

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pela perda de uma chance é um tema relativamente recente em nosso direito, haja vista que não há sequer disposição legal específica acerca do tema, que teve seu início na França, onde foi amplamente discutida, sendo aceita hoje em diversos países da Europa. Certo é que se fazem necessários maiores estudos sobre tal modalidade de responsabilização civil, uma vez que já se observa a aceitação e aplicação da citada teoria, ainda que por várias vezes de forma incorreta, pelos doutrinadores e pelos tribunais pátrios.

No presente trabalho discutiu-se acerca da modalidade de dano causada quando há a responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance, posto que, havendo aplicação de forma errada no que tange a modalidade de dano causado, haverá a inviabilização da responsabilização civil do causador do ilícito. Ressalta-se que diversas são as aplicações dadas pelos doutrinadores a teoria da perda de uma chance em nosso direito, contudo, a presente pesquisa se limitou apenas a aplicação da citada teoria em face da atuação dos advogados.

Assim, diante da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance a fim de que se responsabilize civilmente aqueles advogados que, por culpa ou dolo, deixam de adotar medidas em favor de seus clientes, tirando desses a chance de se obter uma posição mais favorável, sem que haja ofensa ao livre exercício da profissão garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XII, buscou-se a partir do presente trabalho analisar em qual espécie de dano, ou se em espécie autônoma, estaria enquadrado o dano causado pela perda de uma chance.

Diante disso, iniciou-se a presente pesquisa partindo da premissa de que seja possível a responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance, uma vez que essa teoria vem sendo amplamente aceita em nosso direito, onde entendemos que o dano causado pela perda de uma chance constitui espécie autônoma de dano, não podendo ser visto exclusivamente como dano moral, ou ainda enquadrado na categoria de dano emergente, nem tampouco de lucro cessante. Pode, ainda, no caso concreto, ser circunstância agregadora ao dano moral, entendimento esse tomado inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, que diz que esse dano seria sim um dano material, ou seja, patrimonial, contudo, não se enquadra na hipótese de

dano emergente nem de lucro cessante, sendo uma categoria de dano autônoma entre essas duas.

A metodologia adotada consistiu na pesquisa teórico-dogmática à respeito do assunto em análise, estudando as posições jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas ao tema. Trata-se de uma pesquisa de natureza transdisciplinar, envolvendo o Direito Constitucional e o Direito Civil.

Ademais, a presente monografia foi dividida em três capítulos sendo que o primeiro será dedicado à análise geral da responsabilidade civil, tal como seu conceito, o que vem a ser responsabilidade civil objetiva, subjetiva, contratual, extracontratual, os pressupostos para sua caracterização, diferenciação entre dano moral e material (dano emergente e lucro cessante).

O segundo capítulo abordou a teoria da perda de uma chance, fazendo uma breve exposição acerca de seus aspectos gerais, seu conceito, discutindo o que vem a ser as chances sérias e reais, bem como a aplicação da supradita teoria nos tribunais.

Por derradeiro, o último capítulo foi dedicado ao exame a respeito da responsabilidade civil dos advogados, a possibilidade de responsabilização destes pela perda de uma chance, bem como a aplicação da teoria da perda de uma chance como espécie autônoma de dano.

No do presente trabalho, serão analisadas algumas ementas de acórdãos, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se perceba como a jurisprudência vem tratando o tema.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para que possamos discutir acerca do tema aqui proposto, se faz necessário que entendamos alguns conceitos preliminares.

Inicialmente, devemos entender o que vem a ser responsabilidade civil. Sobre o tema, ensina Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa que a ela pertença ou de simples imposição legal.¹

Ainda, sobre a responsabilidade civil, completa Carlos Roberto Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.²

Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade civil surge como uma obrigação secundária, onde há o dever de reparar um dano, seja material ou moral, advindo da violação de uma obrigação originária, causada por determinada pessoa, ou por pessoa a qual esta seja responsável, ou por coisa pertencente a esta ou, ainda, por imposição legal.

Destarte, observa-se que a própria Constituição Federal de 1988 assegurou a todos, sem distinção de qualquer natureza, o direito à indenização por dano material e moral ou a imagem.

Nesse sentido dispõe o art. 5º, inciso V, do citado diploma legal, confira:

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro : Responsabilidade Civil. Volume 7. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 29.

² GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p. 19.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.³

Outros dois conceitos imprescindíveis ao bom andamento do presente estudo, são os que dizem respeito a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Tem-se que a responsabilidade civil subjetiva é aquela em que para que haja sua formação se fazem necessários três pressupostos, quais sejam, conduta humana ilícita, seja culposa ou dolosa, bem como nexos causal e dano. Assim, imprescindível se faz a prova de que houve culpa em sentido estrito na conduta do agente, sendo esta por negligência, imprudência ou imperícia.

No que diz respeito a responsabilidade civil subjetiva, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Diz-se, pois, ser ‘subjetiva’ a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.⁴

Já no que tange a responsabilidade civil objetiva, o doutrinador supracitado ensina:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independente de culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.⁵

³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. ANGER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012. p. 21/22.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p. 48.

⁵ *Idem*.

Assim, resta claro que, nos casos de responsabilidade civil objetiva se torna dispensável o elemento culpa na conduta ilícita, bastando que se tenha o nexo causal e o dano.

No presente momento, nos limitaremos a conceituar de forma sucinta o que vem a ser dano em seu sentido amplo, bem como danos materiais e danos morais.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua dano da seguinte forma:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.⁶

Os danos materiais, que por sua vez se dividem em dano emergente e lucro cessante, estão previstos no art. 402 do Código Civil.⁷ Em poucas palavras, dano emergente é aquilo que a vítima efetivamente perdeu e lucro cessante é aquilo que a vítima razoavelmente deixa de ganhar, ou seja, há uma certeza de que a vítima ganharia algo. Assim, tem-se que os danos materiais são aqueles de ordem patrimonial. Há ainda, posicionamento doutrinário e jurisprudencial, ao qual nos filiamos, no que diz respeito a uma terceira espécie de dano material, qual seja, a perda de uma chance.

Já os danos morais podem ser vistos como o desconforto comportamental gerado na vítima, havendo um dano moral quando ocorre ofensa aos direitos da personalidade, podendo se manifestar no plano físico (atinge a integridade física), psíquico (problemas de ordem psicológica) e moral propriamente dito.

No que diz respeito aos advogados, tem-se que tal profissão possui proteção constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988, dispõe sobre o advogado em seu art. 133 que diz que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.⁸

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p.71.

⁷ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Institui o Código Civil”. ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012. p. 151.

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012. p. 56.

Nesse sentido, leciona Kildare Gonçalves Carvalho:

É a primeira vez que uma Constituição Federal brasileira dedica disposição ao advogado. Na realidade os advogados tem tido papel destacado na vida judiciária e política brasileira, sendo agora de se lhes exigir a defesa não só da ordem jurídica, mas sobretudo das instituições do Estado Democrático de Direito.⁹

Por fim, devemos entender o que vem a ser a perda de uma chance.

Segundo Nelson Rosenvald, o termo perda de uma chance pode ser entendido como:

(...)uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizado pela subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda.¹⁰

Já Sérgio Cavalieri Filho caracteriza a perda de uma chance da seguinte forma:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro futuro ou de se evitar uma perda.¹¹

Em outras palavras, a perda de uma chance é a frustração de uma expectativa, de uma esperança, em que há a perda de uma oportunidade com

⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional : Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 14 ed.. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 1184.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de. Direito das Famílias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 93.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 74,75.

probabilidade real se de alcançar uma vitória ou de se evitar um prejuízo, e não a vitória ou o prejuízo em si.

Devemos ter em mente ainda que não basta ser qualquer chance, tem que haver uma chance séria e real a fim se que se possa indenizar pela perda de uma chance, diferente de mera expectativa ou de uma chance hipotética.

A partir dos conceitos apresentados teremos a base necessária para a compreensão de todo o trabalho, uma vez que tais institutos do direito serão por diversas vezes mencionados no decorrer do desenvolvimento do mesmo.

01 - RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo será dedicado ao estudo do instituto da responsabilidade civil em nosso ordenamento, onde dissertaremos acerca dos pressupostos necessários para que haja sua configuração, quais sejam, conduta humana danosa, nexos causal e o dano.

