Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.2
2021/02
ISSN 2178-6925

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PERANTE A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

THE LAWYER'S CIVIL RESPONSIBILITY BEFORE THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE

CarlabiancaCabral de Jesus Canevari
Mestranda, Universidade de Rio Verde – UniRV, Brasil
E-mail: carlabiancacanevari@gmail.com

Emanuel Batista Alves
Especialista, SICOOB Rio Verde, Brasil
E-mail: emanoelbatistaalves@gmail.com

Patrícia de Jesus Cabral
Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde, Brasil
E-mail: patricia.jcabral@gmail.com

Dilça Cabral de Jesus
Mestranda, Universidade de Rio Verde – UniRV, Brasil
E-mail: emanoelbatistaalves@gmail.com

Olga Cabral de Jesus Ribeiro
Especialista, Secretaria do Estado de Goiás, Brasil
E-mail: olgacabraldejesusribeiro@gmail.com

Rodrigo Ribeiro Leandro de Sousa
Especialista, Secretaria do Estado de Goiás, Brasil
E-mail: rodrigoconcursos2018@gmail.com
Recebido: 07/06/2021 – Aceito: 07/06/2021

RESUMO

O presente trabalho visa tratar sobre a responsabilidade civil do advogado perante a teoria da perda de uma chance, vislumbrando aspectos relevantes sobre a responsabilidade civil em geral e do advogado. Objetiva-se demonstrar que o advogado, no exercício de sua função, é elemento indispensável à administração da justiça, exercendo assim importante atividade perante a sociedade, e caso venha provocar danos a seus clientes, este deve ser responsabilizado e obrigado a indenizar pelos prejuízos causados. No que tange a responsabilidade do advogado, conforme os estudos feitos, esta em regra é contratual e de meio, uma vez que não se obriga pelo resultado que a ação irá alcançar, porém deve atuar da melhor forma possível para que se alcance um resultado positivo na demanda. Temos também a teoria da perda de uma chance, que é quando se retira de uma pessoa uma chance séria e real de obtenção de uma vantagem na esfera jurídica, de modo que danos hipotéticos ou eventuais não são passíveis de indenização. Então, o que se buscará indenizar não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Por fim, se o advogado ocasionar prejuízo ao seu próprio cliente,

devido a sua conduta, levando o cliente a perder uma oportunidade de ver sua ação julgada em seu favor, ensejará a perda de uma chance, sendo passível de indenização.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil, advogado, perda de uma chance.

ABSTRACT

The present work aims to deal with the legal liability of the lawyer before the theory of the loss of a chance, glimpsing relevant aspects about the civil liability in general and of the lawyer. The objective is to demonstrate that the lawyer, in the exercise of his / her function, is an indispensable element for the administration of justice, thus exercising an important activity before society, and if it causes harm to his clients, he must be held responsible and obliged to compensate for the damages caused . Regarding the responsibility of the lawyer, according to the studies carried out, this rule is usually contractual and means, since it is not bound by the result that the action will achieve, but it must act in the best possible way to achieve a positive result. in demand. We also have the theory of the loss of a chance, which is when a person takes a serious and real chance of obtaining an advantage in the legal sphere, so that hypothetical or eventual damages are not subject to indemnity. So, what will be sought to indemnify is not the loss of the expected advantage, but the loss of the chance of obtaining the advantage or avoiding the loss. Finally, if the lawyer causes damage to his own client, due to his conduct, causing the client to miss an opportunity to see his lawsuit judged in his favor, he will give up the chance of a loss, being liable to indemnity.

Key-words: Civil liability; lawyer; loss of a chance.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a responsabilidade civil do advogado perante a teoria da perda de uma chance. Nesse sentido, buscar-se-ão entendimentos doutrinários e jurisprudências, com vistas a verificar se existe ou não a possibilidade da responsabilização civil do advogado, quando este age com negligência durante o exercício de seu mandato.

Portanto, a perda de uma chance é um instituto, no qual a vítima poderia ter alcançado o seu objetivo se não tivesse sido interrompido por outrem, é importante lembrar que a chance perdida deve ser séria e real, e não hipotética. Assim, o objetivo deste trabalho é avaliar os pressupostos de aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, e analisar a possibilidade de indenizar o cliente que foi prejudicado, em decorrência da negligência da atuação de seu

advogado. Neste sentido, busca-se justificar sobre a aplicabilidade desta teoria e como os tribunais têm se manifestado quanto a esse instituto.

Em relação à metodologia, a pesquisa tem natureza básica. O método escolhido para a realização deste projeto é a pesquisa bibliográfica, uma vez que é elaborada a partir de material já publicado, como doutrinas, artigos da internet e jurisprudências, com o propósito de auxiliar na melhor compreensão das informações que foram coletadas. Quanto aos seus objetivos, é uma pesquisa exploratória, a qual visa proporcionar maior familiaridade do problema com a meta de torná-lo explícito ou construir hipóteses.

O trabalho foi dividido em três partes, sendo que a primeira aborda sobre a responsabilidade civil, sua evolução histórica, seu conceito, pressupostos teóricos, e suas espécies. Já asegunda, trata, especificamente, da responsabilidade civil do advogado, procurando analisar a sua natureza jurídica, qual obrigação o advogado possui perante seus clientes; em quais situações se evidenciam a responsabilidade civil do advogado, como deve ser tratada a responsabilidade civil do advogado liberal nas relações de consumo, do advogado empregado e advogado associado. E por último, na terceira, é realizada uma análise direta da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance, sendo que há uma demonstração dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais da aplicação da teoria da perda de uma chance.

Por fim, a teoria da perda de uma chance, de origem francesa, é um tema da responsabilidade civil ainda pouco difundido, porém vem sendo bem aceito no campo jurisprudencial. E já muito discutido nas doutrinas, vez que tal teoria busca resguardar o direito de alguém que perdeu uma vantagem de obter êxito em alguma demanda, por erro de outrem. Sendo assim, mostrar-se-á a seguir que o advogado deve ser responsabilizado, por dano causado ao seu cliente no exercício de sua profissão.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil existe desde os tempos dos primórdios, ou seja, no início da formação das sociedades, todavia neste período, o que prevalecia era a prática de vingança coletiva, uma vez que se fazia justiça com as próprias mãos. Neste sentido, dispõe Diniz (2014, p. 27): “Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”.

Em relação ao conceito de responsabilidade civil, são vários encontrados na doutrina, vez que para Venosa (2014, p. 1): “O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar”.

Segundo Diniz (2014, p. 50):

> Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal.

Contudo, a responsabilidade civil ocorre quando se impõe a um sujeito a obrigação de assumir as consequências resultantes de um ato lesivo (por ação ou omissão) provocado a outrem, surgindo então o dever de reparação, buscando colocar a vítima o mais próximo possível da posição que estaria caso o dano não tivesse ocorrido.

