

[Digite aqui]



A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NO BRASIL

William Arthur Cipriano Prado
Karine Alves Gonçalves Mota ¹

RESUMO: A advocacia é profissão essencial para a administração da justiça, e para tanto, o profissional deve agir de forma ética e responsável, conforme previsto no próprio código de ética da OAB, podendo ser responsabilizados caso não o façam, e venham causar danos a seus clientes, diante disso, o presente artigo trata da responsabilidade civil do advogado, voltado para modalidade de dano pela perda de uma chance. Por meio do método de revisão bibliográfica, se procurou abordar a responsabilidade civil e seus pressupostos, discorrer acerca da teoria da perda de uma chance e sua possível aplicação ao advogado, por fim a partir da análise da jurisprudência verificar os casos de maior incidência no exercício da advocacia.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Advogado; Teoria da Perda de uma Chance; Probabilidade.

INTRODUÇÃO

O instituto da responsabilidade civil vem evoluindo ante a complexidade das relações humanas, de forma que os conceitos clássicos de dano já não são mais o suficiente para abranger todas as possibilidades, dessa forma, no intuito de acompanhar a complexidade das relações, evidencia-se da necessidade do surgimento de novas modalidades de dano, como a teoria da perda de uma chance, este que tem por objetivo a reparação da chance que fora perdida, e não reparar o valor do prêmio almejado.

Desta forma, é evidente a possibilidade de aplicação em diversas áreas, é possível deparar-se com uma situação em que um terceiro, tanto por negligência quanto por incapacidade, acabe por prejudicar alguém, fazendo com que este indivíduo perca sua chance, mas como funciona a reparação civil quando isso ocorre no exercício da advocacia?

O advogado é de suma importância para a sociedade, ele detém a capacidade de prestar assessoria e consultoria jurídica e, especialmente, de postular os interesses das pessoas em juízo ou fora dele, protegendo os cidadãos, e sua atuação é indispensável para o funcionamento da justiça, entretanto, por vezes, o advogado não atua conforme preceitua a ética inerente a classe, em desconformidade com o que institui o estatuto da ordem, o que pode causar danos a seus clientes, ficando estes responsáveis pela reparação do dano causado.

¹ Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Professora de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogada. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br.

[Digite aqui]

Diante disso, utilizando o método de revisão bibliográfica, o presente artigo aborda as seguintes questões: o que é a perda de uma chance, como se relaciona com a responsabilidade civil e como funciona sua indenização; quais suas consequências e como se aplica ao advogado, e como a doutrina e a jurisprudência se posicionam à responsabilização do advogado pela perda de uma chance.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.

A perda de uma chance, como uma forma de dano a ser indenizada, surge ante a complexidade das relações humanas, mas para que seja possível compreender sua aplicação, e o funcionamento de sua indenização, já que se trata de um dano que difere dos danos clássicos, é importante compreender o instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos.

1.1. Pressupostos da responsabilidade civil

A responsabilidade Civil é a obrigação de reparar danos ou violação de dever jurídico, entretanto, é importante ressaltar a distinção entre a obrigação e a responsabilidade, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 12).

Em resumo, “a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos stricto sensu” (NORONHA, 2013, p. 172).

Assim, toda ação que gere um dano a outrem, gera uma responsabilidade ou dever de indenizar, como aduz Sérgio Cavalieri Filho, “A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 11).

Conforme explica Sílvio de Salvo Venosa:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio

[Digite aqui]

patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA, 2021, p.357)

Para a caracterização, na responsabilidade Civil, da obrigação de indenizar são necessários certos pressupostos, os quais são, a conduta do agente, o dano efetivo ocorrido a vítima, o nexo causal, que conecte efetivamente o ato do agente e o dano sofrido pela vítima, e a culpa do agente.

Após décadas de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, fora adotado duas formas de reparação, o quais são, a subjetiva e a objetiva.

Na teoria objetiva, o indivíduo assume o risco por suas ações, e conseqüentemente, pelos danos que cause ao outro, ou a propriedade do outro, ficando então obrigado a repará-lo, independentemente de culpa.

