros de fato e de direito que venha a cometer no exercício do mandato, “devendo a apuração da culpa ocorrer caso a caso. Outrossim, mesmo que evidenciada a culpa, a responsabilização do advogado pressupõe nexo de causalidade entre sua negligência profissional e o prejuízo do cliente”.

Afirma o magistrado que, após examinar as provas colacionadas aos autos, verificou que o apelado apresentou contestação à ação possessória proposta contra a apelante e sustentou a ocorrência de prescrição aquisitiva do imóvel, no entanto, a tese não foi acolhida pela sentença em virtude de ter ocorrido interrupção do curso do prazo da prescrição aquisitiva, decorrente do ajuizamento de demanda anterior.

Assim sendo, passou o desembargador à análise da probabilidade de êxito da apelante se não tivesse ocorrido a interrupção do processo pelo advogado, chegando a conclusão de que, ainda que este tivesse comparecido à audiência, a apelante experimentaria os mesmos prejuízos de outrora. Veja-se:

Analisando o caso sob o prisma da probabilidade da autora se sagrar vitoriosa na demanda, não visualizo perda de uma chance em razão do não comparecimento do advogado réu à audiência preliminar, uma vez que o afastamento da tese defensiva de prescrição aquisitiva decorreu de prova eminentemente documental. A realização, por exemplo, de prova técnica ou testemunhal não afastaria a prova documental relativa a outro processo encartada nos autos. Desse modo, não observo perda de uma chance pelo não comparecimento do réu na audiência preliminar.

Mesma sorte atribuiu ao fato de o apelado não ter apresentado recurso em face da sentença desfavorável à apelante, já que a sua interposição não refletiria “uma chance real e de grande probabilidade de êxito, mas apenas de uma oportunidade hipotética e inconsistente de modificação da sentença”, haja vista a tese de interrupção da prescrição aquisitiva explicitada na sentença ser de difícil reversão no caso concreto, “de modo que se o recurso tivesse sido interposto não tangenciava a certeza”.

Nestes termos, negou provimento ao recurso, sob o argumento de que “o prejuízo material da autora resultou de decisão judicial, cuja hipotética possibilidade de reforma não demonstra a ocorrência de dano certo e diretamente decorrente da conduta do advogado réu”, não havendo, pois, como amparar a pretensão indenizatória material.

Cotejados ambos os julgados, veja-se que o relator do segundo acórdão fundamentou o seu voto em estrita observância aos requisitos e elementos essenciais à aplicação da teoria da perda de uma chance, já que não limitou sua análise à conduta negligente do advogado para proferir a decisão, mas, especialmente, observou a inexistência de chance real e séria, no caso concreto, para fundamentar o seu julgamento.

6 CONCLUSÃO

Face ao exposto ao longo do presente trabalho monográfico, depreende-se que a noção de responsabilidade civil somente poderá ser constatada diante da existência cumulativa de seus três pressupostos básicos: a conduta qualificada, o dano e o nexo de causalidade.

A conduta humana é entendida como o ato voluntário e imputável, incluídos aqueles praticados com negligência, imperícia e imprudência, ou ainda omissões daquele que tinha o dever de agir, mas não o fez.

O dano é o elemento que deve ser percebido sobre a perspectiva de efetividade, podendo ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa e previsível da conduta externada. Já o nexo causal é elemento essencial, que deverá ser, obrigatoriamente, identificado nos casos concretos como único elemento capaz de unir ato e dano ensejadores do dever de indenizar.

Existentes tais pressupostos básicos ensejadores da responsabilidade civil, deve-se passar à investigação dos pressupostos específicos relacionados ao profissional liberal tratado neste trabalho, qual seja, o advogado.

Neste ponto, conclui-se que a obrigação do advogado decorre de contrato firmado com o seu cliente, podendo se materializar através do instrumento de mandato e/ou do próprio contrato de prestação de serviços advocatícios, os quais podem ser, inclusive, recusados pelo advogado, situação que ratifica o entendimento de que a relação firmada entre advogado e cliente é contratual.