É nesse capítulo também que faremos a distinção entre o que vem a ser o dano material e o dano moral. Trataremos ainda, acerca dos conceitos de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, bem como a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, traçando as principais diferenças sobre tais assuntos.

1.1 – Pressupostos: conduta humana, nexos causal e dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil são aqueles elementos indispensáveis para que haja sua configuração, gerando o dever de indenizar, ou seja, sem esses pressupostos não há que se falar em responsabilidade civil e, por consequência, em dever de indenizar.

O Código Civil trouxe em seu art. 186 os pressupostos essenciais a configuração do ato ilícito, ato esse que uma vez realizado irá gerar o dever de reparação civil. O citado artigo diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹²

Assim, a partir da leitura do supracitado artigo podemos extrair quais são os pressupostos indispensáveis para que se tenha configurada a responsabilidade civil. São eles a conduta humana, que poderá ser através de uma ação ou omissão, o dano, que poderá ser exclusivamente moral, e o nexos causal, que será o elo entre essa conduta humana e o dano causado.

¹² BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Institui o Código Civil”. ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14^a ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 143.

Desse modo, para que se comece a pensar em responsabilidade civil, deve ter havido uma conduta humana, omissiva ou comissiva, que viole direito e cause dano a outrem. Essa conduta humana será o fato gerador do dever de indenizar.

Existem também os casos em que determinado agente é responsabilizado civilmente por ato de terceiro que esteja sob sua guarda ou ainda, por danos causados por coisas e animais que lhes pertençam. Tais situações vem descritas em diversos dispositivos do Código Civil, como por exemplo, o art. 932, que traz situações em que haverá a responsabilização civil de determinado agente por atos de terceiros, o art. 936, que trata da responsabilização civil do dono ou detentor de animal que venha a causar dano e o art. 938, que nos traz um exemplo de responsabilização civil causada por coisa que pertença ao agente.

São os artigos citados no parágrafo anterior:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.¹³

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.¹⁴

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.¹⁵

Ainda, dentro do elemento conduta humana, devemos analisar se tal conduta se deu de forma dolosa ou culposa.

¹³ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "Institui o Código Civil". ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14^a ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 169.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

A conduta dolosa do agente é aquela em que há por parte do mesmo o desejo de cometer uma violação a um direito, ou seja, há a intenção, a conduta ocorre de forma consciente.

Já a conduta culposa é aquela em que, de forma involuntária, o agente viola um dever jurídico, que poderá se externalizada através de imprudência, negligência ou imperícia.

Sobre a externalização da conduta culposa e o que vem a ser a imprudência, negligência e imperícia, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esqueça uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente.¹⁶

Fábio Ulhoa diferencia a negligência da imprudência dizendo que “O negligente não faz o que deveria fazer e o imprudente faz o que não deveria”.¹⁷

Outro pressuposto fundamental para que exista o dever de indenizar por parte do agente é o dano, uma vez que sem que haja prova do dano não haverá responsabilização civil.

Ao tratar do tema afirma Orlando Gomes:

Por isso, escritores modernos definem o dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico (Formica), a lesão de um interesse

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 36.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 322.

(Trabucchi). Para haver dano, é preciso, intuitivamente, que a diminuição se verifique contra a vontade do prejudicado. O dano consiste na diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato danoso não tivesse produzido.¹⁸

E continua:

Por dois modos pode um patrimônio ser prejudicado: ou sofrendo efetiva diminuição ou provando-se de valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado o obstáculo ao ganho. Na primeira hipótese, o dano é positivo, na outra, negativo.¹⁹

Assim, dano é um elemento necessário e comum a qualquer tipo de responsabilidade civil e, no caso específico da teoria da perda de uma chance, temos que o dano será exatamente essa perda da chance de se alcançar uma posição mais favorável ou de se evitar um prejuízo.

Por fim, o último elemento necessário para que exista a responsabilização civil, e no caso da teoria da perda de uma chance o mais debatido, é o nexo causal entre aquela conduta humana danosa e o efetivo dano causado a vítima, ou seja, o nexo causal é a relação entre o dano provocado e a ação ou omissão geradora de tal dano.

Sobre o tema Orlando Gomes assevera que “Para o ato ilícito ser fonte da obrigação de indenizar é preciso uma relação de causa e efeito entre o ato (fato) e o dano. A essa relação chama-se nexo causal”.²⁰

Contudo, poderá haver situações em que surgirão as concausas, o que trará dificuldades no momento de se definir o nexo causal. Diante dessa situação, três são as principais teorias formuladas a fim de que se resolva tal questão, são elas: a da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu.

¹⁸ GOMES, Orlando. Responsabilidade civil. Revisada e ampliada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.75.

¹⁹ *Idem.* p. 75.

²⁰ *Idem.* p.79.

Segundo a teoria da equivalência das condições, chamada também de teoria da condição *sine qua non*, todas as circunstâncias que tenham concorrido para que houvesse o dano serão consideradas como causa.²¹

Tal teoria é severamente criticada, pois seria capaz de gerar resultados extremos dentro do direito. Carlos Roberto Gonçalves traz em sua obra exemplos absurdos relacionados a tal teoria, como no caso de haver um homicídio, far-se-ia estender a responsabilidade pelo evento ao próprio fabricante da arma através do qual se originou o dano.²²

Pela segunda teoria, a teoria da causalidade adequada, somente poderá ser considerado como causadora de um dano aquelas condições que por si só são aptas a produzi-lo.

Vejamos o exemplo por trazido por Carlos Roberto Gonçalves citando Couto e Silva:

Se alguém lançou uma pedra contra outrem, atingindo-o, temos o problema. Lançar uma pedra contra outrem pode acarretar-lhe a morte. Dependerá da forma, do lugar, das condições físicas de quem a recebeu. A primeira parte do enunciado no exemplo revela a adequação geral, em outras palavras, a possibilidade do evento danoso. Se alguém morreu logo após receber a batida, temos a presunção de que esta foi a causa, ou pelo menos, concausa. Mas, poderia também não significar elemento capaz de gerar a morte e nessa hipótese estaria excluída a participação de quem a lançou no nexó de causalidade. Ainda que a pedra e a força com que foi enviada pudessem causar a morte (condição geral), é necessário examinar o caso concreto para ver se o evento sucedeu em decorrência do impacto.²³

Assim, conclui-se que caso ocorra determinado dano, temos que verificar se a conduta, comissiva ou omissiva, era capaz de dar causa ao mesmo.

Por fim, temos a terceira teoria, chamada de danos diretos e imediatos, teoria segundo a qual se exige que haja entre a conduta e o dano causado uma relação de

²¹ GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p.351.

²² GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p.352.

²³ COUTO E SILVA, *apud*. GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p.352.

causa e efeito imediata e direta ²⁴. Assim, cabe ao agente responder somente pelos danos causados diretamente e imediatamente.

O ordenamento jurídico brasileiro, adotou a terceira teoria, qual seja, a do dano direto e imediato, conforme se verifica do art. 403 do Código Civil, que diz que “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas de danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” . ²⁵

Ressalta-se que, há casos em que prevalecem as excludentes do nexo causal, como ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

1.2. Dano moral e dano material

Outro pressuposto para que se tenha a responsabilização civil é o dano. Esse dano pode se dar de diversas formas, tais como dano moral, dano estético, dano material, que se subdivide em dano emergente e lucros cessantes, e a categoria autônoma de dano, defendida no presente trabalho, o dano causado pela perda de uma chance.

O dano moral ou extrapatrimonial é aquele que vem a ofender a pessoa da vítima, não atingindo seu patrimônio material.

Sobre o tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º V e X, da Constituição Federal, e que acarreta aos lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. ²⁶

²⁴ GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p.352.

²⁵ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Institui o Código Civil”. ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 151.

²⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p. 379.

No mesmo sentido ensina Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona em sua obra, vejamos:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade) violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra, imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.²⁷

Assim, o dano moral será o desconforto comportamental gerado na vítima, através de uma ofensa aos seus direitos da personalidade, podendo se dar no plano físico, psíquico e moral.