Já a teoria subjetiva é diferente da objetiva quanto a forma, nesta a reparação está condicionada à comprovação da culpa do agente, ficando o agente isento caso não seja possível a comprovação.

Conforme explica Caio Mário Pereira, citado por Sergio Cavalieri Filho, “a teoria da culpa impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados (PEREIRA, apud CAVALIERI FILHO, 2020, p. 195).

No ordenamento jurídico Brasileiro existem dois tipos de responsabilidade civil, sendo estas a extracontratual e a contratual,

A responsabilidade contratual é originada da quebra de contrato, portanto já existia um vínculo entre as partes antes da quebra do inadimplemento, nesse caso a responsabilidade é presumida, e a vítima deve provar que a obrigação não foi cumprida.

Na responsabilidade extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana, não existe contrato prévio, portanto, o vínculo entre as partes é originado do ilícito, nessa existe o dever de não causar dano a ninguém, e a culpa não é presumida, devendo a vítima comprovar a mesma.

Além dos danos tradicionais, a jurisprudência tem entendido ser cabível a responsabilização do agente pelo dano originado pela perda da probabilidade de ganho, conhecido como a teoria da perda de uma chance.

1.2. Teoria da perda de uma chance

Petteffi Silva (2013, p.83.) traz que o conceito foi utilizado pela primeira vez em 1965, em uma decisão da corte decassação francesa, durante o julgamento de um médico

[Digite aqui]

que, por conta de um diagnóstico errado, acabou por “diminuir” as chances de recuperação de um paciente.

Após essa decisão, outras seguiram aplicando a mesma teoria, em francês chamada de “perte d’une chance”, o que fez com que esse posicionamento fosse cada vez mais consolidado na corte de cassação francesa.

A criação da teoria da perda de uma chance surgiu da dificuldade, em alguns casos, de se auferir o nexo causal entre a conduta, ou falta dela, dos médicos e o dano efetivamente sofrido pelas vítimas.

A teoria da perda de uma chance busca indenizar o indivíduo que teve seu objetivo frustrado. Contudo a indenização não recai sobre o objetivo em si, mas sim sobre a chance que este indivíduo possuía e que fora perdida efetivamente pela conduta de terceiro, tendo o objetivo sido perdido pela conduta deste.

Assim, nas palavras de Nelson Rosenthal, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Braga Netto (ROSENVALD, FARIAS E NETO, 2019, p.322) “a perda de uma chance consiste em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto”.

Para a aplicação da teoria, certos pressupostos são requeridos, como a constatação de que a vítima possuía chance, que potencialmente a habilite a obter futura vantagem ou a evitar um prejuízo, que fora prejudicado por ação ou omissão de terceiro, e que veio a lhe ocasionar dano, subtraindo a chance de se obter o resultado almejado.

Os elementos do nexo causal e do dano deverão ser analisados sob uma nova ótica, tendo em vista que neste caso, trata-se da chance que fora perdida, e não do dano em si, devendo restar comprovado que aparte havia de fato uma chance provável.

A chance de alcançar o objetivo almejado deve sério e real, não pode ser meramente hipotética, deve restar comprovado que a ação de terceiro impossibilitou a obtenção de um ganho, ou de evitar uma perda.

Não se trata de uma certeza absoluta, entretanto, não deve ser fundada em hipóteses, mas deve haver um grau de probabilidade, o qual deve ser analisado pelo juiz, a título de exemplo, num caso de um processo judicial, o insucesso da causa seria o dano, mas o fato gerador, no caso, a conduta do agente, não restou comprovado como causador deste dano, não havendo assim o nexo comprovado, a indenização será então, baseada no dano causado pela diminuição da possibilidade de vitória da ação, ou na perda da mesma.

Importante ressaltar que o que se busca reparar nesse caso não é a quantia integral do que era almejado, e que fora efetivamente perdido, pois se trata de uma possibilidade de ganho, o qual não era certo, portanto, o que se busca reparar é a chance que fora perdida.