Para se formar a responsabilidade civil são necessários alguns pressupostos básicos, sendo que estão dispostos no Código Civil, conforme dispõe o art. 186, que diz, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A conduta do agente é um elemento constitutivo da responsabilidade civil, vez que pode ser praticada através de uma ação ou omissão do agente, e este deverá ser responsabilizado caso sua conduta venha atingir outrem, de forma dolosa ou culposa, e essa conduta será praticada através de um ato de vontade que deve ser contrário ao ordenamento jurídico. Nesta linha de raciocínio, ilustra Diniz (2014, p. 56) que:

> A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais.

Portanto, ação é quando o agente exterioriza uma intenção, que se caracteriza na sua conduta, seja ela comissiva ou omissiva, sendo que esta primeira nos traz a ideia da prática de um ato que não deveria concretizar, a segunda, advém da não observância de uma obrigação de agir, ou da prática de certo ato que deveria realizar-se e não o fora feito.

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. (DINIZ, 2014, p. 77).

Podemos dizer então, para que haja responsabilidade civil, deve-se haver dano, uma vez que seria impossível indenizar algo que não fora lesado.

Assim, aduz Diniz (2014, p. 77):

> Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

Logo, a pessoa que mediante um ato não causar dano a outrem, não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem a sua aferição não há que se falar em reparação.

O nexo causal é outro pressuposto de grande importância na responsabilidade civil, uma vez que se refere à ligação entre o fato ocorrido e o dano ocasionado. A responsabilidade civil não existe sem relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

Vejamos o que dispõe Venosa (2014, p. 58), sobre nexo causal:

> O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Já Diniz (2014, p. 131), aduz dizendo que:

> O vínculo entre o prejuízo e ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente

> ou como sua consequência previsível. Tal nexo 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. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

No entanto, existem algumas exceções no que tange ao nexo de causalidade, ou seja, situações que impedem que se concretize o nexo causal, que são a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar (VENOSA, 2014).

Portanto, não havendo configuração entre a conduta do agente e o dano sofrido, não há que se falar em responsabilidade civil, exceto nas exceções no que tange o nexo de causalidade.

Primeiramente, pode-se conceituar culpa, dizendo que “é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar” (VENOSA, 2014, p. 27).

Segundo Diniz (2014, p. 58):

> A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Conforme citação acima exposta, a culpa compreende o dolo, no qual o agente voluntariamente e de forma consciente causa dano a alguém, para melhor compreensão, expõe Stoco (2013, p. 179) “Em proposições simples, o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato. Portanto, o dolo é intenção e vontade dirigida a um fim determinado”. O mesmo autor, diz ainda: “No mundo da culpabilidade, o dolo, como já esclarecido, é a consciência e vontade dirigidas a um fim ou resultado sempre ilícito e desconforme com o Direito. É a ofensa a um dever preexistente de forma consciente e desejada” (STOCO, 2013, p. 183).

Neste sentido, o dolo evidencia-se quando o agente intencionalmente comete e viola o direito de outrem, e mesmo sabendo que causará danos, o agente efetua a conduta.

Em relação ao nosso ordenamento jurídico, temos como regra geral, que para se ressarcir atos ilícitos, praticado por um agente, estes devem decorrer da culpa. (DINIZ, 2014).

Para melhor esclarecer, temos que ato ilícito, segundo Diniz (2014, p. 57), "é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão".

Podemos dizer ainda, que só não teremos a figura da culpa na responsabilidade objetiva (DINIZ, 2014). Portanto, a culpa presume-se da ocorrência da ação ou omissão acarretada por imprudência, negligência ou imperícia.

Pode-se dizer, ainda, referente ao grau da culpa, estipulada pela doutrina que serve como auxílio ao magistrado para fixar o *quantum* indenizatório, conforme estabelece o art. 944 e parágrafo único do CC/2002, que diz:

> Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano.
> Parágrafo Único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2002).

Vejamos o que diz Venosa (2014, p. 32) em relação aos graus da culpa:

> A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar.

Por fim, pode-se dizer que se o ato gerador do dano tiver sido causado pelo elemento culpa, juntamente com outros requisitos, o agente causador da lesão deverá indenizar a vítima.

Em relação às espécies de responsabilidade civil, se subdividem quanto aos elementos que pode ser objetiva e subjetiva, e quanto a sua natureza, que pode ser contratual e extracontratual. Discorrer-se-á sobre cada espécie a seguir.

Pode-se dizer que a responsabilidade objetiva independe de culpa para sua caracterização. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa (VENOSA, 2014, p. 20). Sendo assim, tem-se que a responsabilidade objetiva funda-se na teoria do risco, uma vez que basta o agente exercer uma atividade que crie algum risco capaz de causar dano a outrem. Neste sentido, dispõe Stoco (2013, p. 213):

> Tome-se como exemplo a hipótese do parágrafo único do art. 927 do CC/2002 que, ademais de responsabilizar independentemente de culpa, não impõe que o ato seja ilícito, bastando que a atividade lícita desenvolvida possa implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem e dela, eventualmente, se origine um dano.

No mesmo sentido, aduz Venosa (2014, p. 17):

> A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia, de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independente de culpa sua ou de prepostos.

Temos também a hipótese de culpa presumida, uma vez que ocorre a inversão do ônus da prova, e a vítima só prova a conduta e o dano causado pelo agente, não sendo necessário se provar a culpa, pois esta já é presumida. Sobre tal assunto, aduz Stoco, (2013, p. 213), dizendo: “A necessidade de maior proteção da vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão”.

Por fim, tem-se que a responsabilidade objetiva por força do art. 927, parágrafo único, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize. E nos casos do artigo mencionado, que dispõe, “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Pronuncia-se Venosa (2014, p. 15 e 16):

> A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927. Portanto, na ausência de lei

> expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é ainda a regra geral no direito brasileiro.

Na espécie de responsabilidade tem-se que a culpa é elemento imprescindível para sua caracterização, no qual encontra-se respaldo para esta afirmação nos artigos 186, já mencionado, e 927, *caput*, que diz "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", ambos do CC/2002.

Veja o que dispõe Venosa (2014, p. 15), "Reiteramos, contudo, que o princípio gravitador da responsabilidade extracontratual no Código Civil ainda é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa, pois esta também e a regra geral traduzida no Código em vigor, no *caput* do art. 927".

Pode se aludir então, que na responsabilidade subjetiva, se a mesma decorre de culpa, existe a intenção do agente em causar dano a outrem. Sendo assim, nesta espécie de responsabilidade são necessários quatro elementos, quais sejam a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa, institutos estes já tratados anteriormente.