O dano moral é de difícil mensuração devido à dificuldade em se aferir sua extensão, isto porque não podem pairar suspeitas de enriquecimento sem causa por parte da vítima e, por outro lado, de seu sofrimento ou padecimento.

Já o dano material ou dano patrimonial, diferentemente do dano moral, é o de maior evidência e o de mais fácil mensuração, haja vista se tratar de lesão que afeta diretamente o patrimônio da vítima, seja extinguindo uma parte dele, diminuindo, ou deteriorando o mesmo, sendo passível de avaliação pecuniária.

Maria Helena Diniz conceitua o dano material da seguinte forma:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consiste na perda ou deterioração total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertençam, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.²⁸

Sobre o dano material, assevera Sérgio Cavalieri Filho:

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil. Volume 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.97.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro : Responsabilidade Civil. Volume 7. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p.84.

O dano patrimonial, como o próprio nome já diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.²⁹

Dentro do dano material, temos duas subespécies de dano. O dano emergente, como o próprio nome já diz, é a efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, ou seja, aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, o “Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. (...) Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois.”³⁰

O lucro cessante, por sua vez, consiste na perda de um ganho esperável, ou seja, é aquilo que a vítima razoavelmente deixa de ganhar em virtude do ato ilícito.

Sérgio Cavalieri Filho em sua obra conceitua lucro cessante da seguinte forma:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda de ganho esperável, na frustração de uma expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.³¹

Temos ainda, atualmente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, o dano estético, que é caracterizado pela lesão física, que acarreta o enfeio da vítima, causando na mesma desgosto e humilhação. Muito se discutiu sobre a possibilidade de cumulação entre o dano moral e o dano estético, contudo, tal discussão é ultrapassada, existindo até mesmo a súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça admitindo a cumulação, que diz que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.³²

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 71.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p. 363.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 72.

³² BRASIL. Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0387.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

1.3. Responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Outro ponto que merece destaque em nosso estudo é a distinção entre o que vem a ser responsabilidade civil objetiva e subjetiva, posto que ao final, no último capítulo, definiremos em qual dessas duas modalidades de responsabilidade civil se enquadra a responsabilidade civil do advogado.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela em que a ideia central é a da formação da culpa, sem a qual não há responsabilidade. Neste caso, deve ser comprovada a culpa do agente, seja por negligência, imperícia ou imprudência. A culpa gerará a obrigação de indenizar.

Sobre o tema, ensina Fábio Ulhoa Coelho:

A responsabilidade civil subjetiva é a obrigação derivada de ato ilícito. O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor. A prestação é a entrega de dinheiro em valor correspondente aos prejuízos patrimoniais e compensadores dos extrapatrimoniais. Ato ilícito, recorde-se, é a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem (CC, art. 186.).³³

Ressalta-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou como regra a responsabilidade civil subjetiva, devendo ser levado em conta a existência da culpa em sentido amplo, sendo que a vítima só irá alcançar a reparação do dano sofrido se provar a culpa, conforme se verifica do art. 186, do Código Civil.³⁴

Contudo, por diversas vezes, era impossível a comprovação da culpa do agente, o que inviabilizava a responsabilização civil. Adota-se então, em alguns casos, a responsabilidade civil objetiva, que é aquela baseada na teoria do risco ou em determinação legal. Para tal modalidade de responsabilidade civil não há a necessidade da culpa, basta que se tenha o dano e o nexo causal.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 357.

³⁴ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "Institui o Código Civil". ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14^a ed. São Paulo: Rideel, 2012. p.143.

Sobre o que vem a ser a teoria da responsabilidade civil objetiva, César Fiúza explica:

Para ela, basta haver o dano, para que sobrevenha o dever de reparar. Explica-se essa teoria pelo alto risco de determinadas atividades e pela impossibilidade prática de se provar a culpabilidade, em certas circunstâncias. É aplicada excepcionalmente, em virtude de disposição expressa em lei. Se ao caso aplicar-se a teoria objetiva, basta a vítima provar a autoria e o dano, para logra êxito na ação reparatória. O suposto autor do dano só se exime da indenização, se provar que a culpa foi exclusiva da vítima. Do contrário, mesmo em caso fortuito, ou de força maior, deverá indenizar a vítima.³⁵

Sobre a teoria do risco ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.³⁶

Tal teoria também acabou sendo adotada pelo direito brasileiro em determinadas situações, como podemos verificar, por exemplo, nos artigos 927 e 931, ambos do Código Civil, vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente

³⁵ FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 15 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.798.

³⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p.49.

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.³⁷

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.³⁸

Assim, quando tratarmos de responsabilidade civil objetiva teremos que a culpa será presumida. A atitude, seja dolosa ou culposa, do agente causador é irrelevante, bastando que haja relação entre o dano experimentado e o ato do agente para que subsista a necessidade de reparação.

1.4. Responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Definido o que vem a ser responsabilidade civil objetiva e subjetiva, passaremos a distinção entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. Tal distinção é de extrema importância, haja vista que posteriormente teremos que verificar em qual dessas irá se enquadrar a responsabilidade civil do advogado.

Sérgio Cavalieri Filho em sua obra faz a seguinte distinção:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamado de ilícito aquiliano ou absoluto.³⁹

E continua:

³⁷ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "Institui o Código Civil". ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 169.

³⁸ *Idem.* p. 169.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p.15.

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico e cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.⁴⁰

No mesmo sentido é a lição de César Fiúza que diz que a “Responsabilidade contratual é aquela que decorre da celebração ou da execução de um contrato”⁴¹.

Sendo assim, a responsabilidade civil contratual, como o próprio nome já demonstra, se origina da inexecução contratual, resultando de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. Trata-se do descumprimento de um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. Conclui-se, então, que a responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível à preexistência de uma obrigação.

Sobre a responsabilidade contratual, Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva ensinam:

Por outro lado, culpa contratual é a violação de determinado dever, inerente a um contrato. É o caso do mandatário que deixa de aplicar sua diligência habitual na execução do mandato (Cód. Civil de 2002, art. 667); é o caso ainda do depositário que não tem na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence (art. 629). Se de sua omissão surgem danos, ter-se-á em vista a culpa contratual.⁴²

No que diz respeito a responsabilidade civil extracontratual, os mesmos doutrinadores lecionam:

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p.15,16.

⁴¹ FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 15 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.330.

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: Direito das obrigações. 2ª parte. 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 560.

Culpa extracontratual ou aquiliana é o resultado da violação de dever fundado num princípio geral de direito, como o de respeito à pessoa e aos bens alheios. Assim, se, por excesso de velocidade ou por embriaguez, o agente provoca um atropelamento com o seu automóvel, verificar-se-á a culpa na sobredita modalidade.⁴³

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar acerca do tema, define o que vem a ser responsabilidade contratual e extracontratual da seguinte forma:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.⁴⁴

Apesar de não concordar com a divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, Fábio Ulhoa Coelho diferencia as duas afirmando que “No primeiro caso, há contrato entre o credor e o devedor da obrigação de indenizar; no segundo, não”.⁴⁵

Assim, a responsabilidade extracontratual é resultado do inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação de um devedor fundado em algum princípio geral de direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância será a lei. Trata-se de lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica.

⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: Direito das obrigações. 2ª parte. 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 560.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p. 44.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 267.

02 – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Inúmeras são as vezes em nosso dia a dia que verificamos situações em que, por determinado ato de uma pessoa, alguém se vê privado de alcançar certa vantagem ou de se evitar algum prejuízo, como no caso do nosso estudo, as situações em que o advogado deixa de tomar providências essenciais aos interesses do seu constituinte, como a não interposição de determinado recurso ou o não requerimento para a produção de determinada prova. Nesses casos, não seria possível afirmar com absoluta certeza que se alcançaria uma posição mais favorável ou se evitaria algum prejuízo, no entanto, indiscutível é o fato de que haveria sim uma chance, uma possibilidade, uma oportunidade de se alcançar posição mais favorável ou de se evitar um prejuízo.

Contudo, exigia-se por parte da vítima a prova de que certamente se alcançaria uma posição mais vantajosa ou que se evitaria o prejuízo, sendo que no exemplo dado, teria a vítima que provar que se o recurso tivesse sido interposto, este seria conhecido e provido, sendo certo que tal prova é impossível, o que inviabilizava totalmente a pretensão da vítima.