Ademais, temos que a responsabilidade do advogado é subjetiva, na medida em que é necessária a constatação de culpa nos seus atos, requisito sem o qual não lhe será imputado o dever de indenizar. Muito embora a responsabilidade civil do advogado seja de natureza contratual, o elemento culpa deverá sempre ser verificado, tornando-se, aqui, um dos pressupostos da responsabilidade civil do advogado.

Destarte, conforme evidenciado, a atividade desenvolvida pelo advogado, via de regra, reflete uma obrigação de meio e não de resultado, razão pela qual o advogado não se vincula ao resultado final exitoso das demandas em que atua. Em contrapartida, deverá atuar com o máximo de zelo, diligência e atenção, utilizando-se das melhores técnicas permitidas em direito, objetivando o melhor resultado para o seu cliente.

No que se refere à perda de uma chance, foi visto que, diante da sua natureza peculiar, ostenta a feição de dano autônomo, de forma que tem como base na perda da

oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. Esta perda decorre de um ato que interrompe o curso normal dos acontecimentos antes da concretização do resultado final, características que não se confundem com nenhum outro instituto do ordenamento jurídico, vez que é consubstanciada em requisitos próprios e diferentes das espécies de dano emergente, lucros cessantes e moral.

Nesse particular, a teoria da perda de uma chance somente será aplicável quando identificado, no caso concreto, a existência de chance séria e real, de modo que esta se correlacione com a possibilidade de êxito, não fosse a interrupção ocorrida em seu processo aleatório. Nos casos em que o advogado mesmo agindo de forma desidiosa, imprudente ou negligente não for adequadamente responsável pelos prejuízos suportados pelo cliente, não poderá ser condenado a ressarcir meras expectativas superficiais carentes de seriedade.

Convém, ainda, salientar que a incerteza em face dos resultados finais de tais processos não pode ser entendida como prejudicial à perfectibilização do dano decorrente da perda de uma chance, já que faz parte da sua essência. Isto porque o dano está na chance perdida e não na certeza do resultado final pretendido.

Em vista disso, considerando a importância do exercício profissional do advogado, traduzida pela relevância da sua atuação na defesa do direito do seu cliente, já que, em decorrência de lei, quase na totalidade das circunstâncias, é o único capacitado para atuar em juízo, deve agir com zelo, probidade e competência, na mesma proporção da confiança que lhe foi atribuída.

Isto não significa que advogado deve se sentir tolhido ou intimidado no exercício da sua profissão, tendo em vista que a sua responsabilização somente poderá ser constatada após uma análise aprofundada de todos os elementos anteriormente indicados, sem os quais jamais se poderá atribuir-lhe o dever de indenizar.

Desta forma, defende-se que a aplicação da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance somente será aferida quando caracterizar-se a efetiva oportunidade perdida, tendo decorrido da conduta omissiva ou comissiva do advogado, que não atuou de forma diligente e profissional, repercutindo prejuízos ao seu cliente.

Nesse passo, caberá ao magistrado da demanda indenizatória averiguar detalhadamente cada caso, evidenciando as situações e os critérios necessários e indispensáveis que motivam a responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, utilizando-se dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, além da legislação, doutrina e jurisprudência, para fazer um juízo de probabilidade a cerca do resultado do final que restou prejudicado.

Cumpra ainda observar que, nas demandas indenizatórias propostas em face do advogado, deve-se aplicar a regra geral contida no art. 333 do Código de Processo Civil, cabendo ao cliente, quando da propositura da demanda, trazer aos autos todas as provas constitutivas do seu direito, aplicando-se, contudo, a inversão do ônus da prova apenas nos casos em que restarem satisfeitos os requisitos presentes no art. 6º, inciso VIII do CDC.

No que tange a quantificação da indenização, deverá o magistrado examinar especificamente as chances que efetivamente foram perdidas, definindo a probabilidade de êxito, caso essa não tivesse sido perdida pelo patrono negligente, parâmetro que deverá ser utilizado como base para a indenização, mas nunca se igualando ao resultado final pretendido, pois a indenização deverá ser correlata à chance perdida.

