

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Maurício de Andrade Travassos Neto

A aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil do advogado

Juiz de Fora

2014

Maurício de Andrade Travassos Neto

A aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil do advogado

Dissertação apresentada ao Curso de graduação em Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Raquel Bellini de Oliveira Salles

Juiz de Fora

2014

Maurício de Andrade Travassos Neto

A aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil do advogado

Dissertação apresentada ao Curso de graduação em Direito, da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2014

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Doutor Bruno Amaro Lacerda
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Não há como deixar de agradecer a todos que estiveram comigo ao longo da elaboração deste trabalho. Agradeço aos meus familiares e amigos pelo apoio e paciência. Agradeço também à minha orientadora, Raquel, pela dedicação e ajuda.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar como e em que medida é possível se aplicar a teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil dos advogados. Para tanto, é realizada uma análise das peculiaridades da atuação dos advogados, bem como da teoria da perda de uma chance, com todas as suas divisões. Adota-se, então, o posicionamento segundo o qual a chance perdida configura um dano específico, de modo que, presentes os demais pressupostos para a responsabilização civil, o patrono deverá indenizar seu cliente pelas chances perdidas. Conclui-se, portanto, pela possibilidade da aplicação da referida teoria na seara advocatícia. É exposto, ainda, o grau de probabilidade necessário para que a chance seja reparada, bem como os possíveis critérios para a quantificação desse tipo de dano.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Advogado. Teoria da perda de uma chance. Dano específico. Quantificação.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze how and to what extent it is possible to apply the theory of loss of a chance to liability lawyers. To this end, an analysis of the peculiarities of the performance of lawyers is performed as well as the theory of loss of chance, with all its divisions. Is adopted, then the position according to which the lost chance configure a specific damage, so that present other assumptions to civil liability, the patron shall indemnify your client for missed chances. Therefore it is concluded, the possibility of applying that theory in advocacy harvest. It is stated, though the degree of probability required for a chance to be repaired as well as the possible criteria for the quantitation of this type of damage.

Keywords: Liability. Lawyer. Theory of loss of a chance. Specific damage. Quantification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.....	08
1.1 OS DEVERES DO ADVOGADO.....	08
1.2 A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO.....	10
1.3 SISTEMATIZAÇÃO E HIPÓTESES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS.....	12
2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	16
2.1 A TEORIA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
2.2 CAUSALIDADE PARCIAL X DANO ESPECÍFICO.....	19
2.3 A CHANCE E O GRAU DE PROBABILIDADE.....	22
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE ÀS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS.....	25
3.1 HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA ADVOCATÍCIA.....	25
3.2 LUCRO CESSANTE X DANO EMERGENTE.....	26
3.3 CRITÉRIOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO.....	28
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS.....	33

INTRODUÇÃO

O artigo 133 da Constituição Federal determina que o advogado é “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A atividade do advogado é de grande seriedade, em razão da importância dos bens jurídicos pleiteados em juízo, por intermédio deles. Um erro do advogado pode levar a perdas irreversíveis para seus clientes.

Devido à importância da profissão, os advogados devem seguir os preceitos definidos pelo Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8.906/94) e pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

Ocorre que tem havido um aumento significativo de cursos jurídicos e, conseqüentemente, de advogados em atuação no mercado de trabalho. No entanto, infelizmente, dentre esses novos profissionais nem todos possuem a devida capacitação condizente com a importância de seu mister.

Vê-se, então, falhas na prestação dos serviços advocatícios, em atuação judicial ou extrajudicial. Com isso, aumenta significativamente o número de ações indenizatórias intentadas por clientes em face de advogados, visando à reparação dos danos causados.

Contudo, apesar da crescente demanda pela reparação de clientes em face de advogados e do grande aumento experimentado de profissionais na área, a doutrina ainda se mostra incipiente com relação a certos casos de responsabilização dos advogados, bem como a jurisprudência se revela, muitas vezes, controversa.

É nesse contexto que se impõe a necessidade de estudo da teoria da perda de uma chance e da sua aplicabilidade às relações entre clientes e advogados, para que se possibilite a reparação de todas as formas de danos causados pela má prestação dos seus serviços, incluindo os advindos da perda da chance por seus mandantes.

Este trabalho cuida, então, de analisar os deveres do profissional da advocacia, esclarecendo a controvérsia a respeito da natureza da sua obrigação, se de meio ou de resultado. Trata-se, ainda, da sistematização da responsabilidade civil dos advogados, no âmbito do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Advocacia.

Com o presente estudo, pretende-se caracterizar a chance perdida como um dano autônomo e reparável. Desse modo, a atuação do advogado, seja ao perder um prazo ou por outros erros a serem aqui enumerados, que levar à perda da chance do seu cliente, criará para aquele o dever de indenizar.

Desse modo, possibilita-se uma reparação mais ampla dos danos causados pelo mau exercício da atividade advocatícia, haja vista que as chances perdidas consistem em um dano autônomo e, por isso, devem ser reparadas separadamente.

No que tange à quantificação do dano, deve-se utilizar os critérios da teoria do dano geral, inclusive com a observância do princípio da reparação integral. Contudo, não se pode perder de vista que o dano caracterizado pela chance perdida tem o valor sempre inferior ao do dano final, pois não se sabe qual seria o resultado do processo probabilístico, por mais favorável que ele seja.

Pretende-se, então, ao final, apresentar possíveis soluções e critérios para a quantificação dos danos advindos da perda de chance, questão que se mostra muito controversa ainda entre os aplicadores do direito.

Diante da análise de todos esses aspectos que envolvem a teoria da perda de uma chance e sua aplicação na seara advocatícia, torna-se possível perceber como e em que medida é possível aplicar a referida teoria à responsabilidade civil dos advogados, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

1.1 OS DEVERES DO ADVOGADO

Ao tratar dos deveres dos advogados, deve-se ter em mente, antes de tudo, que existem entre o advogado e seus clientes contratos de mandato, fazendo daquele mandatário destes.

Entre os deveres dos mandatários definidos no Código Civil de 2002, encontram-se: executar o mandato com toda a sua diligência habitual, indenizar prejuízos causados por sua culpa ou por outrem a quem tenha substabelecido, bem como dar contas de sua gerência ao mandante.

