

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NOS CASOS EM QUE A DESÍDIA DO ADVOGADO CAUSAR DANO AO
CLIENTE NO CURSO DA ATUAÇÃO JUDICIAL**

MARILIA JORDÃO ALTOÉ

RIO DE JANEIRO

2023

MARILIA JORDÃO ALTOÉ

**A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NOS CASOS EM QUE A DESÍDIA DO ADVOGADO CAUSAR DANO AO
CLIENTE NO CURSO DA ATUAÇÃO JUDICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins.**

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

A82a ALTOE, MARILIA JORDÃO
A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA
DE UMA CHANCE NOS CASOS EM QUE A DESÍDIA DO
ADVOGADO CAUSAR DANO AO CLIENTE NO CURSO DA ATUAÇÃO
JUDICIAL / MARILIA JORDÃO ALTOE. -- Rio de
Janeiro, 2023.
66 f.

Orientador: GUILHERME MARTINS.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL. 2. PERDA DE UMA
CHANCE. 3. ADVOGADO. 4. SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA. I. MARTINS, GUILHERME, orient. II. Título.

MARILIA JORDÃO ALTOÉ

**A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NOS CASOS EM QUE A DESÍDIA DO ADVOGADO CAUSAR DANO AO
CLIENTE NO CURSO DA ATUAÇÃO JUDICIAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2023

*“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à
justiça em todo o lugar.”*

Marthin Luther King

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pois sem Ele, eu não seria. Agradeço por ter me sustentado e me fortalecido em todos os momentos ao longo da jornada da graduação.

Agradeço ao meu pai, Ademar, que é a minha grande referência de ser humano. Obrigada por ter me transmitido a sua paixão pelo direito e por nunca ter me deixado desistir desse sonho. Obrigada por ser meu alicerce e meu porto seguro.

Agradeço à minha mãe, Fabíola, que não mediu esforços para tornar esse sonho possível, desde o momento da aprovação até as últimas semanas da faculdade.

Ao meu irmão Emanuel, por me ensinar todos os dias sobre resiliência e leveza. Desde que você chegou, minha vida ficou melhor. Os dias e semanas longe de casa tornaram-se mais suportáveis pois sabia que você estaria aqui cuidando de papai e mamãe durante a minha ausência. Nunca saberei expressar o tamanho da minha gratidão por isso.

À minha família, que, mesmo quando eu duvidei, jamais deixou de acreditar em mim e me dar suporte. Vocês são tudo para mim.

Às minhas amigas Carol, Mylena e Luciana, que estiveram ao meu lado durante todos esses anos em que pudemos compartilhar os momentos felizes e ser o ombro que precisávamos nos dias difíceis.

À equipe do escritório Campinho Advogados e, em especial, à Dr^a. Mariana Pinto, com quem eu pude aprender nos últimos anos que o bom exercício do direito vai além da técnica, mas se consubstancia na prática de uma advocacia justa e humana.

À Mari Pereira, que, além de chefe, se tornou uma grande amiga. Muito obrigada

pela paciência, por cada ensinamento e por acreditar em mim e fazer com que eu me sentisse capaz quando eu achei que não fosse conseguir. Quando eu penso na advogada que almejo ser, você é, sem dúvidas, a minha referência. Muito obrigada pela parceria.

À Bianca, minha eterna gratidão pela sua amizade. Obrigada por ter me acolhido e por cada conversa, conselho e momentos que compartilhamos. Você é essencial para mim.

RESUMO

O presente trabalho busca desenvolver uma análise acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil, mais especificamente nos casos em que a desídia do advogado causar dano ao seu cliente. O estudo foi realizado à luz de uma análise crítica dos pontos sensíveis relacionados a esse instituto, a partir de um estudo dos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, restando clara a carência de fontes de direito acerca das nuances que envolvem a caracterização da perda de uma chance.