Outro empecilho à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Por vezes, a própria vítima do dano causado pela perda da chance formulava de maneira inadequadamente a sua pretensão. Ao contrário de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de se evitar algum prejuízo, buscava-se a indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao agir dessa forma, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, haja vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

A partir daí, surge então a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que buscou preencher essas lacunas existentes na responsabilidade civil, passando a entender pela possibilidade de se indenizar determinada vítima não pela vantagem propriamente dita e sim pela perda da chance de se buscar tal vantagem.

Essa teoria busca, de maneira eficaz, indenizar o dano ocorrido ao se considerar a perda de uma chance de se obter um lucro, ou de se evitar um prejuízo,

como um dano real, passível de reparação, ressaltando que essa chance terá que ser sempre séria e real.

2.1. Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance (*perte d' une chance*) tem seu surgimento na França, na década de 60, tendo sido criada e desenvolvida pela doutrina a fim de que fosse aplicada naquelas situações em que determinada pessoa, por consequência de ato ilícito causado por uma outra, se via privada da oportunidade de obter determinada vantagem futura, assemelhando-se assim, *a priori*, ao instituto do lucro cessante ⁴⁶.

A partir daí passou-se a discutir bastante acerca de tal teoria no direito italiano, havendo diversas manifestações de importantes juristas em favor da sua aplicação.

Sergio Savi afirma que “Assim como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo” ⁴⁷, o que passou a diferenciar a perda de uma chance dos lucros cessantes.

Segundo Nelson Rosenvald, o termo perda de uma chance pode ser entendido como:

(...)uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizado pela subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda. ⁴⁸

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p.74.

⁴⁷ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p.04.

⁴⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de. Direito das Famílias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 93.

Já Sérgio Cavalieri Filho caracteriza a perda de uma chance da seguinte forma:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro futuro ou de se evitar uma perda.⁴⁹

Em outras palavras, a perda de uma chance é a frustração de uma expectativa, de uma esperança, na perda de uma chance com probabilidade real de se alcançar uma vitória ou de se evitar um prejuízo, e não a vitória ou o prejuízo em si.

Essa teoria busca, de maneira eficaz, indenizar um dano ocorrido ao se considerar a perda de uma chance de se obter um lucro, ou de se evitar um prejuízo, como um dano real, passível de reparação.

A ideia central dessa teoria consiste em explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade civil subjetiva (culpa, dano e nexo de causalidade), dando ênfase ao resultado lesivo, haja vista que nesta teoria não haverá o nexo de causalidade, faltando assim, em tese, uma *conditio sine qua nom* para a formação da responsabilidade civil.

A indenização por perda de uma chance, se funda na reparação da perda da possibilidade de obter um ganho futuro, em determinadas situações concretas em que se verificava grande probabilidade de que o sujeito auferiria uma vantagem e não, a perda da vantagem em si, pois não se tem a certeza absoluta de que se conseguiria tal vantagem, devendo ficar a cargo do juiz, realizar uma análise, para verificar se a probabilidade de auferir o ganho futuro era superior a cinquenta por cento, caso em que, a perda da chance deve ser indenizada, lembrando-se que jamais a indenização pela perda de uma chance alcançará o mesmo patamar que se chegaria a vantagem esperada.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 74,75.

Neste passo, o que se pretende reparar não é a perda da vantagem futura, a qual é incerta, mas sim, a perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, em outras palavras, a concretização do dano não está na perda do benefício futuro e sim, na perda da chance de alcançar o benefício almejado.

Entretanto, não esgotadas as possibilidades de se chegar a vantagem buscada, ora interrompida pela perda da chance, não se pode apontar a ocorrência do dano da perda de uma chance, haja vista que para que haja sua configuração deve ocorrer a perda definitiva da chance.

O estudo da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil ainda não foi muito aprofundado pelos doutrinadores, de forma que, alguns estudiosos fixaram breves comentários acerca do assunto, haja vista que apesar da importância do tema, é um assunto relativamente novo em nosso direito.

Segundo Sergio Savi “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 Aguiar Júnior.”⁵⁰

Sobre o citado caso, Sergio Savi continua:

Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A autora da ação havia se submetido a uma cirurgia para a correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretaram névoa no olho operado. Ao analisar a prova dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia. Ou seja, neste caso foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo, portanto, que se falar em indenização da chance perdida, conforme se extrai do voto do Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.⁵¹

Fato é que, atualmente há uma grande aceitação, ainda que não hajam estudos mais aprofundados, tanto por parte dos doutrinadores clássicos como por parte dos mais novos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance,

⁵⁰ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p.48.

⁵¹ *Idem.*

porém, não se tem ainda posicionamento pacificado quanto ao enquadramento do dano decorrente da perda de uma chance.

Os doutrinadores mais clássicos tenderam a enquadrar a perda da chance como lucro cessante, enquanto outros doutrinadores, principalmente os mais novos, como Sérgio Savi, tenderam a enquadrar como sendo uma subespécie de dano emergente e, há ainda quem defenda a ideia de que seria uma terceira categoria de dano, uma categoria autônoma, como por exemplo Silvio de Salvo Venosa, Rafael Pettefi da Silva e Nelson Rosenvald.

Contudo, apesar de haver divergência entre os doutrinadores com relação ao enquadramento do dano decorrente da perda de uma chance, se como dano emergente ou lucro cessante, dano moral ou categoria autônoma, pode-se concluir que, a maioria da doutrina reconhece o dano pela perda de uma chance.

2.2. Chances sérias e reais

Outro ponto de extrema importância dentro da teoria da perda de uma chance é no que diz respeito ao que vem a ser essa chance indenizável. Segundo a melhor doutrina, é pressuposto indispensável para que se possa haver responsabilização civil por essa modalidade que tal chance seja séria e real, ou seja, não pode ser uma mera possibilidade ou uma chance hipotética.

Sobre a seriedade da chance, Sérgio Savi ensina:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.⁵²

⁵² SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p.66.

No mesmo sentido é a lição de Sérgio Cavalieri Filho, vejamos:

É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade.

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória.⁵³

Assim, temos que ter em mente que a chance perdida deverá ser séria e real, diferente de uma chance hipotética ou remota, como, por exemplo, ser sorteado na mega-sena, sob pena de se aplicar de forma incorreta a teoria da perda de uma chance, causando o enriquecimento ilícito da suposta vítima e a banalização dos casos em que efetivamente será cabível a teoria da perda de uma chance.

O Desembargador Reis Friede, do Tribunal Regional Federal da 2^o região, ao julgar uma apelação cível conceituou o que vem a ser essa chance séria e real, vejamos:

A situação aqui tratada, na verdade, consubstancia-se na responsabilidade civil pela teoria da “perda de uma chance” de inspiração francesa, a qual se aplica 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.⁵⁴

Ressalta-se que a perda da chance deve ser definitiva, não havendo outra forma pela qual se possa alcançar a vantagem almejada, seria o caso absurdo de se ajuizar uma ação pleiteando a indenização pela perda de uma chance em face do advogado antes do trânsito em julgado da sentença.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p.75.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2^a Região. Apelação Cível nº 2007.51.03.002355-9. Des. Rel. Reis Friede. Data do julgamento: 25 de maio de 2012.

2.3. Aplicação da teoria da perda de uma chance nos tribunais

Conforme já dito anteriormente, a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nos tribunais nacionais é relativamente nova, sendo que o primeiro acórdão a tratar de tal assunto foi proferido em 1990, pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nesta ocasião, no entanto, o acórdão foi no sentido de concluir que a teoria não se aplicava àquele caso concreto.

O caso supracitado tratava-se de indenização em decorrência de erro médico, em que uma paciente se submeteu a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro, tendo esta cirurgia resultado em uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretou névoa no olho operado.⁵⁵

O acórdão esta assim ementado:

Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance.⁵⁶

Um ano depois de julgar este primeiro caso, o mesmo Desembargador, foi relator em outra apelação civil, onde também se discutiu a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, sendo analisada a aplicação de tal teoria no caso concreto.