Além dos deveres supramencionados, deve-se ressaltar que, sendo um contrato, o mandato está regido pelos princípios contratuais, como é o caso dos princípios da liberdade, da força obrigatória (ou *pacta sunt servanda*) e da boa-fé objetiva.

Em razão das especificidades da profissão, foi criada, em 1930, a Ordem dos Advogados do Brasil, tendo início a regulamentação profissional da advocacia. Os advogados têm, então, a sua atuação regulada pelo Estatuto da Advocacia (lei 8.906 de 1994) e pelo Código de Ética e Disciplina da OAB. Devem agir, ainda, em conformidade com o Regulamento Geral, com os Provimentos e com os princípios da moral individual, social e profissional.

Ellen Maressa Carnaval, em artigo acerca da responsabilidade civil do advogado, afirma:

Desta feita, imperioso se mostra que o advogado, como um prestados de serviços públicos, exercendo função social em um Estado Solidário de Direito, deve fazer o possível ao seu alcance, dentro dos padrões de ética e dos deveres inerentes à sua profissão, para que o cidadão possa ter acesso aos seus direitos (CARNAVAL, 2012, p. 334).

O artigo 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB assim dispõe:

Art. 8º O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda.

Esse dispositivo traduz a preocupação com a atuação dos advogados antes mesmo de ter início a demanda judicial, haja vista que se determina o esclarecimento do cliente acerca dos possíveis rumos de eventual ação judicial.

Após a contratação do profissional, este deve continuar se pautando pelos preceitos acima mencionados. Isso porque, não obstante esteja o advogado sujeito à responsabilidade disciplinar, ele também poderá ser civilmente responsabilizado quando atuar com imprudência, negligência ou imperícia, seja em casos de perda de prazos, de erros grosseiros, de aventuras judiciais ou de muitos outros que serão citados ao longo do presente trabalho.

Sobre o tema, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo:

Além da responsabilidade disciplinar, o advogado responde civilmente pelos danos que causar ao cliente, em virtude de dolo ou culpa. Lembra Yves Avril que a responsabilidade é a contrapartida da liberdade e da independência do advogado (LÔBO, 1994, p. 118).

O advogado, portanto, ao exercer sua função, deve fazê-lo de forma controlada e planejada, de modo que se faça o melhor trabalho possível respeitando os prazos de cada processo em que atua, o que exige grande volume de trabalho. Isso porque, se restar demonstrada a sua responsabilidade, atrelada a ela estará o dever de indenizar o cliente.

A respeito da atuação do advogado, discorre Sérgio Novais Dias:

Ao receber a causa de um cliente, o advogado assume a obrigação de postular em seu nome rigorosamente dentro dos prazos que a lei exige. Também assume a obrigação de tudo fazer, nos limites da lei, para tentar convencer o julgados das razões do seu cliente (DIAS, 1999, p. 19).

E continua, pontuando sobre a responsabilidade do profissional:

A contrapartida para a elevação do faturamento do advogado está nos valores também altos que terá de pagar quando, ao cometer falhas, for reconhecida sua responsabilidade e, portanto, sua obrigação de indenizar o cliente (DIAS, 1999, p. 19).

Nota-se, assim, que a advocacia demanda que o profissional saiba fazer o bom uso de construções doutrinárias, das fontes jurisprudenciais, bem como da legislação. Assim sendo, evita-se eventuais riscos ao patrimônio e a interesses existenciais dos representados.

No entanto, tem-se enfrentado um grande problema no Brasil. Cresce cada vez mais o número de cursos de Direito e, ainda que se exija a aprovação no Exame da Ordem, é grande o número de profissionais pouco qualificados para a atuação advocatícia.

Em notícia do “site” da Ordem dos Advogados do Brasil, tem-se a informação de que o Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os países do mundo, juntos. Existem 1.240 cursos para a formação de advogados em território nacional, enquanto no resto do planeta a soma chega a 1.100 universidades (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2010).

Os números mostram-se preocupantes. Tanto é que, neste ano, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério da Educação firmaram um acordo de cooperação, a fim de se elaborar nova política regulatória para o ensino jurídico.

Diante desse quadro, é possível perceber a importância que adquire o tema da responsabilidade civil dos advogados, que ainda apresenta hipóteses controversas e merecedoras da devida atenção.

1.2 A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO

Antes de se abordar a disciplina da responsabilidade civil dos advogados, faz-se necessário esclarecer a natureza da obrigação firmada entre esses profissionais e seus clientes. As obrigações, segundo o seu conteúdo, podem ser divididas em obrigações de meio e de resultado.

As obrigações de resultado têm por base a efetiva produção de um resultado certo e determinado. Obrigações de meio, por sua vez, não estão vinculadas a tal resultado, exigindo-se apenas a atividade zelosa do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça, em notícia veiculada em novembro de 2013, determinou que a obrigação assumida pelo advogado é, em regra, de meio, e não de resultado. Explica o ministro Luis Felipe Salomão que, ao patrocinar a causa, o advogado se obriga a conduzi-la com toda a diligência, mas não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 03).

Nesse mesmo sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIRMADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DOADVOGADO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - COMPROVAÇÃO DE CULPA - RECURSO INTERPOSTO DE FORMA INTEMPESTIVA - INDENIZAÇÃO DEVIDA. É patente a ilegitimidade passiva dos réus que não figuraram como parte no contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado, como também não assinaram qualquer petição apresentada e, nem mesmo, constaram em instrumento de procuração ou substabelecimento. A responsabilidade civil do advogado é classificada como responsabilidade de meio e não de resultado, impondo ao profissional que atue com diligência e zelo, empregando todos os recursos necessários e adequados à defesa dos interesses de seu cliente, somente se responsabilizando civilmente, caso fique demonstrado que agiu com dolo ou culpa. A perda de prazo recursal constitui falha grave por parte do advogado contratado, ensejando reparação civil pelos danos morais causados (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2013, apelação cível 1.0145.12.002768-8/001, Relator: Des. Luiz Artur Hilário)

Corroborando com o entendimento dos Tribunais supramencionados, Sérgio Novais Dias aponta que é cediço que o advogado exerce atividade de meio, e não de fim. Segundo o autor, o advogado não é responsável pelo resultado da demanda, pois a decisão compete ao juiz, e não a ele. O profissional seria, então, responsável pela boa utilização dos meios ao seu alcance para convencer o julgador de que o direito protege o seu cliente (DIAS, 1999, p. 17).