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

ABSTRACT

The present work seeks to develop an analysis about the application of the institute of civil responsibility for the loss of a chance in Brazil, more specifically in cases in which the lawyer's negligence causes harm to his client. The study was carried out proposing a critical analysis of the sensitive points related to this institute, based on an analysis of the cases judged by the Superior Court of Justice, exposing the lack of sources of law regarding the nuances that involve the characterization of the loss of a chance.

Keywords: Civil liability, loss of a chance, lawyer, Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - RESPONSABILIDADE CIVIL E O PAPEL EXERCIDO PELO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.....	15
1.1. PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.1.1. Do conceito de ato ilícito	16
1.1.2. Culpa.....	17
1.1.3. Dano	17
1.1.4. Nexo de causalidade	18
1.2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
1.2.1. Origem da responsabilidade civil pela perda de uma chance	20
1.3. O PAPEL EXERCIDO PELO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA..	22
CAPÍTULO 2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .	26
2.1. A PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA ESPÉCIE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE NATUREZA CONTRATUAL E SUBJETIVA.....	26
2.2. DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	28
2.2.1. Da Necessidade de se estar diante de uma Chance Concreta e Real	28
2.2.2. Da configuração do Nexo de Causalidade entre o Ato Ilícito e o Dano	31
2.3. DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	33
2.3.1. Do conceito de lucro cessante e dano emergente	33
2.3.2. A perda de uma chance como uma espécie de dano autônomo.....	35
2.3.3. Da fixação do <i>quantum</i> indenizatório	38
2.3.4. Da aplicação cumulativa do dano moral e material nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance.....	38
2.4. DAS PECULIARIDADES QUE ENVOLVEM O PRAZO PRESCRICIONAL NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	41

2.4.1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do início da contagem do prazo prescricional no caso de perda de uma chance	43
---	-----------

CAPÍTULO 3 - ESTUDO DE CASOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	49
---	-----------

3.1. ESTUDO DE CASO: JULGAMENTO DO RESP Nº. 1.877.375/RS.....	49
---	----

3.2. ESTUDO DE CASO: RESP Nº. 1.190.180/RS.....	57
---	----

3.3. ESTUDO DE CASO: ARESP Nº. 1.333.056/PR.....	61
--	----

CONCLUSÃO.....	64
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
---	-----------

INTRODUÇÃO

Surgido na França, o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo, ainda que de forma tímida, explorado pela doutrina e aplicado aos casos concretos no Brasil, sendo, inclusive, citada em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Por mais que o ordenamento jurídico brasileiro considere como indenizável a ação ou omissão que cause prejuízo efetivo, a responsabilidade civil pela perda de uma chance é aplicada nos casos em que há a perda da possibilidade de se buscar posição futura mais vantajosa.

Nesse sentido, tem-se que uma das aplicações práticas mais conhecidas do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance ocorre nos casos em que a desídia do advogado, contratado para representar os interesses de seu cliente em um processo judicial, causar-lhe dano, seja pela perda da chance de repelir um injusto prejuízo, seja pela perda da chance de lograr êxito em alcançar uma posição mais vantajosa.

A profissão de advogado possui tamanha importância, que o artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça. Dessa forma, presumindo-se que a relação contratual estabelecida entre o advogado e seu cliente está baseada na confiança, espera-se que o causídico atue de forma ética, responsável e diligente, aplicando toda sua aptidão técnica e intelectual a fim de defender os interesses daquele que lhe outorgou poderes para tal.

Todavia, não raro, a negligência do patrono no cumprimento de seu mandato, ocasiona dano ao seu cliente. O dano pode ocorrer, entre outros exemplos, a partir da perda do prazo legal para interposição de constatação ou de um recurso, da desídia no momento de elaboração da peça processual ou da não utilização de toda a prova documental disponibilizada pelo cliente e que seria de suma importância para a defesa. Nesses casos, é aplicada a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Cumprе ressaltar, que não se trata da reparação pela ocorrência de um dano

meramente hipotético, mas de uma chance séria e real que não chegou a se concretizar apenas em razão da desídia do patrono. Dessa forma, compreende-se a importância da aplicação do instituto, que protege e garante a reparação do dano sofrido pelo elo mais frágil – o outorgante -, da relação contratual estabelecida entre o advogado e o cliente.