Desta forma, o julgador que deparar-se com a pretensão indenizatória do cliente em face do advogado, decorrente de evento culposo e da perda de uma chance real e séria, em virtude, por exemplo, da ausência de propositura de ação, da ausência de interposição de recurso ou, ainda, do não comparecimento em audiência, deverá arbitrar uma indenização correspondente à chance perdida condenando o advogado desidioso.

Todavia, uma vez inexistentes tais elementos, não poderá o advogado ser condenado a indenizar, sob pena de abuso de direito por uso irregular dos institutos da responsabilidade civil e da perda de uma chance.

REFERÊNCIAS

ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos. A Responsabilidade Civil do Advogado na Teoria da Perda de uma Chance. In: BASAGLIA, Cristiano. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**. Ano XII. Nº 85. São Paulo: Editora Síntese. Set./Out. 2013, p. 09 – 21.

AZEVEDO, Isabela Melo Rêgo. A Natureza Jurídica da Chance Perdida à Luz do Princípio da Dignidade Humana. In: STAUDINGER, Euliene. **Revista da Esmape**. Volume 15. Nº 31. Recife – PE. Editora Esmape. Jan./Jun. 2010, p. 289 – 316.

ARAÚJO, Dalvaney. A Responsabilidade Civil Advinda da Perda de uma Chance. In: ALMEIDA, Renato Franco de. E SILVA, João Batista da. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Nº 15. Belo Horizonte – MG. Editora Periódicos Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Jul./Dez. 2010, p. 260 – 267.

ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado**. Ano 10. Nº 40. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Out./Dez. 2009, p. 178 – 213.

ANDRADE, Sabrina Dourado França. Discricionariedade Judicial e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: **Revista UNIFACS**. Volume 84, 2007. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2007/principal.htm>. Acesso em: 07 de jul. de 2015, p. 01 – 30.

BARREIROS NETO, Jaime. Aspectos gerais da responsabilidade civil do advogado no direito brasileiro. In: BAHIA, Saulo Casali; BOAVENTURA, Edvaldo e PIMENTA, Paulo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Nº. 11. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA. Jan./Dez. 2004, p. 166 – 185.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo – SP. Editora Saraiva. 2015, p. 167, 179, 180, 194, 208, 209, 210, 220.

_____. **Código de Ética da OAB** (1995), de 01 de março de 1995. VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo – SP. Editora Saraiva. 2015, p. 1.090, 1.091.

_____. **Estatuto da Advocacia e da OAB** (1994). Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo – SP. Editora Saraiva. 2015, p. 1.063, 1.064.

_____. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo – SP. Editora Saraiva. 2015, p. 789, 790, 791, 795, 796.

_____. **Constituição de República Federativa do Brasil** (1988), de 05 de outubro de 1988. VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo – SP. Editora Saraiva. 2015, p. 06, 48.

_____. **Código de Processo Civil** (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. VADE MECUM. 19ª Edição. São Paulo – SP. Editora Saraiva. 2015, p. 366, 390.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível Nº 20130410038077. Quinta Turma Cível. Relator: Sebastião Coelho. Julgado em 15 de abril de 2015. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183176460/apelacao-civel-apc-20130410038077> >. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível Nº 20110710042472. Segunda Turma Cível. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior. Julgado em 04 de outubro de 2013. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116340603/apelacao-civel-apc-20110710042472-df-0004173-9420118070007/inteiro-teor-116340620> >. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 993.936 - Processo 2007/0233757-4. Recorrente: Solange Pereira Alves. Recorrido: José Pereira de Rezende Neto. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJe: 23 de abril de 2012. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21596162/recurso-especial-resp-993936-rj-2007-0233757-4-stj/inteiro-teor-21596163> > Acesso em: 27 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788459 - Processo 2005/0172410-9. Recorrente: Bf Utilidades Domésticas Ltda. Recorrida: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DJe: 13 março de 2006. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9> > Acesso em: 27 de outubro de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª Edição, revisada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CAVALLI, Cássio Machado. A norma de configuração do papel social de empresário no direito brasileiro. In: PAIXÃO, Marco Antônio Coutinho; AIQUEL, Luiz Antônio Duarte e COUTO, Sergio. **Revista Jurídica**. Ano 55. Nº 351. Porto Alegre: Editora Notadez. Janeiro de 2007, p. 11 – 20.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 28ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na perda de uma chance**. São Paulo: Editora LTr, 1999.