Apesar de poucos, devem ser citados os casos em que os patronos assumem obrigações de resultado. Estas surgem, sobretudo, na esfera extrajudicial, em hipóteses como a elaboração de contratos, estatutos, pareceres, entre outros.

Carlos Roberto Gonçalves, após concordar que as obrigações assumidas pelos advogados são essencialmente de meio, pondera acerca de relação entre a natureza da obrigação e a responsabilidade civil:

O traço distintivo entre essas duas modalidades de obrigação encontra-se nos efeitos do inadimplemento. Na obrigação de meio, em que o devedor se propõe a desenvolver a sua atividade e as suas habilidades para atingir o objetivo almejado pelo credor, e não a obter o resultado, o inadimplemento somente acarreta a responsabilidade do profissional se restar cumpridamente demonstrada a sua negligência ou imperícia no emprego desses meios. Na de resultado, em que o objetivo final é da essência do ajuste, somente mediante prova de algum fato inevitável capaz de romper o nexo de causalidade, equiparando à força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, pode o devedor exonerar-se caso não tenha atingido o fim a que se propôs (GONÇALVES, 2010, p. 191).

Nota-se, portanto, que, em regra, o advogado não poderá ser responsabilizado pelo eventual insucesso da demanda, a não ser que este tenha sido causado por sua culpa, aliada aos demais elementos que criarão o dever de indenizar.

1.3 SISTEMATIZAÇÃO E HIPÓTESES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS

Inicialmente, tem-se a divisão da responsabilidade civil em contratual, oriunda do descumprimento de obrigações previstas em contrato, e extracontratual, ou aquiliana, decorrente de violação ao dever geral de cuidado.

Para que haja a responsabilização civil, é necessário, antes de tudo, que haja um dano. Esse dano deve, ainda, decorrer de um ato ilícito ou de um risco previsto em lei, conforme seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva, respectivamente. Por fim, deve haver entre eles um nexo de causalidade.

Como já mencionado neste trabalho, o advogado, no Brasil, tem a sua atuação regulada por diversos dispositivos, não sendo diferente quanto à sua responsabilidade civil. Essa é prevista no Código Civil de 2002, no Código de Ética profissional, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e no Código de Defesa do Consumidor.

Sob a égide do Código Civil de 2002, tem-se que o causídico firma com seus clientes um contrato de mandato, daí ser possível afirmar que a sua responsabilidade é contratual.

O artigo 667 do Código Civil, em seu “caput”, assim dispõe:

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

Tem-se, portanto, que a responsabilidade do profissional será apurada mediante a verificação da sua culpa. A noção de culpa é trazida, também, no artigo 186, do mesmo código, como elemento primário do dever de indenizar. Seu texto é o seguinte:

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

No entanto, como já explicitado, apesar de na grande maioria dos casos os advogados assumirem obrigações de meio, em que se mostra necessária a verificação da culpa do profissional para a sua responsabilização, não se pode esquecer que, em alguns casos, os causídicos assumirão obrigações de resultado.

Desse modo, errado seria dizer, generalizando-se, que em qualquer hipótese é necessária a comprovação da culpa do advogado para que ele seja responsabilizado. Isso porque o dever de indenizar pode surgir simplesmente da inexecução de obrigações por ele assumidas, com fundamento nos artigos 398, 402 e 403, todos do Código Civil, o que implica presunção de culpa, com a respectiva inversão do ônus da prova.

Com relação ao tema, Júlio César Rossi sintetiza:

Enfim, a casuística é que recomendará a melhor forma de se verificar se houve ou não a inexecução da obrigação a que o profissional se vinculou, impondo, se for o caso de constatação de culpa, o dever de indenizar (ROSSI, 2007, p. 85).

No âmbito do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), tem-se, em seu artigo 7º, inciso I, que o advogado tem o direito de exercer a sua profissão com liberdade em todo o território nacional.

Disso, depreende-se que os patronos não são obrigados a patrocinar toda e qualquer causa. No entanto, se aceita o patrocínio, deve empenhar sua máxima diligência de modo a ter sucesso na demanda e não frustrar as expectativas do cliente.

Já no que tange à execução do mandato, Sérgio Novais Dias traz os ensinamentos de Paulo Luiz Neto Lôbo:

Como ensina Paulo Luiz Neto Lôbo, na defesa dos interesses sob seu patrocínio, o advogado nunca deve fazer concessões a sua independência, inclusive em face do próprio cliente. Na escolha dos meios jurídicos e na condução de seu trabalho profissional, o advogado nunca deve permitir que haja tutela direta ou indireta do cliente, de terceiro ou do magistrado. É sua, inteira e indelével, a responsabilidade pela direção técnica da causa e da questão (LÔBO, 1995, p. 118, apud DIAS, 1999, p. 34)

Apesar da independência dos advogados na sua atuação, é importante ressaltar que, de outro lado, tem-se a sua responsabilidade exclusiva pela adequada condução das causas e execução das tarefas.

No que se refere à responsabilidade, o Estatuto da Advocacia tem a mesma tratativa do Código Civil de 2002, trazendo como necessária a verificação da culpa. Assim dispõe o artigo 32, *caput*, da referida lei:

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

Sobre o tema, Júlio César Rossi destaca, ainda, que a responsabilidade civil do advogado está limitada àquilo que efetivamente contratou com o cliente, pois a expressão exercício profissional contida no dispositivo transcrito deve ser entendida como exercício em razão de mandato judicial ou contrato de prestação de serviços jurídicos específicos (ROSSI, 2007, p. 91).

Finalmente, a responsabilidade civil dos patronos também é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça já ter decidido pela inaplicabilidade das suas disposições à atividade advocatícia, o Tribunal alterou o seu posicionamento, reconhecendo a referida aplicação. É o que se verifica na seguinte ementa:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE.

I – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas.

II – Caracterizada a sucumbência recíproca, devem ser os ônus distribuídos conforme determina o art. 21 do CPC.