Desse modo, a quantificação do dano deverá ser realizada de forma equitativa pelo magistrado, conforme explica Sergio Cavalieri Filho” o valor da indenização

[Digite aqui]
deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atentando também aqui para o princípio da razoabilidade”. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 92).

[Digite aqui]

Assim, a teoria da perda de uma chance traz uma nova ótica quanto a responsabilidade civil, admitindo uma nova análise quanto ao nexo causal entre a conduta de terceiro o dano, trazendo um novo dimensionamento quanto a sua aplicação, mas sem desprezitar o conceito clássico, nas palavras do Ministro Luiz Felipe Salomão:

[...] 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. (STJ, 2010)

O Advogado não possui a obrigação de garantir resultado para o cliente, sua obrigação é de meio, portanto, de empregar seu conhecimento da melhor forma possível para obtenção do resultado, caso aja de forma negligente, por ação ou omissão, com dolo ou culpa, e por isso resultar na perda do cliente, este poderá responder civilmente pela perda de uma chance.

1.3. Indenização pela perda de uma chance.

Não existe um consenso no ordenamento jurídico pátrio quanto à natureza jurídica da perda de uma chance, existem entendimentos divergentes, que compreendem como um agregador para os danos morais, como nova categoria de danos, como em conjunto com lucros cessantes ou como forma de dano emergente.

O entendimento de que a perda de uma chance funciona como um agregador do dano moral, funcionando como extensão deste, não podendo gerar dano patrimonial, uma vez que o resultado esperado é incerto, tem sido adotado por certos magistrados, é verdade que a perda de uma chance possa vir a ocasionar também um dano extrapatrimonial, entretanto, não se limita a isso, pois pode sim gerar danos patrimoniais, o quais devem ser reconhecidos, conforme explora Sérgio Savi:

[...] não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de causar um dano material, poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano causado pela perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral. (SAVI, 2009, p.57).

Ressalta-se novamente que apesar de não dever ser entendido apenas como agregador do dano moral, a perda de uma chance pode causar tanto o dano patrimonial como extrapatrimonial, o que vai diferenciar a indenização é o objeto

[Digite aqui]
jurídico tutelado, devendo ser devidamente mensurado a probabilidade da vítima de auferir lucros ou do prejuízo sofrido, e proporcionalmente avaliado os lucros que seriam obtidos.

Por este entendimento, a chance perdida passa a ser compreendida como um bem econômico divergente do resultado almejado, mas que está relacionado a ele, esse entendimento enquadra a perda de uma chance como um dano emergente, como defende Sérgio Savi:

[...] ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada. (SAVI, 2009, p.102).

Entretanto, existem complicações em se enquadrar a perda de uma chance como dano emergente, pois este representa o dano efetivo no patrimônio da vítima, e uma vez que o que se perdeu foi uma chance, não é tão simples apresentar essa comprovação do dano efetivo que ocasione redução no patrimônio da vítima, que possa ser economicamente demonstrado, mesmo havendo a chance séria e real, avaliá-la como resultado final pode ser equivocado.

A perda de uma chance compartilha características com os lucros cessantes, uma vez que em ambos os casos, a vítima deixou de auferir lucros por ato de um terceiro, estando ambos ligados ao fato de houve uma frustração de adquirir o prêmio almejado, entretanto, existe uma diferença crucial em ambos os casos, pois no caso dos lucros cessantes o lucro esperado é certo e real, possuindo a vítima o direito de ganho mas este foi frustrado, quanto que na perda de uma chance o que fora perdido foi a chance de auferir tais lucros, não um lucro esperado.

Como demonstrado, a qualificação da perda de uma chance como dano emergente, lucro cessante ou como agregador do dano moral não é totalmente adequado, diante disso, um entendimento de que a perda de uma chance seria uma nova forma de dano foi concebida, estando entre os danos emergentes e lucros cessantes, como uma nova modalidade, tendo em vista a impossibilidade de comprovar que sem o evento danoso o resultado almejado teria se consumado.