FONSECA, Patricia Andrade da. **A valorização do Precedente Judicial no Código de Processo Civil**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PatriciaAndradedaFonseca.pdf>. Acesso em: 07 de jul. de 2015.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. A Perda de uma Chance. In: BASAGLIA, Cristiano. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**. Ano XII. Nº 85. São Paulo: Editora Síntese. Set./Out. 2013, p. 49 – 67.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 13ª Edição, revisa, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. **Novo Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 10ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Obrigações**. Volume 2. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. Volume 2. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível. Nº 10718100011912003. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Octavio Augusto De Nigris Bocalini. Julgado em 03 de março de 2015. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172391130/apelacao-civel-ac-10718100011912003-mg> >. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

MAIA DA SILVA, Sílvio. A perda de uma chance civilmente reparável. In: SCHMITT, Ricardo Augusto. **Revista da Unicorp**. Salvador: Editora Universidade Corporativa do TJBA. Jan. 2012, p. 237 – 258.

MARTINS, JOÃO PAULO NERY DOS PASSOS. O Advogado e a sua Responsabilidade Civil. In: MACHADO, Alberto de Paula. FERRAZ, Sergio. **Ética na advocacia: estudos diversos**. Volume 2. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 255 - 306.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por Perda de Chances. In: NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado**. Nº 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Jul./Set. 2005, p. 28 – 46.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. A Responsabilidade pela Perda de uma Chance e as Condições para a sua Aplicação. In: ALVES, Jones Figueirêdo e DELGADO, Mario Luiz. **Novo Código Civil: Questões Controvertidas**. Volume 5. Cap. 18. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 443 – 461.

PUOLI, José Carlos Baptista. Os Limites ao Direito de Recorrer e a Responsabilidade Civil do Advogado perante o Cliente. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende e DINAMARCO, Pedro da Silva. (Coord.). **Linhas Mestras do Processo Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 332 – 351.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Nº 0034427-28.2014.8.21.7000. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos. Julgado em 20 de maio de 2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191639183/apelacao-civel-ac-70058418641-rs/inteiro-teor-191639191> >. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado Nº 0026338-30.2014.8.21.9000. Quarta Turma Recursal Cível. Relator: Luiz Felipe Severo Desassards.

Julgado em 28 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/227212023/recurso-civel-71005028279-rs/inteiro-teor-227212033> >. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70055926794. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Catarina Rita Krieger Martins. Julgado em 25 de setembro de 2013. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113286815/agravo-de-instrumento-ai-70055926794-rs> >. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70053875126. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Julgado em 12 de junho de 2013. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112912514/apelacao-civel-ac-70053875126-rs> >. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

SEBASTIÃO, Jurandir. A Responsabilidade Civil do Advogado e o Ônus da Prova. In: Revista Jurídica. In: PAIXÃO, Marco Antônio Coutinho; AIQUEL, Luiz Antônio Duarte e COUTO, Sergio. **Revista Jurídica**. Ano 55. Nº 351. Porto Alegre: Editora Notadez. Janeiro de 2007, p. 21 - 42

SIMÃO DE MELO, Raimundo. Indenização pela Perda de Uma Chance. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho: **O Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho em Transformação e outros Estudos**. Ano XV, nº. 15. São Paulo: Editora Ltr. Dez. 2007, p. 69 – 76.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Carlos Brandão Ildfonso e RABELO, César Leandro de Almeida. A Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance nas Relações Jurídicas Cíveis e do Trabalho. In: BASAGLIA, Cristiano. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**. Ano XII. Nº 85. São Paulo: Editora Síntese. Set./Out. 2013, p. 22 – 47.