III – Recursos especiais não conhecidos. (STJ, REsp 364.168-SE, 2004)

Superada a questão acerca da aplicabilidade das disposições consumeristas à relação entre advogados e clientes, deve-se ater ao artigo 14, §4º, do diploma legal, que assim determina:

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

O Código de Defesa do Consumidor segue, portanto, as demais normas disciplinadoras da matéria, definindo a responsabilidade subjetiva para os advogados, bem como para os demais profissionais liberais. Dessa forma, esses responderão por suas ações e omissões, desde que haja culpa.

Após breve tratativa da sistemática da responsabilidade civil nas relações advocatícias, é importante perceber que o dever de indenizar dos causídicos pode surgir nas mais diversas situações.

Os advogados podem ser responsabilizados, por exemplo, por erros de fato e de direito, conselhos e pareceres errôneos, omissão de providências, perda de prazos recursais, preclusão de atos, entre muitos outros.

Diante dessa vasta gama de hipóteses de responsabilização dos patronos, é essencial que se tenha em mente que, em todas elas, deve estar presente um dano, que não pode ser hipotético, ainda que imaterial.

Daniela Pinto de Carvalho, em artigo acerca dos novos contornos do dano, cita Luís Ricardo Fernando de Carvalho, que assim ensina:

Quanto aos requisitos para que o dano seja ressarcível ou indenizável, a doutrina prega que ele deve ser certo, atual e próprio ou pessoal. Sendo certo, quanto à sua existência, quanto a sua efetividade, devendo a certeza do dano estar presente quando do ajuizamento da demanda; atual, pois o dano não pode ser meramente hipotético, e próprio ou pessoal, sendo que só poderá pleitear indenização aquele que sofreu prejuízo decorrente do evento danoso, mesmo que indireto (CARVALHO, 2004, *apud* CARVALHO, 2011).

Deve, portanto, ser o dano próprio de quem o reclama, certo, atual e subsistente, além de possuir um mínimo de gravidade. Ocorre que há situações em que o dano está bem delimitado, como é o caso de erros na elaboração de um contrato, que levaram a prejuízos econômicos, ou mesmo um erro de direito na petição apresentada, que levou ao insucesso da demanda.

Como danos meramente hipotéticos não são indenizáveis, os problemas aparecem diante de situações limítrofes, em que se torna difícil a distinção do que é certo e, portanto, indenizável, do que não é.

Para esses casos, como a perda de um prazo recursal que impossibilita o novo julgamento da demanda, o ajuizamento da demanda após o fim do prazo prescricional, a inépcia da inicial, dentre outros, será necessária a utilização dos preceitos da teoria da perda de uma chance, a fim de se verificar quais danos são efetivamente passíveis de reparação.

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 A TEORIA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A teoria da perda de uma chance, ou teoria da *perte d'une chance*, tem seu berço na França e possibilita que o ofendido tenha seu dano reparado nas hipóteses de perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Trata-se da visão da “chance” como dano reparável de forma a garantir que a vítima seja totalmente ressarcida de suas perdas. Hodiernamente, com a evolução dos estudos estatísticos e, sobretudo, das formas de dano, a teoria se disseminou no plano mundial, embora os estudos sobre ela ainda não sejam tão abundantes.

Os estudiosos do tema fundamentam a aplicação da teoria no princípio da reparação integral dos danos e na cláusula geral de responsabilidade trazida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V. Dessa forma, nenhum dano injusto causado ao ofendido deixará de ser reparado.

Nesse sentido, ensina Raimundo Simão de Melo:

É princípio de responsabilidade civil que, aquele que causa dano ao outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral (...) pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou então, de evitar um prejuízo. Isso pode dar ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade (MELO, 2007, p. 35).

Os artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil brasileiro assim preceituam:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Trata-se de uma cláusula geral de responsabilidade civil, que amplia o conceito de dano indenizável. Diante disso, tem-se a possibilidade do reconhecimento, pelo ordenamento jurídico pátrio, do ressarcimento das chances perdidas.

Sérgio Savi afirma que, apesar do avanço, a maior parte da doutrina brasileira trata o tema de forma superficial. No entanto, percebe-se claramente que, tanto os autores

clássicos, quanto os contemporâneos, aceitam a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio (SAVI, 2012, p. 36).

No tocante à jurisprudência, o tema se torna cada vez mais frequente nos tribunais brasileiros. No entanto, Rafael Peteffi da Silva ressalva que seria impróprio afirmar que a teoria já goza de aplicação geral e irrestrita por parte da jurisprudência brasileira, apesar de apenas alguns acórdãos isolados negarem a sua aplicação (SILVA, 2013, p. 197).

Apesar do reconhecimento da teoria quando se trata de chance séria e real, nota-se uma dificuldade dos tribunais estaduais em harmonizar os seus conceitos, considerando a chance perdida ora dano moral, ora patrimonial. Além disso, percebe-se também a alternância entre considerá-las lucros cessantes ou danos emergentes.

Uma das primeiras decisões a respeito do assunto na jurisprudência brasileira é do ano de 1991, especificamente com relação à responsabilidade civil do advogado, e tem a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda da chance (TJRS, Apelação Cível 591.064.837, Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/08/1991).

Houve o extravio dos autos e o causídico não tratou de comunicar o ocorrido à sua cliente nem de restaurá-los. Com isso, a autora teve cerceado o seu direito de ter a sua pretensão apreciada.

Em um trecho do acórdão, Ruy Rosado de Aguiar diz não imputar ao patrono o extravio nem garantir que a autora venceria a demanda, mas que é inegável que a omissão da informação e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo.

Com o tempo, chegaram casos ao Superior Tribunal de Justiça, o que contribuiu para a consolidação do entendimento do Tribunal acerca da teoria da perda de uma chance.

Entre os acórdãos pertinentes, merece destaque como exemplo da aplicação da teoria à responsabilidade profissional do advogado o Recurso Especial 1.190.180-RS, cuja ementa é a seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO

MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido (STJ, REsp. 1.190.180-RS, julgado em 16/11/2010).

Trata-se de hipótese de perda de prazo para contestar a ação e de não interposição de recurso de apelação contra sentença. Além disso, em sede de execução de sentença, os advogados não apresentaram objeção, possibilitando a penhora dos bens dos clientes.

O STJ então reconheceu a aplicação da teoria, desde que a chance perdida fosse considerada séria e real. Afirmou-se que, nesses casos, ela configura uma lesão às justas expectativas frustradas do autor e pode, assim, gerar direito à indenização.