[Digite aqui]

Neste sentido está o entendimento de Rafael Peteffi Silva, que traz a perda de uma chance como dano passível de causar prejuízo tanto de natureza patrimonial como extrapatrimonial senão vejamos:

O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias. Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda desta mesma chance pode acarretar prejuízo extrapatrimonial. (PETEFFI SILVA, 2013, p.238)

Este entendimento parece ser o mais aceito atualmente, conforme editado o V Jornada de Direito Civil foi editado o seguinte Enunciado:

Enunciado nº 444 – Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

O advocacia é uma profissão a qual lida com muita responsabilidade, principalmente pelo advogado representar seu cliente ao tratar de seu processo, e se tratando de um profissional com tamanha responsabilidade, a sua má atuação pode acabar por gerar danos aos clientes, inclusive a perda de uma chance, mas para compreender a aplicação da perda de uma chance ao advogado, é importante compreender a responsabilidade civil do advogado e sua função social.

2.1. Responsabilidade Civil do advogado

Conforme traz a Constituição Federal do Brasil, e o Estatuto da ordem dos advogados, a advocacia é indispensável à justiça, exercendo assim o advogado, uma função social:

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

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

[Digite aqui]

Dessa forma, mesmo que a advocacia seja uma profissão liberal, ela cumpre uma função social, pois a advocacia vela pelos direitos e garantias do cidadão, agindo assim, para que sejam cumpridos os princípios constitucionais.

Se tratando de uma profissão que visa garantir os direitos do cidadão, o advogado tem responsabilidade quanto as suas causas, ele não é obrigado a aceitar qualquer causa, mas quando se torna ao advogado daquele caso ele assume a responsabilidade de fazer todo o possível para o benefício de seu cliente.

O Estatuto da ordem dos advogados trata sobre a ética dos advogados, trazendo em seus artigos 32 e 33 sobre a responsabilidade dos advogados quando agem com Dolo ou culpa, e ainda, da obrigação quanto ao cumprimento do código de ética:

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

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

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Dentre os vários artigos que trazem a responsabilização do advogado, ressalta-se o próprio artigo 927 do código civil, que dispõe sobre a responsabilidade civil, e o artigo 186, que trata do ato ilícito subjetivo:

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.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme dispõe o artigo 186, a responsabilidade do advogado é subjetiva, tratando-se de responsabilidade de meio, onde o profissional passa a usar de todos os seus esforços procurando um melhor resultado para seu cliente, entretanto, não existe certeza quanto ao resultado almejado, não se responsabilizando o advogado no caso de não ser alcançado tal objetivo, conforme discorre Carlos Roberto Gonçalves sobre a responsabilidade de meio:

[Digite aqui]

A responsabilidade do advogado se assemelha à do médico, pois não assume ele a obrigação de sair vitorioso na causa. São obrigações de meio as decorrentes do exercício da advocacia e não de resultado. Suas obrigações contratuais, de modo geral, consistem em defender as partes em juízo e dar-lhes conselhos profissionais. O que lhes cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo pela melhor forma possível os interesses que este lhe confiou. Se as obrigações de meio são executadas proficientemente, não se lhe pode imputar nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa. (GONÇALVES, 2021, p.223).

Entretanto, conforme nos mostra Carlos Roberto Gonçalves, existem casos onde a obrigação do advogado será de resultado:

Admite-se, no entanto, que a obrigação assumida pelo advogado possa, em determinados casos, ser considerada, em princípio, de resultado, como na elaboração de um contrato ou da minuta de uma escritura pública, por exemplo, em que se compromete, em tese, a ultimar o resultado. (GONÇALVES, 2021, p.223).

A responsabilidade do advogado em relação ao cliente é contratual, uma vez que o mandato é uma das formas de contrato previstas no Código Civil, e impõe responsabilidades de natureza contratual do advogado perante seus clientes (GONÇALVES, 2021, p.223).

O Advogado que atua por conta própria sem vínculos empregatícios, é um profissional liberal, atuando como prestador de serviços, e apesar de haver discordância doutrinária, incidem sob o Código de defesa do consumidor, e nesse caso, se faz imperioso ressaltar o artigo 14, § 4º do referido código:

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.