Este segundo caso, trata-se de típico caso de responsabilidade civil por perda de uma chance, mais especificamente sobre a responsabilidade do advogado, que é objeto do nosso estudo.

O acórdão foi assim ementado:

⁵⁵ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p.48.

⁵⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 598069996, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Data do julgamento: 12 de junho de 1990.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente e nem trata de restaurá-los, devendo indenizar a mandante pela perda de uma chance.⁵⁷

In casu, a autora da ação constituiu o réu como seu advogado, a fim de que esse ajuizasse ação em desfavor do INPS (Instituto Nacional da Previdência Social), com o intuito de receber pensão previdenciária em razão da morte do seu marido. Acontece que, a referida ação foi distribuída, no Foro de Novo Hamburgo, no ano de 1975, contudo, o processo nunca chegou ao destino por ter sido extraviado.

O erro do causídico estava justamente no fato de não ter comunicado a sua cliente, então autora da ação de indenização, o fato de terem os autos extraviados, tampouco providenciou a restauração dos mesmos, o que acarretou a perda da chance de a autora ver seu pleito ser examinado.

Neste sentido, cabe transcrever trecho do voto do relator, Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, reconhecendo a perda da uma chance no caso concreto:

“Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. Françõis Chabas: “Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la[...].”⁵⁸

Como se pode observar, o julgador entendeu que a conduta do advogado fez com que a autora, sua cliente, perdesse a chance de ver seu pleito examinado, sendo que, mesmo que não pudesse se afirmar que a mesma sagraria-se vencedora, pelo menos a chance de buscar tal vantagem existia.

Outro julgado em que se admitiu a possibilidade de responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance foi no julgamento da Apelação Cível Nº

⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 591064837, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgada em 29, de agosto de 1991.

⁵⁸ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2ª ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p.49.

70025788159, na Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NEGLIGÊNCIA. PERDA DE CHANCE. Teoria da perda de chance é utilizada para calcular indenização quando há um dano atual, porém incerto, dito dano hipotético. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante). Ausência de produção de prova testemunhal na ação trabalhista patrocinada e a conseqüente insuficiência de demonstração da justa causa, sendo que o advogado tinha perfeitas condições de fazê-lo. Ocorrendo a perda da chance, nisso já reside o prejuízo. QUANTUM CONDENATÓRIO. Critérios para mensuração. Inexistência de parâmetros legais, sendo deixada ao prudente arbítrio do julgador. Deve atentar este para a função reparadora da indenização, que, antes de tudo, demanda a aplicação do princípio da equidade, a fim de que a parte sofredora do abalo moral não venha alocupletar-se com enriquecimento indevido. Julgada parcialmente procedente a demanda. Invertidos os ônus da sucumbência. ⁵⁹

A partir do julgado acima colacionado, observa-se que além de se reconhecer a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento, observa-se também que, o então Desembargador Relator, Ergio Roque Menine, da mesma forma defendida no presente trabalho, não vê o dano decorrente da perda de uma chance inserido no dano emergente ou nos lucros cessantes.

No Superior Tribunal Justiça também já se observa a aplicação da teoria da perda de uma chance em diversas situações, inclusive em face da má atuação dos advogados, vejamos alguns julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente

⁵⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70025788159. 16ª Câmara Cível, Rel.Ergio Roque Menine. Data do julgamento: 23 de julho 2009.

se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.⁶⁰

E continua:

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.⁶¹

E finaliza:

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o auto deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.4. Recurso especial conhecido em parte e provido.⁶²

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.⁶³

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1190180/RS. Rel Min. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento :16 de novembro de 2010.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 788.459 . Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data do julgamento: 08 de novembro de 2005.

Embora não seja objeto desse estudo, no âmbito dos procedimentos médicos, a teoria da perda da chance também é bastante aplicada, porém, em muitos dos casos, os julgadores ao aplicarem a teoria, enquadram a perda de uma chance como modalidade do dano moral.

Tal fato pode ser percebido através da leitura do seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

RESPONSABILIDADE CIVIL- DIAGNÓSTICO TARDIO- DANO MORAL CONFIGURADO- O perito vislumbrou demora no atendimento da paciente, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da doença que acometia a autora, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (*perte d'une chance*), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade do réu, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico. Configurado o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensórias que o erro no procedimento provocou na autora, até que as providências para a correção da perfuração de seu útero fossem tomadas, dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Redução da capacidade física atestada pelo expert oficial. Honorários de sucumbência corretamente fixados. Improvimento de recurso.”⁶⁴

Portanto, percebe-se que a teoria da perda de uma chance é reconhecida pela grande maioria da jurisprudência, porém, doutrina e a jurisprudência ainda não pacificaram o entendimento acerca da espécie de dano decorrente da perda da chance.

O que se observa através da análise jurisprudencial de diversos tribunais, é que em muitos casos foi reconhecido dano decorrente da perda da chance, porém, verifica-se algumas divergências quanto aos conceitos, sendo que em muitos casos, como no julgado transcrito acima, a chance perdida foi enquadrada como dano moral, em outros casos como lucro cessante e até mesmo em alguns casos como dano emergente.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. nº 2006.001.53158. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Edson Vasconcelos. Data do julgamento: 24 de janeiro de 2007.

03 – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS

A advocacia no Brasil é uma profissão de grande valor, sendo a única profissão que recebeu de forma específica proteção constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o advogado em seu art. 133 que diz que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.⁶⁵

Sobre a proteção constitucional da advocacia e, via de consequência, dos advogados no Brasil, leciona Kildare Gonçalves Carvalho:

É a primeira vez que uma Constituição Federal brasileira dedica disposição ao advogado. Na realidade os advogados tem tido papel destacado na vida judiciária e política brasileira, sendo agora de se lhes exigir a defesa não só da ordem jurídica, mas sobretudo das instituições do Estado Democrático de Direito⁶⁶

Importante ressaltar também que os advogados tem sua profissão resguardada por Lei, chamada de Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.), que delimita suas funções e responsabilidades, onde podemos citar, por exemplo, o disposto no art. 32, da citada lei, que diz que “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar como dolo ou culpa”.⁶⁷

Sendo assim, como todo profissional, o advogado irá responder civilmente pelos danos causados, devendo atuar sempre com o máximo de prudência.

Sabe-se que a obrigação do advogado é uma obrigação de meio, diferentemente das obrigações de resultado.

Sobre o que vem a ser uma obrigação de meio, Oscar Ivan Prux ensina:

⁶⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 53.

⁶⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional : Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 14 ed.. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 1184.

⁶⁷ BRASIL, Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. “Dispões sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil”. ANGHER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 1118.

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar da prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Inere-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.⁶⁸

Já sobre a obrigação de resultado o mesmo doutrinador leciona:

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem 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.⁶⁹

Como exemplo de profissionais liberais que possuem a obrigação de resultado podemos citar os engenheiros e arquitetos.

3.1. Responsabilidade civil subjetiva dos advogados.

Conforme já dito anteriormente, existe em nosso ordenamento a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil dos advogados perante seus clientes, além de se tratar de responsabilidade civil contratual, é também uma responsabilidade civil subjetiva, conforme doutrina dominante.

Sabe-se que a advocacia é uma profissão liberal, havendo dispositivo legal específico no caso dos profissionais liberais.

Vejamos o disposto no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor:

⁶⁸ PRUX, Oscar Ivan. A responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.191.

⁶⁹ *Idem.*

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.⁷⁰

Sobre os profissionais liberais Fábio Ulhoa Coelho diz:

Profissionais liberais são os prestadores autônomos de serviços especializados que, por relevância e complexidade destes, devem possuir formação superior e habilitação dada pelo órgão específico de fiscalização. Dois, portanto, são os elementos que identificam o profissional liberal: de um lado, a necessidade de formação superior e sujeição a controle específico, nos termos da lei reguladora da atividade em foco (elemento institucional), e, de outro, a autonomia econômica como prestador de serviços (elemento econômico). São profissionais liberais, desde que estabelecidos autonomamente, médicos, dentistas, psicólogos, advogados, engenheiros civis, arquitetos, contadores, veterinários etc.⁷¹

Com relação aos advogados, temos ainda o Estatuto da Advocacia, que em seu art. 32, diz que “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar como dolo ou culpa”.⁷²

Muito embora ainda existam discussões doutrinárias se a relação entre cliente e advogado seja relação de consumo, portanto, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, discussão essa que não é objeto do presente estudo, pacificado é o fato de que a responsabilidade desses profissionais é subjetiva.