Ressalta-se, ainda, a relevância dada à probabilidade na aplicação da teoria da perda de uma chance, o que será tratado com mais profundidade no capítulo seguinte do presente trabalho.

2.2 CAUSALIDADE PARCIAL X DANO ESPECÍFICO

Nos casos em que figura a teoria da perda de uma chance, tem-se um processo aleatório, que pode ser interrompido ou não. De qualquer modo, há uma conduta, que impediu que o referido processo chegasse ao fim ou que diminuiu as chances de obtenção do resultado final esperado.

Como exemplo da primeira situação, pode-se citar o advogado, que perde o prazo para a interposição de um recurso, não sendo a causa reanalisada. Nesse caso, a conduta do causídico impediu que o processo aleatório chegasse ao fim e, desse modo, não há como saber qual teria sido a decisão se o recurso tivesse sido interposto.

A segunda hipótese tem como exemplo algumas situações de erro médico, em que a conduta culposa do profissional acaba por contribuir para o óbito do paciente. Nota-se que tem fim o processo aleatório com a morte, embora o resultado não tenha sido o esperado. Fala-se, nesse caso, em perda da chance de cura.

Chama-se de dano final o prejuízo representado pela perda da vantagem esperada. É importante notar que, em sede de responsabilidade civil por perda de uma chance, não se pode estabelecer uma relação de causalidade necessária entre a conduta e o dano final. Isso porque não é aquela uma *conditio sine qua non* deste, que não pode, portanto, ser reparado integralmente.

Nesse sentido, leciona Rafael Peteffi da Silva:

A impossibilidade de reparação do dano final, isto é, do total valor da vantagem esperada pela vítima, se dá pela falta de causalidade necessária entre o próprio dano final e o ato do agente ofensor que causou a interrupção do processo aleatório e a consequente perda de chances. Como visto, o desaparecimento da vantagem esperada é sempre possível por intermédio de causas externas. Desse modo, o ato do agente ofensor não se consubstancia em uma *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano final (SILVA, 2013, p. 20).

Em razão da ausência de causalidade necessária entre a conduta do agente e o dano final, surgiu na doutrina sobre a teoria da perda de uma chance uma corrente defensora da chamada causalidade parcial, que tem como expoentes Jacques Boré e John Makdisi.

Trata-se da utilização alternativa do nexos de causalidade, que sofreria uma relativização, assim como ocorreu com a culpa nos últimos tempos. Segundo Rafael Peteffi da Silva, o uso das teorias tradicionais já não se mostra adequado para que o princípio solidarista, afirmado em nossa Constituição Federal, tenha real efetividade (SILVA, 2013, p. 46).

Esse emprego menos ortodoxo do nexos de causalidade pode ser observado, sobretudo, nas hipóteses de perda de uma chance na seara médica, razão pela qual não será o objeto do estudo do presente trabalho. No entanto, será exposto seu panorama geral, a fim de ilustrar a divisão existente na doutrina a respeito do instituto.

Ao se lançar mão da causalidade parcial, busca-se identificar a extensão da causalidade existente entre a conduta do agente e o dano final, ou vantagem perdida. Como resultado desse processo, tem-se as chamadas chances perdidas.

Jacques Boré, citado na obra de Rafael Peteffi da Silva, ensina que o magistrado pode, então, reduzir o prejuízo na medida do vínculo causal que ele constata com o erro do ofensor (BORÉ, 1974, *apud* SILVA, 2013, p. 51). John Makdisi complementa, afirmando que a reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada (MAKDISI, 1989, p. 1065 *apud* SILVA, 2013, p. 51).

A relativização do nexos causal é efetivada em razão da negação do caráter de modalidade autônoma e independente de dano às chances perdidas, tendo por indissociáveis estas e o dano final.

Assim é a lição de Jacques Boré:

quanto ao aspecto qualitativo, não há qualquer distinção do dano representado pela perda de uma chance e o dano final. Destarte, observa-se que a vítima pela perda de uma chance não requer qualquer dano que tenha elementos diferenciadores do prejuízo final: se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro (BORÉ, 1974 *apud* SILVA, 2013, p. 53).

Em síntese, para os defensores desse posicionamento, quando o caso é de perda de uma chance, o dano final não pode ser reparado sob a égide das teorias tradicionais do nexos causal, por não haver relação de causalidade necessária. Seria necessária, portanto, a utilização da teoria da causalidade parcial a fim de abranger a reparação das chances perdidas.

A corrente contrária encara a teoria da perda de uma chance como uma ampliação da noção de dano. Dessa forma, defende-se serem as teorias tradicionais do nexos de causalidade suficientes e adequadas para reger os casos dessa seara da responsabilidade civil.

Importante perceber que ambos os posicionamentos enquadram a teoria da perda de uma chance como a evolução, ou o alargamento, de um dos pressupostos da responsabilização civil. Enquanto a primeira trabalha com a noção de nexos causal, a segunda tem seu enfoque no dano.

Antes de se proceder ao tratamento aprofundado dessa corrente doutrinária, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da evolução do conceito de dano nos últimos anos.

Rafael Peteffi da Silva, citando Nancy Levit, explica que, durante o século XIX, observava-se a reparação exclusiva dos danos patrimoniais, em razão dos valores individualistas e patrimonialistas do período. Atualmente, porém, vive-se a chamada era da incerteza e, em razão do novo padrão solidarista, vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos ou intangíveis, passam a ser reparados (LEVIT, 1992, p. 139 *apud* SILVA, 2013, p. 74). É nesse contexto que se inserem os danos decorrentes da perda de uma chance.

Esses novos danos contaram com o auxílio do aumento dos conhecimentos estatísticos e probabilísticos para a sua quantificação. Ressalta-se que, ainda que haja críticas ao baixo grau de certeza que eles possam ter, não se pode negar a reparação diante de uma dificuldade puramente matemática.

As chances perdidas tidas como categoria autônoma de dano, diferente do dano final, poderiam proporcionar a reparação com fundamento no nexo de causalidade tradicional. Assim é porque entre a conduta do ofensor e as chances perdidas existe relação de causalidade necessária para a diminuição da probabilidade de se auferir melhor condição e para o desconhecimento do resultado natural do processo aleatório.