O que ocorre é que nesse caso, o código de defesa do consumidor abre exceção aos profissionais liberais, e reforça a ideia da responsabilidade subjetiva dos advogados, tal entendimento é trazido por Sergio Cavalieri Filho:

[...] os profissionais liberais, embora prestadores de serviços, respondem subjetivamente. Profissional liberal é gênero de que o advogado é espécie, razão pela qual a responsabilidade do advogado é também subjetiva pelo CDC, tal como prevista no art. 32 do Estatuto da OAB. Nem nesse ponto crucial, portanto, há qualquer conflito entre o CDC e o Estatuto da OAB. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 442).

[Digite aqui]

Portanto, caso o advogado aja com dolo ou culpa, erro, negligência, e venha a causar danos ao seu cliente, deverá indenizar os prejuízos causados, ressaltando que a responsabilidade civil do advogado exige a comprovação da culpa, conforme escreveu Ernesto Lippmann, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade civil do advogado significa que este deverá, se considerado culpado, arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou, ainda, com os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofrer em função da má atuação profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral. (LIPPMANN, apud GONÇALVES, 2021, p. 224).

2.2. Responsabilidade Civil do advogado pela perda de uma chance

A aplicação da teoria da perda de uma chance no exercício da advocacia é de suma importância, pois este é um dos vários danos que podem ser gerados pelo advogado no percurso de uma causa

Ressalta-se que a perda é um dano que não se classifica como os demais, portanto, este é um dos desafios quanto a sua aplicação, uma vez que o dano sofrido pela vítima foi a perda de um provável ganho, que fora impedido por outrem.

Responsabilizar um advogado pela perda, entretanto, não é algo fácil, uma vez que a vítima deve comprovar os pressupostos indispensáveis para que haja a reparação civil neste caso.

Para que seja concedida a reparação civil pela perda de uma chance, é necessário que se trate de uma chance real e seria, devendo ser pautado no princípio da razoabilidade, conforme o entendimento de Sergio Cavalieri Filho “É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura favorável. Tudo deverá ser pautado pelo princípio da razoabilidade.” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 440).

A vítima deve comprovar que a perda de uma chance ocorreu por culpa do advogado, devendo comprovar sua negligência ou que agiu por dolo ou culpa, mas deve restar claro o advogado foi responsável pelo ato ilícito que ocasionou a perda.

Daí surge a dificuldade da aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que a mera perda de um prazo, por exemplo, não caracterizaria, de imediato, a responsabilização civil pela perda de uma chance, deve restar comprovada a probabilidade de ganho da vítima, conforme nos traz Ênio Zuliani, citado por Carlos Roberto Gonçalves:

[Digite aqui]

[...] único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz”, acrescentando que “a hipótese de culpa do advogado que, por omissão, não ingressa com ação rescisória no prazo decadencial (art. 495 do CPC [de 1973, atual art. 975]), não produz, de imediato ou de forma automática, o fato ‘perda de uma chance’, porquanto a probabilidade de sucesso de uma ação rescisória é sempre menor, por envolver o requisito ‘vício’ de julgamento ou ‘erro de fato ou de direito’, pressupostos difíceis de serem reunidos para apresentação. (ZULIANI, apud GONÇALVES, 2021, p. 224).

Na teoria da perda de uma chance, busca-se reparar não o objetivo almejado o qual não se obteve, e sim a chance real e séria que fora perdida, conforme explica Venosa: “na perda da chance por culpa do advogado, o que se indeniza é a negativa de possibilidade de o constituinte ter seu processo apreciado pelo Judiciário, e não o valor que eventualmente esse processo poderia propiciar-lhe no final.” (VENOSA, 2020, p. 580).

A possibilidade de ganho deve ser comprovada, para que seja possível avaliar a sua reparação, e por se tratar de uma chance, e não da vitória em si, o valor da chance deverá representar uma quantia sempre menor que o objetivo, conforme explica Cavalieri:

A indenização, por sua vez, deverá ser pela chance perdida, pela perda da possibilidade de auferir alguma vantagem, e não pela perda da própria vantagem; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. A chance de vitória terá sempre valor menor que a própria vitória, o que deve refletir no valor da indenização. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 440).