Nesse diapasão, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O importante é perceber, todavia, que, embora exercendo uma atividade com potencial risco de dano, a responsabilidade civil será sempre subjetiva

⁷⁰ BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. ANGER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012. p. 565.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 330.

⁷² BRASIL, Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. “Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil”. ANGER, Joyce Anne [org]. Vade Mecum. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012. p. 1118.

(CDC, art. 14, §4º, e Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia – art. 32), distribuindo-se o ônus da prova do elemento culpa em função da natureza da obrigação avençada e geradora do dano, em benefício do consumidor do serviço.⁷³

No mesmo sentido é a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

O advogado tem, em decorrência, responsabilidade civil subjetiva pelos danos que causa ao seu cliente quando falta ao cumprimento da obrigação de meio, quando comete erro no desempenho da profissão.⁷⁴

Ainda, sobre a responsabilidade subjetiva do advogado, o doutrinador supracitado afirma que “A lei define expressamente como subjetiva a responsabilidade do profissional liberal: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”(CDC, art. 14, §4º)”.⁷⁵

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao falarem sobre a responsabilidade civil do advogado afirmam que “da mesma forma como o ofício médico, demanda uma responsabilidade civil subjetiva, com fundo contratual que, no caso do processo judicial, decorre do mandato”.⁷⁶

Da mesma forma é a jurisprudência:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - A obrigação do advogado é de meio e não de resultado e a sua responsabilidade depende da perquirição de culpa, a teor do artigo 186 do Código Civil e do artigo 14 § 4º. do CDC. Não havendo a prova da culpa não há que se falar em responsabilidade do profissional do direito, mormente quando sequer houve a demonstração da

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil. Volume 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 279.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.p. 340.

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 332.

⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil. Volume 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 279.

existência dos alegados danos e do nexo de causalidade. Sentença mantida. Recurso Improvido.⁷⁷

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO - PERDA DE UMA CHANCE - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 14, § 4º, DO CDC E 32 E 33, DA LEI Nº 8.906/1994 - OBRIGAÇÃO DE MEIO - SEGURANÇA DENEGADA - RECURSO ORDINÁRIO QUE ACOLHEU A TESE DA INTEMPESTIVIDADE - TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL - CONHECIMENTO DO MANDAMUS QUE NÃO IMPLICARIA EM ALTERAÇÃO NO JULGADO - AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO DA PARTE NÃO DEMONSTRADA - SENTENÇA MANTIDA - APELO DESPROVIDO.14§ 4ºCDC32338.906.⁷⁸

Desse modo, no caso dos advogados, será indispensável a demonstração do elemento culpa a fim de que se possa haver a responsabilização civil.

3.2. Responsabilidade civil dos advogados pela perda de uma chance.

A partir do surgimento da teoria da perda de uma chance, bem como da aceitação da dita teoria em nosso ordenamento jurídico, discutiu-se sobre a possibilidade de responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance.

Atualmente, grande parte da doutrina e da jurisprudência tem admitido a aplicação de tal teoria, contudo, como já mencionado em linhas volvidas, não há consenso no sentido de se definir em qual espécie de dano aquele causado pela perda de uma chance irá ser inserido ou, ainda, se esse dano será uma espécie autônoma.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, poderá sim haver a responsabilização civil dos advogados pela perda de uma chance, ressalvando que, somente poderá ser admitida essa responsabilização se houver a comprovação demonstrando nexo de causalidade e a extensão do dano.⁷⁹ Os mesmos

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 4986069 PR 0498606-9. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Denise Kruger Pereira. Data do Julgamento: 22 de julho de 2010.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 7769004 PR 776900-4. 9ª câmara Cível. Rel. Des. Renato Braga Bettega. Data do Julgamento: 09 de agosto de 2012.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil. Volume 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 280.

doutrinadores, ainda citam em sua obra Sérgio Novais Dias, que busca delimitar situações em que será possível a aplicação da citada teoria, mostrando que não será possível a aplicação em qualquer hipótese, vejamos:

Em casos cuja decisão envolve interpretação legal, em relação à qual o entendimento encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, a probabilidade é de que o julgamento se faça no mesmo sentido da súmula, a não ser que se demonstre estar ela superada pela própria jurisprudência do tribunal. Não sendo matéria sumulada, será considerado provável todo o resultado que decorrer de uma interpretação razoável da norma legal, na esteira da Súmula 400 do STF.⁸⁰

E continua:

Tendo, porém, a jurisprudência do STF e do STJ já definido, dentre as interpretações razoáveis, respectivamente das normas constitucionais e das normas federais infraconstitucionais, qual a interpretação considerada correta, será provável o resultado que estiver em sintonia com essa jurisprudência predominante, uma vez que, mesmo se o tribunal de segunda instância adotasse interpretação razoável, porém dissonante daquela pacificação nas instâncias extraordinárias, era previsível que a parte vencida fizesse o processo chegar a terceira instância, mediante a interposição do recurso adequado, de maneira que o julgamento último esperado do caso seria de acordo com essa interpretação. Quando a questão envolver valoração da matéria fática ou de prova, será provável o resultado que decorrer de uma avaliação razoável da questão.⁸¹

Desse modo, verifica-se que a aplicação da citada teoria deve se dar de forma cautelosa, devendo ser analisado cada caso concreto.

Também defendendo a aplicação da teoria a fim de que se responsabilize civilmente os advogados pela perda de uma chance, Carlos Roberto Gonçalves leciona:

Aspecto relevante no estudo da responsabilidade civil do advogado é o que diz respeito à sua desídia ou retardamento na propositura de uma ação judicial. Utiliza-se, nesses casos, a expressão “perda de uma chance”, como nos casos de responsabilidade civil dos médicos tratada na Seção III, retro, n. 12, simbolizando, aqui, a perda, pela parte, da oportunidade de obter, no

⁸⁰ DIAS *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Processual Civil : Responsabilidade Civil. Volume 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 280.

⁸¹ *Idem.*

Judiciário, o reconhecimento e a satisfação íntegra ou completa de seus direitos.⁸²

Embora a doutrina venha aceitando essa modalidade de responsabilização civil do advogado, todos são enfáticos em afirmarem que tal modalidade de responsabilização deverá ser aplicada de forma prudente pelo magistrado, sendo analisado no caso concreto, se houve de fato a perda de uma chance e se se tratava de chance séria e real.

No mesmo sentido que a doutrina, a jurisprudência dos tribunais pátrios vêm aceitando a aplicação da citada teoria, vejamos:

Responsabilidade civil. Indenização por danos morais e materiais. Advocacia. Perda de prazo para recorrer. Teoria da perda de uma chance. O só fato do advogado ter perdido o prazo para recorrer da sentença que fora desfavorável ao seu cliente não enseja a sua automática responsabilização civil, por danos materiais e morais, com fulcro na teoria da perda de uma chance. No caso dos profissionais da advocacia, as demandas que invocam essa teoria devem ser analisadas tendo em conta as reais possibilidades de êxito no processo, eventualmente perdidas em razão da negligência do causídico. Recurso de apelação conhecido e provido. Unânime.⁸³

Dessume-se da ementa supra que, embora seja admitida a responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance, não basta que o causídico tenha agido de forma negligente, é necessário averiguar se tal negligência teve como consequência a perda de uma chance séria e real.