Esse caráter de condição necessária inexistente quando se tem como paradigma o dano final. Desse modo, considerando-se as chances perdidas como espécie de dano, resta prejudicada qualquer tentativa de flexibilização do nexo causal.

O mais importante representante desse segmento da teoria da perda de uma chance é Joseph King Jr., em cujo posicionamento baseio este trabalho, que vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade (KING JR., 1981, p. 1353 *apud* SILVA, 2013, p. 77).

Joseph King Jr. prossegue tratando do tema, agora no que tange à quantificação do dano:

a única maneira sensível de se avaliar a oportunidade perdida pela vítima é quantificar o dano sofrido, levando-se em conta a probabilidade que tinha a vítima de auferir, ao final do processo aleatório, a vantagem esperada (KING JR. 1998, p. 528 *apud* SILVA, 2013, p. 97).

Na doutrina brasileira, o posicionamento de Joseph King Jr. é corroborado por Fernando Noronha, que acredita não ser necessário o conceito de causalidade parcial e concorda com a teoria que defende que as chances perdidas sejam consideradas, em qualquer tipo de espécie da teoria da perda de uma chance, como danos autônomos e distintos dos eventuais benefícios que eram esperados (SILVA, 2013, p. 108 *apud* NORONHA, 2003, p. 676).

A oposição entre os dois posicionamentos acima explicados é assim sintetizada por Rafael Peteffi da Silva:

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos (SILVA, 2013, p. 76).

A tratativa dada à teoria da perda de uma chance no presente estudo é a mesma do autor supracitado. Isto é, adota-se a corrente majoritária, de Joseph King Jr., baseada na ampliação do conceito de dano, a fim de nele incluir as chances perdidas, dotadas de autonomia e independência com relação ao dano final.

Tem-se, inclusive, esse segmento doutrinário como o único coerente, porque, se o dano final nunca poderá ser indenizado nos casos de perda de uma chance, por não ser a conduta do réu sua *conditio sine qua non*, o dano a ser indenizado será sempre avulso, não havendo que se falar na utilização de uma causalidade parcial.

2.3 A CHANCE E O GRAU DE PROBABILIDADE

Até o momento, tem-se que a teoria da perda de uma chance permite a responsabilização em casos que, muitas vezes, deixariam de ser indenizados, sob o argumento de se tratarem de danos hipotéticos.

Cuidou-se, então, de destacar a corrente doutrinária segundo a qual a chance perdida configura um dano específico. Desse modo, ela pode ser indenizada sem que seja necessário relativizar o nexos de causalidade.

A chance aparece, portanto, como dano autônomo, diferente do dano final. Trata-se da possibilidade de vitória antes da ocorrência do resultado final, passível de indenização.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, deve-se entender a chance como a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81).

Após restar clara a possibilidade de indenização das chances perdidas, é imprescindível que se analise o grau de probabilidade de ocorrência do resultado final necessário para que a reparação ocorra.

Não é qualquer chance perdida que configura dano indenizável, é necessário que se tenha um mínimo de probabilidade de ocorrência do resultado final, que a torne certa. Desse modo, meras esperanças aleatórias não dão azo a reparação.

Anderson Schreiber, ao tratar do plano da existência do dano decorrente da perda de uma chance, expõe que:

Para que se configure a perda de uma chance, é preciso verificar, em primeiro lugar, se a oportunidade realmente existiria não fosse a intervenção do responsável. Para se falar em perda da chance, é preciso demonstrar que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico, sendo de se provar, ainda, que esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. A chance perdida integraria a esfera jurídica da vítima, não fosse o fato gerador da responsabilidade. Em outras palavras: o normal desenrolar dos fatos conduziria ao gozo da oportunidade, que não dependia de outras condições que não as que já estavam presentes no caso concreto (SCHREIBER, p. 94).

Dessa forma, antes de qualquer coisa deve se verificar a existência da chance perdida, para depois avaliar o seu grau de probabilidade, até se chegar à etapa da quantificação.

Sobre a temática, Sérgio Cavalieri Filho leciona:

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. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81).

O autor continua, afirmando:

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a

chance como perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82).

Nota-se que, para o doutrinador, as chances perdidas não devem ser simplesmente eventualidades, e sim certas. Além disso, ele defende o patamar mínimo de 50% de probabilidade de sucesso para que o ofendido obtenha a indenização.

Maurizio Bocchiola, citado na obra de Sérgio Savi, endossa esse entendimento, ensinando que:

Somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização (BOCCHIOLA, 1976, p. 97, apud SAVI, 2013, p. 20).

Não obstante a posição desses autores, não é esse o entendimento seguido no presente trabalho. Quando se fala em chance perdida, esta constitui dano certo e, portanto, deve ser indenizada, independentemente de um percentual mínimo de probabilidade de sucesso.

O grau de probabilidade, seja ele de 1% ou 100%, deverá influir na quantificação do dano, e não na sua existência, já que se há probabilidade, existe o dano. Portanto, como se verá adiante, o recurso à probabilidade e à estatística será utilizado para se obter o valor da indenização, que existirá desde que haja chance perdida.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE ÀS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS

3.1 HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA ADVOCATÍCIA

Não se pretende nesse tópico esgotar as situações em que os advogados podem ser responsabilizados pela perda da chance de clientes, mas apenas enumerar as mais frequentes e emblemáticas.

O exemplo mais citado em manuais que abordam o tema é a perda do prazo para a interposição de recurso. No entanto, cumpre aqui ressaltar que apenas haverá dano se o recurso for cabível, ou seja, se houver previsão legal do recurso para o tipo de decisão proferida no caso concreto.

Tem-se, ainda, a hipótese de não propositura de ação judicial. Trata-se do caso em que o cliente procura o advogado, expõe o problema, assina procuração, fornece os documentos requisitados para o ajuizamento e, ainda assim, o advogado deixa de propor a ação, por esquecimento ou descuido.

Nesses casos, pode ser que tenha ocorrido a prescrição ou a decadência, o que causa a perda da chance do cliente de ver a sua pretensão analisada pelo poder judiciário.

Outro caso comum é o de pedido não formulado. É sabido que o advogado deve atuar com zelo e, ao propor a ação, deve fazê-lo de modo a proporcionar ao cliente todas as vantagens que a lei e a jurisprudência lhe asseguram no caso concreto.