A quantificação do dano deverá ser calculada pelo juiz, com base na equidade e razoabilidade, conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a chance de obter o resultado útil esperado era, por exemplo, de 70%, fará incidir esta porcentagem sobre tal resultado. Assim, a indenização pela perda da chance será fixada em 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera devido à negligência do advogado. (GONÇALVES, 2021, p. 225).

3. JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ADVOCACIA

Neste capítulo serão analisados alguns julgados, no intuito de demonstrar como os tribunais abordam a aplicação da teoria da perda de uma chance, quais os casos em

[Digite aqui]
que habitualmente se aplicam e como costumam quantificar o valor da indenização.

No caso em evidência, a autora pede indenização por danos materiais e morais, e ainda pela perda de uma chance, tendo em vista a ausência do advogado a audiência:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. NÃO COMPARECIMENTO INJUSTIFICADO À AUDIÊNCIA. PREJUÍZOS COMPROVADOS. PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Reconhece-se a aplicação da teoria da perda de uma chance atribuível à atuação de advogado que injustificadamente deixa de comparecer à audiência de conciliação, instrução e julgamento comprovadamente essencial para a fundamentação do mérito diante da natureza verbal do contrato discutido. Indenização fixada em 30% do valor da condenação (R\$ 31.605,00). 2. A perda de uma chance não implica, por si só, na presença dos danos morais, exigindo a demonstração de efetiva violação a direitos personalíssimos do indivíduo, como nome, honra, liberdade, integridade física ou relevante abalo psicológico. 3. Deu-se parcial provimento ao apelo. (TJDFT, 2022)

Na apelação cível nº 0708469-64.2020.8.07.0020, o tribunal deu provimento parcial, considerando devida a indenização pela perda de uma chance, pois julgou presente os requisitos para enquadrar a perda, tendo em visto que a ausência do advogado acarretou sérios prejuízos à autora, dessa forma, o dano restou comprovado, assim como o nexos causal.

Entretanto, entendeu não ser cabível a indenização por danos morais, mesmo restando verificado que a ação do advogado gerou prejuízos à vítima, pois como foi trazido anteriormente neste artigo, o prejuízo por si só, não caracteriza o dano moral.

No presente caso, o valor fora fixando de acordo com o entendimento quanto a perda de uma chance, em observância à probabilidade de obtenção da expectativa frustrada, fixada na quantia correspondente à 30% do valor da condenação.

O advogado, como possui obrigação de meio, deverá se empenhar ao máximo na defesa de seu cliente, mesmo que não possua obrigação de resultado, e, portanto, deverá estar sempre atento aos prazos processuais, pois sua inobservância trará prejuízos aos seus clientes, podendo o advogado responder por isso, conforme o caso a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ADVOGADO. NÃO OBSERVÂNCIA DE PRAZO PRESCRICIONAL. PERDA DE UMA CHANCE. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. Sabe-se que a obrigação do advogado é de meio, incumbindo-lhe, no exercício do mandato judicial, cumprir suas obrigações legais e funcionais, sem, contudo, vincular-se à concretização do resultado perseguido pelo postulante. Isso, portanto, não lhe retira o dever de atuar com diligência e cautela nas causas que patrocina, exercendo a contento a defesa da parte em juízo, bem assim observando atentamente todos os prazos

[Digite aqui]

processuais e materiais. Ao deixar transcorrer prazo prescricional para o ajuizamento de ação executiva que tinha o escopo de satisfazer os créditos a que tinha direito o demandante, o causídico incorre em erro crasso e inescusável, pelo que não adotou as precauções necessárias ao exercício de sua atividade profissional, o que dá ensejo à aplicação da teoria da perda de uma chance. É inegável que a perda do direito do cliente causada pela inércia desidiosa do advogado, que não observou o prazo prescricional para o ajuizamento de execução e impediu que a causa fosse examinada pelo órgão jurisdicional competente, enseja a reparação pelos danos materiais causados, mormente diante da perda de chance séria, real e com alta probabilidade de êxito. Apelação conhecida e provida. (TJDFT, 2015)