Vejamos outras emendas jurisprudenciais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. ROL DE TESTEMUNHAS. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA AÇÃO PREVIDENCIÁRIA IMPROCEDENTE (PERDA DE UMA CHANCE). A apresentação intempestiva do rol de testemunhas em ação previdenciária julgada improcedente, impedindo a rurícula de comprovar o tempo de serviço rural, objetivando a obtenção de aposentadoria, caracteriza desídia do causídico-

⁸² GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4. 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012. p. 274.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 186424220068070001. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. Data do julgamento: 01 de junho de 2011.

mandatário, gerando a obrigação de indenizar os prejuízos ao mandante em razão da teoria perda de uma chance. Recurso não provido.⁸⁴

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. A aplicação da Teoria da Perda da Chance impõe verificar se o advogado contratado foi diligente e obrou com zelo na busca do direito de sua constituinte e, se o houvesse feito, que teria evidentes probabilidades de obter êxito no pleito. Caso em que restou demonstrada a desídia do mandatário que deixou de aforar, em tempo hábil, a ação de indenização por morte decorrente de acidente de trabalho porque o tomador de serviços agiu com culpa ao deixar de fornecer os equipamentos de proteção necessária ao labor do vitimado, além de não velar pelo cumprimento das normas de segurança infringindo a legislação que rege a matéria. Reais probabilidades de ser vencedora na demanda, a autora foi prejudicada porque quando o requerido ajuizou a ação esta já fora atingida pela prescrição. Precedentes do TRT e desta Corte. Indenização majorada.⁸⁵

Assim, conclui-se que, caso o causídico não atue com a cautela necessária, seja por dolo ou culpa, fazendo com que seu constituinte perca a chance de alcançar uma posição mais vantajosa, ou ainda, de que seja evitado um prejuízo, poderá este ser responsabilizado civilmente com base na teoria da perda de uma chance.

3.3. Aplicação da perda de uma chance como espécie autônoma de dano.

Muito embora não haja disposição legal específica sobre a teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, conforme já demonstrado, tem se admitido a aplicação da supradita teoria em nosso direito, havendo divergências quanto a modalidade de dano causado.

Parte da doutrina e da jurisprudência, ao nosso sentir de forma equivocada, vê o dano causado pela perda de uma chance dentro dos lucros cessantes. Nesse sentido é o entendimento de Sérgio Noves Dias, citado por Sérgio Savi, que leciona:

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0003048-91.2006.8.26.0022. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Clóvis Castelo. Data do julgamento: 4 de julho de 2011.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70041115940. Décima sexta Câmara Cível. Rel. Des.^a Ana Maria Nedel Scalzilli. Data do Julgamento: 09 de agosto de 2012.

(...) em caso, por exemplo, de perda de prazo para interposição de um recurso, o juiz responsável pelo julgamento da pretensão indenizatória ajuizada pelo cliente contra o advogado negligente terá que fazer um juízo de probabilidade de êxito do recurso que deveria ter sido interposto. **Se o recurso tivesse sérias chances de ser provido, o advogado será condenado ao pagamento da indenização no valor equivalente ao que o cliente receberia do ex adverso se vencesse a demanda judicial.** Em caso de remotas probabilidades de êxito do recurso, o cliente teria a sua pretensão indenizatória afastada.⁸⁶ (grifo nosso)

Com a máxima vênia, ao nosso ver, ainda que na primeira impressão se verifique alguma semelhança entre o lucro cessante e a perda de uma chance, pois os dois estão ligados a um ganho futuro, se enxergarmos o dano decorrente da perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante, estaríamos indo de encontro com a teoria objeto da presente pesquisa, haja vista que segundo essa teoria o que se indeniza é a chance perdida e não o resultado final em caso de êxito, posto que não há certeza de que haveria êxito, não se podendo afirmar que a vítima certamente alcançaria alguma vantagem.

Conforme já dito, se enquadrarmos a perda de uma chance nos lucros cessantes estaríamos afirmando que certamente se alcançaria alguma vantagem, o que não é viável, haja vista que não se pode ter certeza de uma coisa que não aconteceu, havendo apenas a possibilidade de se conseguir essa vantagem.

Entendendo a perda de uma chance como lucro cessante vejamos o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE FRANQUIA – DESISTÊNCIA PELO FRANQUEADOR APÓS FORMALIZAÇÃO DO PACTO E PAGAMENTO INICIAL PELO FRANQUEADO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES - RESPONSABILIDADE CIVIL – BOA-FÉ OBJETIVA - PERDA DA CHANCE – LUCROS CESSANTES. Apelante que se insurge contra a sentença que julgou improcedente os pedidos de indenização por lucros cessantes e danos morais. Valores gastos nas tratativas pelo apelante que foram integralmente ressarcidos pela apelada após a desistência. Danos decorrentes da impossibilidade do apelante explorar a franquia almejada, por rescisão unilateral da franqueadora.⁸⁷

⁸⁶ DIAS apud SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p. 44.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.47396. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia. Data do julgamento: 26 de setembro de 2007.

E continua:

Quebra da boa-fé objetiva configurada na hipótese, por ter a apelada rescindido a avença ao fundamento de onerosidade operacional, passando a explorar ela própria o empreendimento comercial no mesmo ponto em que pretendiam fazê-lo os apelantes. Inteligência do art. 422 CC/02. Necessária adequação da nova teoria da perda da chance à já arraigada teoria geral da responsabilidade civil, em especial, quanto aos lucros cessantes. Perda da chance que projeta a perda de uma oportunidade de se obter vantagem ou evitar-se um mal, ambos futuros, mas com repercussão presente. Lucros cessantes que se voltam para a um fato passado, qual seja: a atividade lucrativa cessada, que servirá de base para aquilo que o lesado deixou de ganhar.⁸⁸

E finaliza:

Perda da chance que é espécie do gênero lucro cessante e sob esta ótica é de ser contemplada. Ressarcimento que reintegra o apelante por sua frustração em ver o negócio que idealizara explorado pelo pela própria franqueadora, em frontal quebra à confiança e à boa-fé; pela perda da expectativa do bom negócio, possibilidade que já se incorporara ao seu patrimônio jurídico e, portanto, deve ser ressarcida. Dano moral inexistente. Mero inadimplemento póscontratual. Indenização fixada com base em cláusula penal do próprio contrato. Recurso a que se dá parcial provimento. (grifo nosso)

Também não é raro nos depararmos com decisões nos tribunais pátrios em que a perda de uma chance é vista única e exclusivamente como dano moral, talvez pelo fato de existirem poucos estudos aprofundados em nosso país acerca da teoria da perda de uma chance ou, ainda, pela dificuldade encontrada no momento de sua quantificação.

Certo é que a perda da chance pode decorrer da violação a um bem extrapatrimonial, o que aproxima a perda da chance ao instituto do dano moral, porém, os dois institutos derivam de fontes distintas. Enquanto o dano moral decorre da violação a um bem integrante da personalidade, na perda da chance, o dano é em decorrência da violação a interesse sério e com grandes probabilidades de gerar um ganho futuro, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.47396. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia. Data do julgamento: 26 de setembro de 2007.

Em verdade, em alguns casos concretos, a perda da chance, além de se manifestar na perda da possibilidade de conseguir um ganho material (patrimonial), também poderá ser considerada como agregador do dano moral, em outras palavras, há situações que o ato ilícito do infrator causa prejuízo patrimonial além de causar também prejuízo de ordem moral, devido à dor e aos sofrimentos experimentados pelo lesado.

Vejamos um julgado em que se verificou que se tratava de chance séria e real, contudo, enquadrou essa modalidade de dano como dano moral:

MANDATO - INDENIZAÇÃO - ADVOGADO - DANO MORAL - CONDUTA CULPOSA NA DEFESA DE DIREITOS DO CLIENTE - ATRASO DO ADVOGADO SEM MOTIVO JUSTIFICÁVEL EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO - REVELIA E CONFISSÃO - OCORRÊNCIA - DANO MATERIAL - REMUNERAÇÃO INDEVIDA - OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - NEGLIGÊNCIA DO PATRONO QUE MOTIVA A PERDA DE UMA CHANCE - RESSARCIMENTO APENAS DO DANO MORAL - CABIMENTO. O atraso do advogado, sem motivo justificável, em audiência de instrução, determinando revelia e confissão, caracteriza falta grave, nos termos do artigo 34, inciso IX, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Não é matematicamente certo que, se fosse diligente e cuidadoso o advogado, a autora sairia integralmente vencedora nas ações, sem condenação alguma. A obrigação do advogado é de meio, não de resultado. A negligência do advogado inviabilizou a chance de vencer as demandas e nada ser pago. É esta chance que foi perdida, não os valores decorrentes das condenações nas reclamações trabalhistas. Por isso, a indenização passível de ser cogitada é apenas de natureza moral.⁸⁹

Ao julgar dessa forma, ignorou-se o dano material decorrente da perda de uma chance.