A responsabilidade civil, desde longa data, vem sendo dividida em sua fonte originária em contratual e extracontratual. (STOCO, 2013, p. 190). Assim sendo, caso ocorra violação a alguma dessas modalidades de responsabilidade, surge à obrigação de indenização.

Existe a distinção dessas duas modalidades de responsabilidade, que segundo Stoco (2013, p. 190 e 191): "Distinguiu a doutrina a responsabilidade decorrente do contrato ou das relações contratuais da responsabilidade decorrente do ato ilícito, ou seja, do mau relacionamento entre pessoas e do descumprimento de um direito preexistente". Sendo assim, a responsabilidade contratual ocorre quando há o descumprimento do contrato, e a responsabilidade extracontratual ocorre em decorrência do cometimento de um ato ilícito. Neste sentido, aduz Stoco (2013, p. 192) "Pode-se então afirmar que a responsabilidade pode decorrer tanto da violação de um dever legal como, ainda, do descumprimento de um dever assumido no contrato".

Em relação à responsabilidade contratual, pode ser feita de forma escrita ou tácita, ou até mesmo de forma verbal, e existem alguns pressupostos essenciais para sua existência, quais sejam: existência de contrato válido; inexecução do contrato; inadimplemento da obrigação assumida; dano; nexo causal; e mora (STOCO, 2013).

Contudo, nota-se que o fundamental é ficar assente que o instituto da responsabilidade em geral compreende todas as regras com base nas quais o autor de um dano fica obrigado a indenizar. (VENOSA, 2014, p. 26).

Contudo, em ambas as formas de responsabilidade existem uma agressão a um dever jurídico existente passível de indenização. A seguir abordar-se-á o tema sobre a responsabilidade civil do advogado, quando este, por algum de seus atos, lesionar seu cliente.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

A princípio deve-se levar em conta, sobre o surgimento do exercício da advocacia, que conforme dispõe Stoco (2013, p. 651) que o exercício da advocacia, como instrumento de defesa dos direitos das pessoas, seus bens e interesses, nasceu no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria. No Brasil, esse exercício como profissão reconhecida teve início com a criação dos cursos jurídicos em 11.08.1827, sendo certo que a OAB foi criada em 1930, através do art. 17 do Dec. 19.408, do Governo Provisório, segundo narrativa de Justino Magno Araújo.

Pode-se dizer então, que o exercício da advocacia como profissão, foi reconhecido a partir dos cursos jurídicos, e hoje no Brasil só recebem a denominação de advogado, os inscritos na OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), uma vez que a faculdade de direito, apenas certifica o aluno como bacharel em direito.

O advogado é elemento indispensável à administração da Justiça, conforme dispõe Diniz, (2014, p. 322): “O advogado no seu ministério privado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça (Lei n. 8.906/94, arts 2° e 6°)”.

Neste sentido, como o advogado exerce importante atividade perante a sociedade, caso venha provocar danos a seus clientes, este deve ser responsabilizado, nos limites da lei, e obrigado a indenizar pelos prejuízos causados.

Efetivamente a responsabilidade de qualquer profissional liberal – gênero de que os advogados são espécie – será, em regra, contratual, ainda que não tenha firmado instrumento escrito com seu cliente (STOCO, 2013, p. 653).

No tocante à responsabilidade do advogado, entre nós ela é contratual, na grande maioria das oportunidades especificamente do mandato (VENOSA, 2014, p. 288).

Vejamos também entendimento de Diniz (2014, p. 319):

> Entendemos que aos profissionais liberais e aos manuais, quer quando se obrigam à realização de uma coisa, como, p. ex., o arquiteto, o pintor etc., quer quando se vinculam à prestação de seus serviços, como p. ex., o advogado, o médico, o dentista, o enfermeiro, se aplicam as noções de obrigação de meio e de resultado, que partem de um contrato. Logo, não poderá deixar de ser contratual a responsabilidade decorrente de infração dessas obrigações.

Segundo entendimentos acima expostos, entende-se então que via de regra, a natureza jurídica da responsabilidade do advogado é contratual. Em relação às exceções, quando se tratar de defensor dativo, defensoria pública, procuradoria de assistência judiciária ou procuradoria do Estado, inexiste relação contratual entre eles (STOCO, 2013).

Para melhores esclarecimentos, vejamos a distinção de obrigação de meio e de resultado. Para Diniz (2014, p. 319 e 320):

> A *obrigação de meio* é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final. (...)
> A *obrigação de resultado* é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com a efetiva produção do resultado colimado.

Em relação à obrigação do advogado, no exercício de suas funções, o mesmo possui obrigação de meio, uma vez que não se obriga pelo resultado que a ação irá alcançar. Deste modo, como o advogado não se obriga a obter ganho da causa, e se este agiu corretamente na demanda, terá direito a honorários advocatícios, ainda que não obtenha êxito (DINIZ, 2014). Neste sentido, aduz Stoco (2013, p. 654):

> Significa, também, que a sua obrigação é desenganadamente de meios, ou seja, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção cuidado e diligência exigidos

> pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado, cuja álea foge do seu domínio.

Portanto, sendo a obrigação de meio, não se pode exigir do advogado que seja sempre vencedor da demanda, e caso este venha perder uma ação, porém fica comprovado que agiu corretamente, acompanhando todas as fases processuais e nelas atuou com pertinência, nada se lhe poderá imputar.

Contudo, como toda regra possui exceções, existem situações em que o advogado, deve assegurar ao seu cliente o resultado que irá alcançar, em relação à obrigação contratada. Sendo assim, aduz Stoco (2013, p. 655):

> Quando esse profissional tem atuação extrajudicial, ou seja, fora do juízo, como jurisconsulto, parecerista, conselheiro ou contratado para tarefa certa, com a redação de um contrato, de um estatuto ou ato constitutivo; de providenciar o registro público desses documentos, então estará assumindo uma obrigação de resultado, pois o contrato objetivou essa finalidade.

Existem algumas situações que geram danos para os clientes, vez que o advogado será obrigado a reparar tais danos. Porém, deve observar cada situação, para se ter a certeza do erro do advogado, sendo que “o advogado não pode ser responsabilizado se recebeu dados falsos ou incompletos do cliente, como por vezes ocorre” (VENOSA, 2014, p. 290). Vejamos entendimento jurisprudencial, citado por Stoco (2013, p. 673):

> Não há culpa por negligência do advogado que não recorre de sentença desfavorável, se foi induzido por informações incorretas do cliente a promover ação temerária, cujo direito, prova irrefutável, comprova inexistir. Inteligência do art. 17 do CPC c.c. o art. 31 e parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906/94 (2° TACSP – 2ª C. – Ap. 520.828-00/8 – Rel. Felipe Ferreira – j. 22.06.98 – RT 758/264).