Na apelação cível nº 0013316-23.2014.8.07.0001, a autora pediu uma indenização por danos materiais, e pela perda de uma chance, tendo em vista que a parte ré, enquanto atuava como advogado da autora, atuou com negligência ao deixar transcorrer prazo prescricional para ajuizamento de ação que iria satisfazer os créditos a que tinha direito autora, caracterizando a chance real e seria, tendo sido a apelação provida.

O simples fato de o advogado não recorrer dentro do prazo, ou não ajuizar ação no prazo, não enseja automaticamente a responsabilização pela perda de uma chance, sendo necessário a comprovação da efetiva chance, onde é possível verificar a dificuldade de constatação da probabilidade, item necessário para a comprovação de que a chance tratada é séria e real, e para provimento de indenização pela perda de uma chance, conforme trata o processo a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO EM APELAÇÃO NÃO INTERPOSTA. Nos contratos de prestação de serviços advocatícios, a obrigação assumida pelo profissional é de meio, e não de resultado, razão pela qual tem o dever contratual de atuar com diligência e zelo para defender em juízo os interesses do seu cliente, malgrado não seja obrigado a lograr êxito em sua pretensão. A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa tem frustrada legítima expectativa ou oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas tivessem seguido o seu curso normal. O direito à indenização surgiria caso fosse real e séria a probabilidade de êxito em recurso que o advogado deixou de interpor na ação para a qual foi contratado. No caso concreto, a não interposição de apelação não constitui omissão ou negligência do advogado, pois a tese defensiva na petição inicial não seria acolhida pelo Tribunal, a exemplo do que ocorreu com inúmeros recursos que trataram da matéria. Apelação conhecida e não provida. Unânime. (TJDFT, 2022)

Na apelação cível nº 0725123-52.2021.8.07.0001, a autora pugnou pela indenização pela perda de uma chance ante a omissão do advogado ao não interpor apelação, entretanto, o tribunal julgou que a não interposição de apelação pelo advogado não caracterizaria a perda de uma chance, pois esta não comprova a real possibilidade

[Digite aqui]

da chance, tendo em vista que a jurisprudência é pacífica quanto ao caso apresentado, de forma que apelação não seria provida, o que era de conhecimento do advogado, portanto o mesmo não foi omissivo e nem negligente neste caso.

No mesmo sentido temos a apelação cível nº 50021218820198210033, onde a autora também pugnou pela perda de uma chance, ante a perda do prazo para interposição de recursos, conforme demonstrado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDATOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA POR CLIENTE EM FACE DE ADVOGADA E SOCIEDADE DE ADVOGADOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, COM CONDENÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR PREJUÍZO MATERIAL DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESCRIÇÃO. TEMA EXAMINADO PELO JUÍZO DE ORIGEM, EM RELAÇÃO AO QUAL SE OPEROU A PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 370 DO CPC/2015. JUIZ QUE É O DESTINATÁRIO DAS PROVAS, PODENDO INDEFERIR AS QUE CONSIDERAR DESNECESSÁRIAS AO JULGAMENTO DO MÉRITO. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE AO EQUACIONAMENTO DA LIDE. JULGAMENTO ANTECIPADO, NA FORMA DO ART. 355, INC. I, DO CPC/2015, VIÁVEL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PERDA DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM DEMANDA PRETÉRITA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, PELA DEMANDANTE, DE QUE ALCANÇARIA RESULTADO POSITIVO NA AÇÃO PRETÉRITA SE O APELO TIVESSE APORTADO A TEMPO. INEXISTENTE, OUTROSSIM, FATO EXCEPCIONAL A CARACTERIZAR OFENSA A DIREITO DE PERSONALIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CARACTERIZADOS IN CASU. REFORMA DA DECISÃO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DOS RÉUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (TJRS, 2022)

Ambos os casos representam a realidade da maioria das ações que tratam da perda de uma chance, e demonstram a dificuldade de se demonstrar a real probabilidade de ganho, essencial para caracterização da perda de uma chance.