Muito embora boa parte da doutrina e jurisprudência enquadre a perda de uma chance como lucro cessante ou em outros casos como dano moral, há estudiosos que sustentam a ideia de que, ao enquadrar a perda da chance como subespécie de dano emergente, acaba-se com o problema da certeza do dano para a configuração do dever de indenizar, pois, se a chance já for considerada como integrante do patrimônio da vítima, ao ocorrer a ação que fulmina esta chance, está configurado o dano, pois, neste caso, a chance perdida já integrava o patrimônio da vítima.

⁸⁹ BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação. Cível/ Rev. 620.806-00/0 . 3ª Câmara. - Rel. Juiz Ferraz Felisardo . Data do julgamento: 25 de junho de 2002.

Desse modo, não seria necessário a prova de que a vantagem se realizaria, pois a própria chance, encarada como propriedade da vítima que sofre a lesão, já serve para configurar a certeza do dano.

Nesse sentido leciona Sérgio Savi:

(...) não há dúvida de que, em determinados casos, a perda de uma 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 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(...).⁹⁰

Ao nosso ver, difícil considerar a chance como integrante do patrimônio do sujeito, já que a chance, por mais real e séria que seja, não se tem certeza absoluta que realmente resultaria em acréscimo do patrimônio.

Se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá 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 da chance pretendida, o que é impossível. Ora, se a vitória não pode ser provada e confirmada, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado.

O enquadramento do dano decorrente da perda de uma chance não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, uma vez existir apenas a probabilidade e não a certeza de obtenção do resultado aguardado.

Há ainda, uma terceira corrente, a qual nos filiamos, com fincas na doutrina do então marco teórico da presente pesquisa, Rafael Peteffli da Silva, que vê a perda de uma chance como um dano certo, autônomo, independente e indenizável.

É o que ensina o citado doutrinador:

(...)a teoria da perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior cobertura

⁹⁰ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed.. São Paulo : Atlas. 2009. p. 112.

conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Assim, a corrente doutrinária que passará a ser analisada propugna pela autonomia das chances perdidas em relação ao dano final, isto é, o prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.⁹¹

No mesmo sentido é a lição de Nelson Rosenvald:

(...)uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizado pela subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda.⁹²

Cumprido destacar que tal discussão não está presente apenas na doutrina, mas também na jurisprudência, conforme trecho do voto do desembargador relator Adão Sergio do Nascimento Cassiano, em decisão sobre o tema no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Mas há controvérsia com relação à modalidade de dano patrimonial a “perda da chance” constitui se dano emergente, lucro cessante ou modalidade intermediária. Há julgados nos tribunais pátrios concedendo a indenização pela “perda de uma chance” a título de lucro cessante. No entanto, parece predominar o entendimento de que se trata de uma terceira espécie de dano patrimonial, consistente em um dano material hipotético (porém real), intermediário entre o lucro cessante (o que efetivamente deixou de ganhar) e o dano emergente (o que a vítima perdeu).⁹³

Temos ainda o julgamento proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no Superior Tribunal de Justiça, onde adotou-se a corrente aqui defendida, percebendo o dano decorrente da perda de uma chance como uma categoria autônoma de dano, independente do dano emergente e dos lucros cessantes:

⁹¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas. 2007. p.

⁹² ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de. Direito das Famílias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 93.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70006227599. Nona Câmara Civil. Rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano. Data do julgamento: 29 de setembro de 2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.1. **A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.** Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.⁹⁴ (grifo nosso)

E continua:

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.⁹⁵

E finaliza.:

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.⁹⁶

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.190.180/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 16 de novembro de 2010.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

Em um trecho do seu voto o referido Ministro afirma:

Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007).⁹⁷

Desse modo, conclui-se que, para melhor aplicação da teoria da perda de uma chance, se faz necessário que vejamos esse dano causado pela perda dessa chance como uma espécie autônoma de dano, indenizando não pelo dano final, mais sim pela chance perdida.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.190.180/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data do julgamento: 16 de novembro de 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho buscou-se demonstrar o quanto é importante a aplicação da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento, principalmente no que tange a atuação dos advogados, uma vez que, ao se aceitar aplicação da teoria da perda de uma chance, há uma proteção àquelas pessoas que são vítimas de erros crasso cometidos na advocacia, e, por outro lado, há a valorização dos bons profissionais nesse ramo.

Discutiu-se sobre a responsabilidade civil, lembrando tratar-se de um dos assuntos mais extensos e com as mais diversas ocorrências dentro do direito civil, onde nos limitamos aos conceitos de alguns pontos principais, como o dano, o nexa causal, a responsabilidade civil objetiva, subjetiva, contratual e extracontratual.

Debateu-se acerca dos requisitos necessários para que se configure a perda de uma chance, onde há a necessidade de que se tenha uma chance séria e real, isto é, com grande probabilidade de que se não fosse tirada a chance da vítima essa teria a oportunidade de alcançar uma posição mais favorável.

Tratou também no presente estudo de debater os diversos entendimentos acerca da modalidade em qual se enquadra o dano causado pela perda de uma chance, se dano moral, material, emergente, lucro cessante ou, ainda, uma categoria autônoma de dano, sendo que nos filiamos na última hipótese, devendo o dano decorrente da perda de uma chance ser visto como uma categoria autônoma e independente, indenizando a vítima não pelo dano final, sim pela chance perdida.

Durante o trabalho trouxemos também à baila diversas jurisprudências, com os entendimentos mais variados sobre o assunto, evidenciando que, embora não haja legislação específica sobre o tema e não exista consenso quanto a modalidade de dano casado pela perda de uma chance, tal teoria vem sendo amplamente aceita em nosso ordenamento, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro : Responsabilidade Civil. Volume 7.** 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Volume 4.** 7 ed. São Paulo : Saraiva. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional : Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 14 ed.. Belo Horizonte: Del Rey. 2008

ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações - Responsabilidade Civil. Volume 2.** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GOMES. Orlando. **Responsabilidade civil.** Revisada e ampliada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil. Volume 3.** 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo.** 15 ed. Revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: Direito das obrigações. 2ª parte.** 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

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

PRUX, Oscar Ivan. **A responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.** São Paulo: Atlas. 2007.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. ANGHER, Joyce Anne [org]. **Vade Mecum.** 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Institui o Código Civil”. ANGHER, Joyce Anne [org]. **Vade Mecum**. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012.

BRASIL, Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. “Dispões sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil”. ANGHER, Joyce Anne [org]. **Vade Mecum**. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012.

BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. ANGHER, Joyce Anne [org]. **Vade Mecum**. 14 ed. São Paulo: Rideel. 2012.

BRASIL. Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0387.htm>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 2007.51.03.002355-9. Des. Rel. Reis Friede. Data do julgamento: 25 de maio de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 598069996, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Data do julgamento 12 de junho de 1990.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. nº 591064837, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Data do Julgamento: 29 de agosto de 1991.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70025788159. 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Ergio Roque Menine. Data do Julgamento: 23 de julho de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1190180/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 16 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 788.459 . Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data do Julgamento: 08 de novembro de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. nº 2006.001.53158. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Edson Vasconcelos. Data do Julgamento: 24 de janeiro de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 4986069 PR 0498606-9. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Denise Kruger Pereira. Data do Julgamento: 22 de julho de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 7769004 PR 776900-4. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Renato Braga Bettega. Data do Julgamento: 09 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 186424220068070001. 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. Data do Julgamento: 01 de junho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0003048-91.2006.8.26.0022. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Clóvis Castelo. Data do julgamento: 4 de julho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70041115940. Décima sexta Câmara Cível. Rel. Des.^a Ana Maria Nedel Scalzilli. Data do Julgamento: 09 de agosto de 2012.

BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação. Cível/ Rev. 620.806-00/0 . 3ª Câmara. - Rel. Juiz Ferraz Felisardo . Data do julgamento: 25 de junho de 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70006227599. Nona Câmara Civil. Rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano. Data do julgamento: 29 de setembro de 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.47396. Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia. Data do julgamento: 26 de setembro de 2007