Dispõe Venosa (2014, p. 291), ainda no mesmo sentido, dizendo que:

> A questão é sempre verificar se a conduta do advogado foi negligente ou se houve manifesta intenção de prejudicar seu constituinte. O advogado responde, em princípio, por erro de fato no desempenho de seu mister e por erro de direito quando ocorrer culpa. Para que ocorra o dever de indenizar, o erro cometido deve ser grave, inescusável e lesivo. Há que se entender por inescusável o erro grosseiro, palmar, inaceitável para um profissional médio.

Em relação à citação acima exposta, traz-se o entendimento jurisprudencial, exposto por Stoco (2013, p. 671):

> O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo (STF – TP – MS 24.073 – Rel. Carlos Velloso – j. 06.11.2002 – RDA 234/360).

Ressalta-se agora, as situações que evidenciam a responsabilidade do advogado, de acordo com Rizzardo (2011, p. 342 e 343) tais como: o aconselhamento errado; a falta de diligência e prudência; o descumprimento do mandato; a incapacidade profissional como o equivocado rito processual imposto pela lei para a lide; o ajuizamento de ações inviáveis, ou o erro na escolha do procedimento, contrárias ao direito; a ignorância da matéria na qual atua; a omissão em alegar matérias pertinentes à defesa. Acrescenta Diniz (2014, p. 323-326) algumas outras situações postas por erros de direito, desde que graves, podendo levar à anulação ou nulidade do processo; erros de fato que cometeu no desempenho da função advocatícia; omissão de conselho; violação de segredo profissional; omissão de informações sobre vantagens e desvantagens da medida judicial proposta e a ser proposta; entre outras.

A fim de exemplificação, abordam-se alguns entendimentos jurisprudenciais, a respeito das situações expostas acima, citados por Stoco (2013, p. 672 e 676):

> Indenização. Responsabilidade civil. Advogado. Propositura de ação inadequada. Circunstância que não proporciona, automaticamente, o direito a eventual ressarcimento pelos danos sofridos. Necessidade de comprovação da total inépcia do profissional e de sua autoria como causador direto do dano. Inocorrência na espécie. Ação improcedente. Sentença confirmada (TJ SP – 1ª C. – Ap. – Rel. Luiz de Azevedo – j. 15.02.90 – RJTJSP 125/176).
>
> *Mandato. Reparação de danos. Perda de prazos processuais. Culpa grave. Indenização devida* – "Do exercício da advocacia exige-se, ao mínimo, o conhecimento de prazos processuais, a fim de que o profissional possa realizar a correta defesa dos interesses do constituinte, nos moldes admitidos pelas regras legais" (2º TACSP – 10ª C. – Ap. 521.964 – Rel. Marcos Martins – j. 24.03.99 – RT 787/144).

Por fim, o advogado deverá indenizar por todos os prejuízos que chegar causar ao seu cliente, e se houver desproporção entre a gravidade de sua culpa e o dano causado, o magistrado poderá reduzir equitativamente à indenização (DINIZ, 2014).

Em relação à responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo, o CDC adota como regra geral a teoria objetiva, e de forma excepcional adota a teoria subjetiva, dependendo assim da comprovação da culpa, está afirmação encontra respaldo no § 4° do art. 14 do CDC, que dispõe "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Neste sentido, dispõe Stoco (2013, p. 655):

> Assim, só se poderá responsabilizar o advogado quando, por dolo e intenção manifesta de prejudicar ou locupletar-se, cause prejuízos ao seu cliente, ou obre com extremada culpa, atuando de modo tão insatisfatório, atabalhoado, displicente e imperito que a relação causal entre esse agir e o resultado fique evidente.

Por fim, a responsabilidade dos profissionais liberais, em relação ao advogado, é incompatível com o sistema adotado pelo CDC, pois, não se trata de responsabilidade objetiva pela imposição da verificação da culpa deste. Assim, esclarece Stoco (2013, p. 656), dizendo:

> Ora, restou demonstrado que o advogado, como profissional liberal, está fora da regência do CDC, como expressamente dispõe o § 4° do art. 14 desse Estatuto, que, ademais, afirmou expressamente que a responsabilidade pessoal desses profissionais apura-se mediante a verificação de culpa. Como o Código do Consumidor só atua e incide em sede de responsabilidade objetiva (sem culpa), incide a lei especial, ou seja, o art. 32 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), que afirma a responsabilidade mediante dolo ou culpa.

Em relação à responsabilidade civil em entre o advogado empregado e advogado associado observam-se situações em que o advogado é contratado por uma empresa, e também quando ele é admitido por alguma sociedade, e quando ele é sócio de sociedade de advogados.

No que tange ao advogado-empregado, contratado pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), possui relação contratual com o empregador por força do contrato de trabalho, e se vier cometer falta grave, poderá ser demitido por justa causa (STOCO, 2013). Em relação a quem será responsável pelos atos praticados por este

advogado-empregado, dispõe Diniz (2014, p. 326) “Se se tratar de advogado-empregado pelo regime da CLT, o empregador assume a responsabilidade, indenizando o lesado, mas tem ação de regresso contra o advogado se agiu culposamente (CC, arts. 932, III, 933 e 934)”.

O advogado admitido por alguma entidade para defender os interesses da sociedade, caso se mostre despreparado para o mister ou cometendo quaisquer das faltas previstas na legislação trabalhista como de natureza grave, também poderá ser demitido com justa causa (STOCO, 2013, p. 663). Neste sentido, continua dizendo o autor (2013, p. 663) que “o advogado empregado não só poderá ser dispensado pelo empregador como, ainda, responderá civilmente pelos prejuízos que causar ao associado ou cooperado”. No que se refere à responsabilidade, aduz Diniz (2014, p. 326):

> Porém, se for advogado-empregado de sociedade de advogados, esta responderá subsidiariamente e ilimitadamente (Estatuto OAB, art. 17). Tal responsabilidade, contudo, é subjetiva (CDC, art. 14, § 4° e Estatuto OAB, art. 32), por ser sociedade de pessoa, com finalidade profissional.

O art. 17 do Estatuto da Advocacia e da OAB, exposto na citação acima “Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer”.

Para melhores esclarecimentos, e nesta mesma linha de raciocínio, aduz Stoco (2013, p. 663):

> Perceba-se, que a responsabilidade, em casos tais, é da sociedade de advogados, pois foi esta que celebrou contrato de prestação de serviços com o cliente, salvo se o advogado tiver subscrito o contrato em nome pessoal e do instrumento de procuração tenha constado apenas o seu nome e não os de todos os advogados integrantes do escritório. Subsidiariamente, porém, responderá o advogado encarregado daquela causa atuando nos autos. Se mais de um tiver atuado, ambos responderão solidariamente, nos termos do art. 942 do CC/2002. Haverá solidariedade apenas entre os advogados, pessoas físicas, que atuaram nos autos.