Se o patrono deixa de realizar pedidos, pode ser que ele seja responsabilizado pela perda da chance, se verificada a probabilidade de êxito do autor se os pleitos tivessem sido formulados.

Há demandas em que determinadas provas são imprescindíveis para que a decisão seja favorável. Dessa forma, deixando o advogado de produzir as denominadas provas essenciais, pode ser que ocorra a sua responsabilização pela perda da chance.

A hipótese pode ser de extravio de autos. Quando isso ocorre, compete ao causídico proceder à restauração dos autos, ainda que não tenha dado causa ao extravio, em razão do seu dever de diligência. Isso deve, ainda, ser feito em um prazo razoável.

Menos frequente, mas, ainda assim, relevante, tem-se a não apresentação de contrarrazões a recursos. Pode-se alegar que a ausência delas causou a perda da chance de evitar o julgamento desfavorável do recurso, podendo dar azo à indenização.

Existem, ainda, muitas outras hipóteses, cuja enumeração não é essencial para o cumprimento do escopo do presente estudo. Deve-se ter em mente que em todas elas a figura da chance foi perdida, e esta constitui a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Passar-se-á, agora, ao estudo da aplicação efetiva da teoria da perda de uma chance nas decisões judiciais, de modo a entender como deve ser feita a quantificação do dano pelos julgadores, em cada situação concreta a eles apresentada.

3.2 LUCRO CESSANTE X DANO EMERGENTE

Antes de abordar propriamente a quantificação dos danos resultante da aplicação da teoria da perda de uma chance às hipóteses de responsabilização dos advogados, é imperioso esclarecer se as chances perdidas constituem lucros cessantes ou danos emergentes.

A divisão é trazida pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 403, que assim dispõe:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Há muita dificuldade em se estabelecer os limites entre esses conceitos e isso levou muitos autores a enquadrar a chance perdida como lucro cessante.

No entanto, Adriano de Cupis, ao tratar da divergência, além de considerar a chance perdida um dano independente, diferente do dano final, cuidou de enquadrá-la na categoria de dano emergente, e não de lucro cessante. Assim ensina o autor, citado por Sérgio Savi:

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada (DE CUPIS, 1966, p. 264, apud SAVI, 2012, p. 11).

Tomando a perda da chance como dano emergente, sendo este a perda da chance de vitória, e não da vitória propriamente, afasta-se dois problemas: o da certeza do dano e o da existência do nexos de causalidade.

Maurizio Bocchiola diferencia as hipóteses de lucro cessante e de perda da chance com base na certeza dos danos. O autor assim afirma, citado por Sérgio Savi:

Mas, de um ponto de vista teórico, as duas fattispecies são bastante individualizáveis em suas respectivas características. De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração impossível (BOCCHIOLA, 1976, p. 65, apud SAVI, 2012, p. 17)

Prossegue o autor italiano em sua explicação:

o problema da certeza vem implicitamente superado se se considerar a chance como espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Neste caso, de fato, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre uma entidade já existente e pertencente ao sujeito, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano (BOCCHIOLA, 1976, p. 86, apud SAVI, 2012, p. 19)

A chance, então, já se encontrava entre os bens jurídicos do ofendido no momento da sua perda, devendo esta ser encarada como dano emergente e jamais como lucro cessante. Esse é, portando, o posicionamento que se coaduna com o defendido neste estudo.

Ressalta-se que apesar de já compor o patrimônio jurídico da vítima, quando se trabalha com a noção de perda de uma chance, sempre se está no desconhecido, em razão da impossibilidade de demonstração do dano final.

Por isso, o grande desafio prático passa a ser a quantificação da indenização por perda de uma chance. Conforme será visto, será necessário o uso da estatística e de probabilidades, de modo que se tenha o *quantum* mais próximo do real prejuízo sofrido pela vítima, ainda que não se saiba o valor deste com exatidão.

3.3 CRITÉRIOS PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Superada a caracterização das chances perdidas como danos específicos, enquadrados na categoria de danos emergentes, cumpre tratar, por fim, das formas de se quantificá-las, em cada caso concreto.

Essa é uma tarefa ainda tortuosa para os aplicadores do direito que, muitas vezes, atribuem valores aleatórios, com base em sua convicção, mas sem, contudo, utilizar-se de parâmetros concretos.

O artigo 944, *caput*, do Código Civil determina:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Surge, aí, o problema da quantificação: como se obter a extensão do dano representado pela chance perdida? Atualmente, o consenso que se tem na doutrina é o de que o valor da indenização será sempre inferior ao da vantagem esperada e definitivamente perdida pelo ofendido.

A pergunta, então, passa a ser quão inferior ao valor da vantagem esperada é o valor da chance? Para respondê-la, é preciso analisar alguns posicionamentos, todos, porém, envolvendo juízos de probabilidade.

Sérgio Savi traz em seu livro a proposta da *Corte di Cassazioni* italiana, representada pela fórmula $VI = VRF \times Y$, em que VI é o valor da indenização da chance perdida, VRF o valor do resultado final e Y o percentual de probabilidade de obtenção do resultado final (SAVI, 2012, p. 32).

Rafael Peteffi da Silva, por sua vez, traz a fórmula $X - Y/1 - Y$, onde X representa a chance de se evitar o dano final e Y a chance diminuída após a conduta do réu (SILVA, 2013, p. 151).

Raimundo Simão de Melo, em artigo acerca de perda de uma chance, assim propõe:

Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado. Assim como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização,

coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado (MELO, 2007, p. 35)

Trata-se do mesmo método defendido por Sérgio Savi, que consiste na redução do valor do resultado final, conforme o grau de probabilidade, de forma a se obter o valor da indenização.

Esse critério foi utilizado em um caso muito emblemático que se tem na jurisprudência brasileira. Embora não seja a respeito da atuação de advogados, ele merece ser citado, a título de exemplificação.

Trata-se do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial 788.459/BA. O caso tinha como parte uma ex-participante do programa “Show do Milhão”. Após vários acertos, a autora conquistou a chance de responder a pergunta no valor de um milhão de reais.