Com base na análise jurisprudencial, averiguou-se que a maior parte das ações que tratam de perda de uma chance falham na comprovação da real probabilidade, enquanto que a maior parte dos casos onde a perda de uma chance contra o advogado é provida está relacionada a perda do prazo de propositura de ação, perda do prazo recursal, não ajuizamento de ação, e falhas com a prestação de serviço, como falta injustificada audiência.

Para essa análise foram realizadas buscas jurisprudenciais nos tribunais do distrito federal e do Rio grande do Sul.

CONCLUSÃO

A teoria da perda de uma chance surgiu no ordenamento francês, e passou a ser

[Digite aqui]

adotado ao redor do mundo, representando assim um desenvolvimento global da responsabilidade civil em benefício da reparação da vítima.

O advogado pode responder pela perda de uma chance caso venha a causar dano a vítima, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, mas para tanto, deverá ser comprovado a culpa, o ato ilícito, a chance séria e real de obtenção da vantagem almejada, a chamada probabilidade, e o nexo de causalidade entre o ato e chance efetivamente perdida, o que deve ser comprovado pelo autor, ante a responsabilidade subjetiva do advogado.

Somente será indenizado pela perda de uma chance caso exista probabilidade séria e real, de forma que o fato de existir efetivamente um dano contra a vítima não configura a perda de uma chance, sendo a probabilidade de ganho um requisito essencial para a caracterização da perda de uma chance, sendo o entendimento aceito o de que a reparação deve corresponder a probabilidade que fora perdida, devendo o valor ser majorado pelo juiz, de forma equitativa, e razoável.

Por último, analisou-se alguns casos julgados afim de se verificar como os tribunais julgam a aplicação da perda de uma chance, desta análise foi possível verificar a dificuldade quanto a verificação da real probabilidade de ganho, e que a perda de uma chance costuma incidir sob a preda de prazo, tanto para propositura de ação quanto para impetração ode recurso, e ainda, quanto a falha na prestação de serviço, como falta injustificada a audiência.

Mesmo se tratando de tema não ainda pacificado no ordenamento, e inegável sua aceitação, pela análise no TJDFT e no TJRS, este tem se posicionado favorável a aplicação da responsabilização do advogado pela perda de uma chance, nos casos avaliados a quantificação do dano fora realizado de forma equitativa e razoável, em relação a probabilidade de ganho, mas bem rígidos quanto a comprovação desta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 Novembro 2022.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 444**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 18 novembro 2022.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 novembro 2022.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília,

[Digite aqui]
DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 novembro 2022.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 4 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 18 novembro 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que deu provimento ao recurso especial**. Recurso Especial nº 2010/0068537-8. Supremo Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. 16 de novembro de 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000685378&dt_publicacao=22/11/2010>. Acesso em: 18 novembro 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento à apelação civil**. Registro do Acórdão nº 1620118. 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Sérgio Rocha. 28 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 19 novembro 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação civil**. Registro do Acórdão nº 1437027. 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargadora Fátima Rafael. 09 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 20 julho 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão de decisão que deu provimento à apelação civil**. Registro do Acórdão nº 876177. 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Desembargador Hector Valverde. 24 de junho de 2015. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21 julho 2022.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação civil**. Registro do Acórdão nº 1437027. 16ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Desembargadora Vivian Cristina Angonese Spengler. 14 de julho de 2022. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50021218820198210033&site=ementario>>. Acesso em: 20 julho 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Disponível em: Minha Biblioteca, (14th edição). Grupo GEN, 2020

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade Civil**. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edição). Editora Saraiva, 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2013.

ROSENVALD, NELSON, et al. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2019,

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

[Digite aqui]

PETEFFI SILVA, Rafael. **D. Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. Disponível em: Minha Biblioteca, (21st edição). Grupo GEN, 2021