No que se refere à responsabilidade subsidiária, é aquela, em que existe um responsável principal e outro secundário. Primeiro, se deve tentar o ressarcimento do

responsável principal, caso essa possibilidade seja frustrada, poderá reclamar a situação da dívida do responsável subsidiário (STOCO, 2013).

Por fim, tem-se a situação de quando de tratar de advogado-sócio, no qual, dispõe Diniz (2014, p. 326):

> Em se tratando de advogado-sócio integrante de sociedade de advogados (Provimento 112/2206 – Conselho Federal da OAB), sua responsabilidade será solidária e ilimitada perante os demais sócios e clientes, podendo responder com seus bens pessoais. Mas nada obsta que o contrato social limite a responsabilidade dos advogados-sócios.

Passar-se-á agora ao próximo capítulo, no qual analisará o instituto da teoria da perda de uma chance, a qual será o alvo de maior exploração, e assim busca-se demonstrar a responsabilidade civil do advogado voltado para essa teoria.

4 INSTITUTO DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE

À priori, quando se fala de chance, encontra-se em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro (VENOSA, 2014, p. 44). O termo chance significa também, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda (SAVI, 2012, p. 13). Já no que tange a teoria da perda de uma chance segundo Diniz (2014, p. 87), “Enfim, a perda da chance é de modo genérico, a frustração de probabilidade de obtenção de um benefício na esfera jurídica de quem foi lesado, moral ou patrimonialmente, por um ato comissivo ou omissivo do lesante”. Por fim, dispõe-se entendimento de Rizzardo (2011, p. 58), que diz:

> Criou-se uma justificativa para conceder uma indenização quando há a perspectiva de um sucesso, de uma vantagem, de um ganho, de um prêmio, e, posteriormente, se retira ou se frustra essa previsão. É o que convencionou denominar “teoria da perda da chance”, pela qual se concede uma indenização em favor daquele que perde a viabilidade da vantagem, ou pela frustração de uma oportunidade, de uma esperança.

Em relação à origem da teoria da Perda de uma Chance, dispõe Rizzardo, (2011, p. 59):

> Não é recente a criação do embasamento jurídico que leva a indenizar, tendo surgido na França (*compensationpour l aperte d´une chance*) na primeira década depois da metade do século

> passado, expandindo-se para países europeus, como na Espanha, na Itália e nos Estados Unidos.

Essa teoria tem relação quando se retira da pessoa uma chance real de obter uma vantagem. Neste sentido, dispõe Lopes (2007, s/p), em seu artigo Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance:

> Na perda de uma chance o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vitima; a sua responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Assim, vislumbramos que o fato em si não ocorreu, por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente. Então, o que se quer indenizar aqui não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo.

No entanto, não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização, uma vez que a chance deve ser séria e real (SAVI, 2012). Neste mesmo diapasão, dispõe Gonçalves (2012, p. 227): “Mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível”. Portanto, dispõe Rocha em seu artigo: A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro (2010, s/p): “Inicialmente, impõe-se o requisito de demonstração da seriedade das chances perdidas. Não basta a mera possibilidade da ocorrência da chance, é preciso que esta seja séria e real, de modo que danos hipotéticos ou eventuais não são passíveis de indenização”. E para fins de complementação, ressalta-se o entendimento de Lopes em seu artigo Responsabilidade civil pela perda de uma chance (2007, s/p), no que diz respeito à chance séria e real:

> Para a concessão da indenização com base na perda de uma chance, além da comprovação da perda da vítima da oportunidade de auferir o resultado almejado, a perda desta chance deve ser séria e real, pois simples esperanças subjetivas e danos meramente hipotéticos não são capazes de ensejar a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Sendo assim, para que seja imputado ao agente a obrigação de reparar o dano ocasionado à vitima, deve-se atentar para o caráter de certeza do dano em análise, ou seja, se o mesmo é passível de ensejar algum tipo de reparação civil.
>
> Sendo assim, desde que possa ser comprovado que caso não tivesse ocorrido a ação ou omissão do agente, a vítima teria uma chance séria e real de conseguir o resultado esperado, fica

> configurada a responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance.

Essa teoria não possui muito respaldo no Brasil, porém vem ganhando lugar nas jurisprudências e até mesmo nas doutrinas. Pode-se dizer também que essa teoria, é como se fosse uma nova concepção de dano, conforme elucida Lopes em seu artigo Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance (2007, s.p.) ao dizer que:

> Essa nova concepção de dano passível de indenização teve origem a partir da análise de casos concretos que levavam a compreender que independentemente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a este resultado fosse responsabilizado portanto, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta.

Neste mesmo sentido, dispõe Stoco (2013, p. 244): “Em derradeira síntese, segundo parece, apenas a perda da chance enquanto tal poderá vir a ser merecedora de atenção e consideração para efeito de reparação e não o suposto resultado que ela viesse a permitir”.

Nesse diapasão, deve-se verificar que a busca é pela indenização pela perda de se conquistar algo, ou evitar um prejuízo, e não por perder a vantagem de algo. Pode-se citar como exemplo, quando se omite o advogado de interpor um recurso processual em uma ação, tirando a oportunidade de reverter a decisão proferida em instância inferior (RIZZARDO, 2011, p. 58).

Para melhor compreensão do exposto acima, segue jurisprudência, citada por Stoco (2013, p. 676):

> A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (STJ – 3° T. – Resp. 110466-5/RS – Rel. Massami Uyeda – J. 09.06.2009 – RSTJ 216/465).

Alguns exemplos, nos quais está presente a perda da chance, expostos por Diniz (2014, p. 87):

> O ato culposo de um advogado que se atrasa, sem motivo justificável, em audiência e instrução, determinando revelia e confissão, inviabilizando a chance de vencer a demanda (2º TACSP – Ap. Cível n. 620.806-00/0 – rel. Des. Ferraz Felizardo

> – j. 25.6.2002) ou que não apresenta recurso cabível, retirando de seu constituinte a oportunidade de ver sua pretensão examinada em instância superior, que poderia dar-lhe ganho de causa; jogador de tênis que tem carreira frustrada por acidente que paralisa seu braço direito; candidato a concurso público que, por um acidente de trânsito, se vê impedido de comparecer na data marcada para o exame etc.

Por fim, em relação à indenização, quando há perda de chance, o que se indeniza é a potencialidade da perda e não se leva em conta a perda efetiva (VENOSA, 2014, p. 293). Neste sentido, dispõe Gonçalves (2012, p. 227): "A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada". E ainda há o que diz Savi (2012, p. 77): "Conforme exposto ao longo desse livro, a indenização pela chance perdida será sempre inferior ao montante que a parte receberia se a oportunidade de um ganho não tivesse sido perdida e o ganho tivesse se verificado".