No entanto, a pergunta era a seguinte: a constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Cada alternativa trazia uma porcentagem diferente e a autora não respondeu, ganhando os quinhentos mil reais que já havia conquistado. Ocorre que a pergunta estava errada, porque a Constituição Federal não estabelece percentual do território em que os direitos indígenas são reconhecidos.

O juízo de primeiro grau condenou a sociedade organizadora do programa a pagar à autora mais quinhentos mil reais, decisão que foi mantida pelo TJBA em flagrante desacordo com a doutrina majoritária, segundo a qual a chance perdida tem valor sempre menos que o do resultado final esperado.

O STJ, então, em decisão unânime, deu provimento ao Recurso Especial interposto pela ré e reduziu o montante indenizatório, sob o argumento de que se tratava de hipótese de perda de uma chance. O valor foi reduzido para cento e vinte e cinco mil reais, equivalente a vinte e cinco por cento do total, já que essa era a chance de a participante ter acertado a pergunta final.

Independentemente do critério que se adota, não se pode olvidar que as causas envolvendo a responsabilidade civil de advogados pela perda de uma chance estão inseridas na seara do poder judiciário e são, portanto, muito incertas.

Deve-se, então, trabalhar com os institutos que buscam trazer certa padronização e um viés de certeza à atuação judiciária. São as súmulas, a jurisprudência, os recursos repetitivos, entre outros, que possibilitam que se saiba a tendência a ser seguida por um Tribunal ou magistrado no julgamento das demandas.

Há, então, graus de probabilidade, que serão definidos com o recurso aos instrumentos supramencionados. Essa prática, ligada ao convencimento do próprio julgador, levará à fixação do montante da indenização justo para o caso concreto.

Ressalta-se que o juiz pode, ainda, nomear peritos, com especialização em estatística, para que examinem o percentual de chance que a vítima tinha de vitória, não fosse a chance perdida e, com isso, calcular o valor a ser pago a título de reparação.

Em último caso, se não houve sucesso na utilização dos recursos anteriormente enumerados, o julgador deverá arbitrar o valor segundo sua valoração equitativa, mas sempre de forma razoável e proporcional e avaliando todas as circunstâncias do caso, como, por exemplo, possíveis contribuições da vítima e/ou de terceiros para a perda da chance.

CONCLUSÃO

O presente estudo cuidou, portanto, de analisar se a teoria da perda de uma chance encontra aplicação nas hipóteses de responsabilidade civil dos advogados. Diante da possibilidade de uso da teoria nesses casos, a questão passou a ser como e em que medida se dá sua aplicação.

Buscou-se caracterizar a chance perdida como dano específico, autônomo e reparável para, a partir daí, definir os contornos da aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil advocatícia e propiciar uma melhor compreensão do tema.

A pesquisa foi dedutiva e essencialmente teórica, embora tenham sido analisados algum julgados a respeito do tema. Após a dissertação acerca dos institutos pertinentes, conclui-se pela possibilidade da aplicação da teoria às hipóteses de responsabilidade civil dos advogados.

A propósito, diante da regulação da atuação do profissional da advocacia, surge para ele diversos deveres de conduta e, ainda, a possibilidade de responsabilização civil, quando sua culpa é verificada. Nessa perspectiva, foram analisadas diversas hipóteses em que o causídico pode ser responsabilizado, sendo que, em algumas situações limítrofes, em que há dúvida se o dano é certo ou hipotético, pode ter particular utilidade a teoria da perda de uma chance.

A referida teoria permite que, em casos em que a conduta do patrono impede que o cliente participe de um processo aleatório, do qual poderia advir um resultado favorável, haja a indenização por parte do advogado.

Isso porque, segundo posição majoritária na doutrina, as chances perdidas configuram um dano específico e independente do dano final. Assim, para ser reparado, não se faz necessária qualquer flexibilização do nexo de causalidade.

A partir daí, tem-se que as chances deverão ser sérias para que sejam reparadas, embora não se trabalhe com um percentual mínimo de probabilidade, já que este, qualquer que seja, influirá na quantificação.

Sendo a chance séria, é tarefa do julgador proceder à sua quantificação. Nesse momento, é de fundamental importância que o aplicador do direito trabalhe com graus de probabilidade já estabelecidos, e poderá, para tanto, nortear sua decisão mediante análise da orientação jurisprudencial que possivelmente seria aplicada ao caso, com base em súmulas, correntes majoritárias, recursos repetitivos, entre outros meios. Caso, ainda assim, não alcance uma solução, o julgador também poderá recorrer a peritos para cálculo de probabilidade ou,

ainda, conforme seu convencimento e experiência comum, arbitrar o que entende ter o autor da demanda perdido com a chance.

Por derradeiro, cabe ressaltar que a chance poderá ser quantificada para efeito de reparação do dano sempre em montante menor que o do dano final, se o resultado fosse certo, devendo o julgador atuar sempre nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, mediante fundamentação adequada de suas decisões.

REFERÊNCIAS

CARNAVAL, Ellen Maressa. A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba, dez 2012, p. 320-353.

CARVALHO, Daniela Pinto de. Os novos contornos do dano: o dano decorrente da perda de uma chance. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10771&revista_caderno=7>. Acesso em dez 2013.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por Danos Morais – Quantum. Revista de Direito Privado. Nº 17. ano 5. jan – mar. 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 a Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2012. 588 páginas.

DIAS, Sérgio Novais. Responsabilidade Civil do Advogado na Teoria da Perda de Uma Chance. São Paulo, Editora Ltr, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. São Paulo. Editora Saraiva, 2010. 424 páginas.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB. Brasília: Brasília Jurídica e Conselho Federal da OAB, 1994.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização Pela Perda de Uma Chance. Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v. 3, n. 2, março/abril de 2007.

ROSSI, Júlio César. Responsabilidade Civil do Advogado e da Sociedade de Advogados. São Paulo. Editora Atlas, 2007. 154 páginas.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. 3a Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2012. 134 páginas.

SCHREIBER, Anderson. O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. 1ª Edição. São Paulo. Editora RT, 2011. 752 páginas.

SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3a Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2013. 272 páginas.

SILVA, Roberto de Abreu e. A Teoria da Perda de Uma Chance em Sede de Responsabilidade Civil. Revista da EMERJ, v. 9, n. 36, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1190180&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em dez 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=0DE37030EF480F0C5EAD0F0CF7FA2A84.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.12.002768-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em dez 2013.