Conforme já disposto anteriormente, a teoria da perda de uma chance é um assunto relativamente novo no âmbito jurídico, ainda não muito esmiuçado na doutrina brasileira, porém várias decisões já foram tomadas pelos tribunais. Segundo Savi (2012, p. 47 e 48):

> O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990, relatado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Curiosamente, neste caso a análise da teoria foi feita justamente para dizer que não se aplicava ao caso concreto.
> Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A autora da ação havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretam névoa no olho operado.

Portanto na situação exposta acima, não foi concretizada a teoria da perda de uma chance, vez que ao analisar o caso chegou-se a conclusão que havia ocorrido erro médico, assim, foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo que se falar em indenização pela perda de uma chance (SAVI, 2012).

Logo depois, ocorreu outra situação, na qual houve aplicação de tal teoria, segue entendimento jurisprudencial, citado por Savi (2012, p. 49):

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato á sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance (TJRS, 5° Câmara Cível, Apelação Cível n° 591.064.837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar. Julgada em 29/8/1991).

Portanto, em relação à aplicação adequada da teoria por perda de uma chance, conforme já dito, as chances perdidas devem ser consideradas sérias e reais. Nota-se um julgado, no qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu-se indenização pela perda de uma chance que não era séria, tampouco real. Tratava-se de mera possibilidade, de um dano hipotético e, por isso, não indenizável. Confira-se a ementa (SAVI, 2012, p. 62 e 63):

> ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE. DANOS MORAIS. PENSIONAMENTE VITALÍCIO. AJUDA DE CUSTO. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO-MÍNIMO . PERDA DE UMA CHANCE. I – Vítima que confiou poder cruzar a via em segurança, já que o sinal estaria 'mudando', age de modo imprudente. II – Motorista que teve condições de ver a vítima, tendo, assim, também condições de acionar a buzina do veículo ou até mesmo acionar os freios, considerando a baixa velocidade em que trafegava, já que lhe era previsível a possibilidade de ela vir, efetivamente, a tentar atravessar a avenida, como tentou fazer, despreza a cautela que se impunha. III – É sabido que a remuneração de prestador de serviços especializados ultrapassa em muito a soma de um salário-mínimo, mormente considerando o fato de que, eventualmente, deverá a contratante também arcar com as despesas trabalhistas. Verba majorada. IV – Sendo a vítima trabalhadora autônoma, revendendo produtos de beleza, é coerente a presunção de que auferisse, no mínimo, dois salários-mínimos mensais a título de remuneração, restando evidente que teria ascensão profissional, visto que, na época do acidente, contava apenas 19 anos, estudava e tencionava fazer curso superior em Pedagogia. V – Acidente que a privou de uma chance plausível de ascensão profissional a médio prazo. VI – A norma que veda a vinculação com o salário-mínimo não incide na situação em apreço, visto que visa a impedir que o salário seja utilizado como indexador de preços e de tarifas, sendo que a lei proíbe a vinculação, e não a adoção do salário-mínimo. Apelo desprovido e recurso adesivo parcialmente provido (TJRS, 9° Câmara Cível, Apelação Cível n° 598.460.244, Rel. Des. Mara LarsenChechi, julgado em 28/4/1999).

De acordo com Savi (2012, p. 63 e 64):

> Não obstante a gravidade do acidente, entendemos que, *in casu*, não há como falar em uma chance séria e real. A autora tinha 19 anos, sequer havia escolhido a profissão que pretendia cursar e não estava participando de vestibular ara qualquer universidade. Sua profissão era de revendedora de produtos de beleza e é impossível afirmar se ela não continuaria trabalhando nesta profissão.

Deve-se enfatizar também, que a vítima deverá produzir provas a respeito da chance perdida de se alcançar certo resultado, devido à ocorrência de algum fato. Observe jurisprudência a respeito exposta por Venosa (2014, p. 292):

> Responsabilidade civil – Contrato de prestação de serviços de advocacia – Perda de uma chance – Necessidade da prova, pelo autor da demanda, da probabilidade de sucesso no processo não iniciado pelos advogados. Prova não produzida. Sentença reformada. Apelações providas (TJPR – Acórdão 0839912-6, Rel. Juiz Conv. Subst. Albino JacomelGuerios – DJe 24-4-2012 – p. 534).

Por fim, quando se aborda em chance perdida, é aquela que não pode ser retornada, devendo ser séria e real, sendo assim, a pessoa tem o direito de ter uma indenização neste caso.

Em relação à natureza jurídica da perda de uma chance, existe muita controvérsia a respeito, possuindo assim, diversos posicionamentos, portanto, torna-se necessário pontuar alguns entendimentos a respeito desta natureza.

Primeiramente, menciona-se um entendimento geral, exposto por Savi (2012, p.47):

> Alguns julgados entendem que a perda da chance deva ser considerada uma modalidade de dano moral ou, em outras palavras, que seria capaz apenas de gerar um dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os tribunais, na maioria das vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucro cessante. Raramente encontramos julgados entendendo que a perda de chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente.

Logo em seguida, Savi dispõe sobre a perda da chance como um agregador do dano moral (2012, p. 50):

> Em muitas ocasiões a questão da existência de uma chance séria e real foi enfrentada adequadamente pelos Tribunais. Todavia, ao decidirem acerca das consequências da frustração da oportunidade, diversos tribunais entenderam que a vítima somente poderia ter sofrido danos morais. Em outras palavras, há inúmeros precedentes entendendo que a frustração de uma chance séria e real somente deva ser considerada como um "agregador" do dano moral, refletindo no montante da indenização a este título.

Para melhor compreensão, veja entendimento jurisprudencial mencionada pelo autor acima citado, a qual nos traz um bom exemplo da correta aferição da certeza da chance perdida, mas que enquadra este dano como modalidade de dano moral (2012, p. 50 e 51):

> RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO PELOS FISCAIS DAS NORMAS DO MANUAL DE INSTRUÇÕES. EXTRAVIO DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL. Demonstrada a falha na aplicação de prova prática de datilografia em concurso público pela inobservância das regras do Manual de Instruções para Fiscalização, segundo as quais deveriam ser recolhidas todas as cinco folhas entregues ao candidato, cabia à Administração Pública comprovar que este não as restituíra. Na falta desta prova, é de se presumir que a prova restou extraviada por culpa da Administração. Hipótese em que restou demonstrada a violação ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos com a perda da chance concreta de lograr aprovação e de ser nomeado. Embargos acolhidos. Votos vencidos (TJRS, Embargos Infringentes n° 598.164.077, 1° Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 6/11/1998).

Continua discorrendo Savi (2012, p. 51):

> Diante da seriedade da chance perdida, o Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação, condenando o réu ao pagamento, a título de dano moral, da quantia correspondente a cinco vencimentos do cargo de oficial escrevente de entrância final. A 2° Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento, por maioria, ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul para julgar procedente o pedido. O voto vencido

> que prevaleceu no julgamento dos Embargos Infringentes deu provimento ao recurso do Autor para elevar a condenação para dez vencimentos, também a título de danos morais.

Pode-se dizer também que a chance perdida, em relação a sua indenização, não se limita apenas aos danos extrapatrimoniais, ela pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. Segundo Diniz (2014, p. 88) a responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

No mesmo sentido, elucida Savi (2012, p. 56): “Como em diversas outras hipóteses mais comuns e recorrentes no direito brasileiro, a frustração da oportunidade da vítima pelo ofensor poderá causar a esta danos de naturezas distintas, patrimonial e extrapatrimonial”. O mesmo autor diz ainda (2012, p. 57 e 60):

> Ou seja, não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de causar um dano material, poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral. Até porque, como visto ao longo deste livro, a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram como uma subespécie de dano emergente. (...) Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material, poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessário, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente.

Conforme exposto, pode-se verificar que existe a possibilidade de danos de naturezas distintas, patrimoniais e extrapatrimoniais, nos casos de perda de chance, sendo assim, segue jurisprudência citada por Savi (2012, p. 81), corroborando com este entendimento:

> PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE

> APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.
> - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.
> - Ao perder, de forma negligente, o prazo para interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda 'de uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.
> – A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.
> – A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.
> – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da súmula 7, STJ.
> - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STJ. Recurso Especial não conhecido (STJ, Recurso Especial n° 1.079.1850-MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, DJ em 4/8/2009).

Pela simples leitura da ementa, podemos perceber tratar-se de um caso clássico de responsabilidade civil por perda de uma chance, em que o advogado contratado pelo autor da ação indenizatória agiu de forma negligente, perdendo o prazo para a interposição de um recurso de apelação em favor de seu constituinte (SAVI, 2012, p. 82). Para melhor visualização, de que a perda de uma chance pode dar origem a danos de distintas naturezas, traz-se o trecho do voto da ministra Nancy Andrighi, exposto por Savi (2012, p. 83):

> [...] A sentença, nesse ponto mantida pelo Tribunal de origem, posiciona-se na tese de que a aplicação da teoria da perda da chance só pode levar ao ressarcimento de danos morais. Com a devida vênia aos entendimentos em contrário, a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos, que só não são relevantes nesta hipótese porque o pedido encontra-se bem

> delimitado e, além disso, como demonstrei, tais prejuízos foram objetos de ações diversas. Destaco a recente doutrina sobre o tema: '[...] não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerado um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral' [...].

Destacam-se também considerações acerca desta natureza extrapatrimonial, disposta por Diniz (2014, p. 89):

> A perda da chance, oriunda de lesão extrapatrimonial, abarca o *dano existencial*, ou dano a um projeto de vida, por ser uma lesão à existência e à dignidade da pessoa, decorrente da violação de um de seus direitos fundamentais, que provoca frustração, ou melhor, modificação nas atividades cotidianas por ela exercidas na consecução de um plano de vida pessoal, pouco importando a repercussão econômica, dando azo a um ressarcimento para que haja proteção à personalidade. P. ex.: senhora, que costumava viajar com amigas, é atropelada e fica obrigada a usar cadeira de rodas, sofre dano existencial, por haver uma alteração em seus hábitos e deterioração em sua qualidade de vida, por perder convívio com seu grupo de viagem e alegria de conhecer o mundo. Houve uma privação em sua liberdade ou em seu direito de fazer ou deixar de fazer o que aprouver ou de concretizar metas.

Faz-se necessário, trazer alguns conceitos, para melhor compreensão do assunto, vez que, segundo Venosa (2014, p. 45):

> O *dano patrimonial*, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.
> O *dano emergente*, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*.
> O *lucro cessante* traduz-se na dicção legal, o que a vítima *razoavelmente* deixou de lucrar.

E este mesmo autor acima mencionado entende que "a denominada 'perda de chance' pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante" (VENOSA, 2014, p. 322).

Neste sentido, dispõe Rocha (2010, p. 55), em seu artigo A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro, fazendo distinção entre o dano da chance perdida e os lucros cessantes:

> O lucro cessante compreende a indenização pelo valor integral do que a vítima razoavelmente deixou de auferir, baseado em uma certeza do que ela esperaria ganhar em um futuro considerando o prosseguimento normal de suas atividades.
> Nos casos de perda de uma chance, a indenização é concedida não pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de se alcançar a vantagem, sendo inviável a comprovação da certeza do dano definitivo, bem como a reparação integral deste.

E para esta mesma autora, o dano da perda da chance é autônomo e pode ser considerado um dano emergente, o qual será reparado de acordo com o valor da chance perdida (2010, p. 55). Corroborando com este entendimento, dispõe Lopes (2007), em seu artigo Responsabilidade Civil Pela Perda De Uma Chance (2007):

> Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucro cessante, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.

Por fim, diante todos os posicionamentos expostos no que tange a natureza jurídica da teoria da perda da chance, tem-se que, em se tratando de chance séria e real, será passível de indenização, e conforme dispõe Venosa (2014, 323), “ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda”. O autor ainda diz mais: “a indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte” (VENOSA, 2014, p. 44).

Na pauta da responsabilidade civil do advogado perante a teoria da perda de uma chance, inicialmente, deve-se relembrar que o advogado no exercício de sua profissão tem obrigação de meio e contratual, via de regra, vez que não assegura ao seu cliente um resultado satisfatório ao final da demanda, porém ele tem o dever de se desempenhar na causa e fazer tudo que estiver ao seu alcance para sair vitorioso na demanda. No entanto, pode ocorrer do advogado ocasionar prejuízo ao seu próprio cliente, devido a sua conduta, levando o cliente perder uma oportunidade de ver sua ação julgada em seu favor, ensejando assim a perda de uma chance. Neste sentido, preleciona Diniz (2014, p. 323) “O advogado que tiver uma causa sob seu patrocínio deverá esforçar-se para que ela tenha bom termo, de modo que não poderá ser

responsabilizado se vier a perder a demanda, a não ser que o insucesso seja oriundo de culpa sua".

Dispõe ainda Venosa (2014, p. 291):

> Na esfera da responsabilidade do advogado, em muitas oportunidades vem à baila sua desídia ou retardamento na propositura de uma ação judicial; perda do prazo de contestar ou recorrer etc. Nesse campo, tem aplicação o que falamos neste volume acerca da denominada perda de chance.

Para exemplificar o disposto acima, seguem jurisprudências dispostas também por Venosa (2014, p. 291 e 292):

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Contrato de mandato. Obrigação de meio, não de resultado. Prova do inadimplemento contratual por parte do advogado. Danos morais. Ocorrência. Indenização mantida. Teoria da perda de uma chance. Não aplicação. Incidência da teoria da causalidade adequada. Reconvenção. Preclusão consumativa. Impossibilidade de análise do pedido. Recursos desprovidos (TJSP – Ap. 0002794-19.2011.8.26.0451, 26-8-2013, Rel. Antônio Nascimento).
>
> Processo civil e direito civil – Responsabilidade civil contratual – Advogado – Perda de uma chance – Preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa – Danos materiais e morais – Configuração. I – A falta de intimação pessoal do réu para comparecer à audiência de instrução e julgamento não configura cerceamento de defesa, se seu advogado, munido dos poderes para transigir, foi devidamente intimado da data da sua realização por meio de publicação no órgão oficial. Precedente. II – Configura responsabilidade civil contratual a perda de prazo pelo advogado para o ajuizamento de ação, que tenha culminado na prescrição da pretensão do seu cliente. III – A responsabilização fundada na perda de uma chance, conforme reiterado entendimento do STJ, deve ser lastreada na análise das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. IV – Evidenciado que a autora tinha sérias chances de se sagrar vitoriosa no litígio acaso se patrono tivesse ajuizado a ação, deve o último indenizar-lhe o valor econômico que deveria auferir acaso aquela lograsse sucesso. V – Ocasiona danos morais ao cliente a forte angústia e sofrimento ensejados em razão da verificação, anos após, que, embora contratado, o advogado não ingressou com a demanda. VI – Apelação do réu improvida e da autora parcialmente provida (TJDFT – Proc. 20060111274804 – (507687), 1°-6-2011 – Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis).

Portanto, no que tange a responsabilidade do advogado, deve-se verificar sempre se a conduta do advogado foi negligente ou se houve manifesta intenção de prejudicar seu constituinte (VENOSA, 2014). Ocorrendo essas situações, surge o dever de indenizar, e neste sentido, aduz Savi (2012, p. 86):

> Nos casos de responsabilidade de profissionais de advocacia por condutas negligentes, há que se fazer uma "detida análise das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico [...] É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa".

Traz-se a seguinte jurisprudência, citada por Stoco (2013, p. 676), uma vez que, por negligência do advogado, por interpor ação após o decurso do prazo, fez com que seu cliente perdesse a chance de ver sua ação examinada pelo judiciário:

> Responsabilidade civil. Advogado. Negligência na atuação profissional. Caracterização. Ação trabalhista proposta só após o decurso do prazo de prescrição. Impossibilidade, entretanto, de avaliar o direito do reclamante. Indenização pela perda da chance de ver o pleito examinado pelo Judiciário. Modalidade de dano moral. Recurso provido para julgar procedente a ação (1° TACSP – 8° C. – Ap. 680.655 – j. 23.10.96 – Repert. IOB Jurisp. 3/12.892).

Portanto, na perda da chance por culpa do advogado, o que se indeniza é a negativa de possibilidade de o constituinte ter seu processo apreciado pelo judiciário, e não o valor que eventualmente esse processo poderia propiciar-lhe no final. O mesmo se diga quando a parte se vê obstada de seu processo ser revisto em segundo grau, porque o advogado deixa de interpor recurso (2014, p. 293). Segue jurisprudência neste sentido, citada por Venosa (2014, p. 293):

> O prejuízo da parte consiste na perda da possibilidade de ver apreciado o mérito da causa na instância superior. Não se configurando qualquer causa de exclusão de responsabilidade civil do advogado, impõe-se a procedência do pedido indenizatório, com fixação da indenização através de arbitramento em liquidação de sentença, levando-se em conta que o dano corresponde apenas a perda de uma chance (TJPR, Ap. 833, Rel. Des. Carlos Hoffmann, 5ª Câmara Cível, publ. 22-4-19960.

De qualquer modo, no âmbito da reponsabilidade do advogado, é imperativo que o cliente comprove que tenha sofrido um prejuízo certo e não meramente

hipotético, ainda que dentro dos pressupostos da perda da chance (VENOSA, 2014, p. 294).

Enfim, a responsabilidade civil nos casos de perda de uma chance tem sido amplamente aceita pelos tribunais, que atualmente vem se posicionando a favor da vítima que sofreu com a chance frustrada, levando em conta, nos casos da responsabilidade do advogado, se a conduta praticada por este, levou seu cliente a perder uma chance.

5 CONCLUSÃO

Com base neste estudo, conclui-se que a teoria da perda de uma chance, mesmo sendo um assunto novo no âmbito jurídico, já é utilizada por vários tribunais. E assim, permitiu analisar que o advogado poderá ser responsabilizado civilmente pela perda de uma chance, que ocorre quando este ocasiona prejuízo ao seu próprio cliente, por sua negligência, levando o cliente a perder uma chance de ver sua ação julgada em seu favor.

Como observado no estudo, a perda de uma chance deve ser verificada com cautela, vez que devem ser analisados os pressupostos que visem garantir que a chance que foi perdida foi uma chance séria e real, sendo passível de indenização.

No que tange ao advogado, este tem, em regra, responsabilidade contratual, e possui obrigação de meio, também via de regra, perante seu cliente, vez que não se obriga pelo resultado que a ação irá alcançar. Entretanto, deve atuar da melhor forma possível, pois se vier a causar prejuízos ao seu cliente, de forma culposa, este deverá ser indenizado, inclusive, pela perda da chance.

Logo, o que se pode enfatizar é que a teoria da perda de uma chance está sendo amplamente utilizada, principalmente para julgar casos de negligência ou omissão de profissionais liberais no exercício de sua profissão. Assim, a indenização deverá ser da perda da possibilidade de auferir uma vantagem, e não dos ganhos perdidos. Ressalta-se que não é qualquer forma de chance que deve ser indenizada, e sim, a chance séria e real, aquela que possui grande possibilidade de obter o sucesso.

Enfim, apesar de não haver nenhum dispositivo em nosso ordenamento jurídico que trate especificamente da responsabilidade civil pela perda de uma chance,

o entendimento jurisprudencial e doutrinário vem firmando que é absolutam possível a indenização da chance perdida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. In: Vade mecum 2012. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei 8.906, de 4 de Julho de 1994 . **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. In: Vade mecum 2012. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. In: Vade mecum 2012. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

LOPES, R. N. F. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** 2007. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 09/04/2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, V. DE A. S. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de direito da PUCRS**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9063/6314>. Acesso em 09/04/2015.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9. ed. rev., atual. e reformulada com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. (Coleção direito civil).