Diante desse cenário, o presente estudo abordará em seu primeiro capítulo, o contexto histórico do surgimento da responsabilidade civil e seus pressupostos gerais, com maior enfoque à origem do instituto da perda de uma chance, elucidando sua natureza jurídica e as questões referentes aos requisitos definidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a sua aplicação.

Em seguida, a presente monografia cuidará de elucidar os pontos sensíveis acerca da difícil tarefa de caracterização do nexo de causalidade entre a negligência do advogado e o prejuízo causado ao cliente, a difícil caracterização da natureza jurídica da responsabilidade civil, da fixação do *quantum* indenizatório nesses casos, bem como da cumulação da condenação por dano material e moral, além da peculiaridade acerca do termo inicial para contagem do prazo prescricional.

Por fim, será realizada a análise do REsp nº. 1.877.375, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 2022 pelos Ministros integrantes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual restou reconhecida a desídia de um escritório de advocacia no cumprimento de seu mandato, fixando a condenação por danos materiais no valor de R\$500.000,00. A análise desse caso será realizada sob a ótica de todos os pontos relacionados à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, expostos ao longo da presente monografia.

Além disso, foram analisados, ainda, os acórdãos proferidos no âmbito do julgamento do REsp nº. 1.190.180/RS e do AgInt. no AREsp nº. 1.333.056/PR. Por meio desses julgados, pode-se verificar a importância de caracterização de perda de chance séria e real, sob pena de não reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Busca-se com o presente estudo, proceder à análise que permita concluir se o integrante de uma lide judicial, que decide outorgar poderes a um patrono, a fim de garantir

a defesa de seus interesses e, ao invés de receber a adequada prestação de serviço advocatício, acaba sendo vítima de ato ilícito cometido pelo causídico, possui salvaguardas na esfera jurídica que lhe permitem buscar a reparação dos danos sofridos.

CAPÍTULO 1 - RESPONSABILIDADE CIVIL E O PAPEL EXERCIDO PELO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

1.1. PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade civil está atrelada ao direito de reparar um prejuízo causado a um bem jurídico. Dessa forma, Sérgio Cavalieri Filho disciplina que a violação de um dever jurídico configura um ilícito, que gera um dano a alguém, resultando, quase sempre, em um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano¹.

Nesse sentido, antes de adentrarmos ao tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é importante discorrer acerca dos pressupostos gerais norteadores do conceito de responsabilidade civil e do dever de reparação.

A partir da premissa de que a responsabilidade civil se configura como um dever secundário, que surge a partir do descumprimento de observância a um dever jurídico primário, temos ainda, que observar os elementos ensejadores do dever de reparação, quais sejam o fato, o dano, a culpa e o nexo de causalidade.

Ainda nesse contexto, sabe-se que a culpa só será considerada na aplicação da responsabilidade civil subjetiva, sendo certo que no âmbito da responsabilidade civil objetiva, basta que fique comprovada a ocorrência do fato, o dano gerado e o nexo de causalidade, excluindo-se a investigação acerca da culpa do agente.

Dessa forma, tem-se como fato ensejador da responsabilidade civil, um ato ilícito que viola um bem jurídico. O artigo 186 do Código Civil dispõe que pratica ato ilícito aquele que “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”².

Além do fato gerado pelo cometimento de ato ilícito, será necessário, como elemento fundamental para a aplicação da responsabilidade civil, a ocorrência de um dano. Por óbvio,

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. Ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 1.

² Código Civil de 2002.

não há que se falar em dever de reparar, quando a conduta ilícita do agente não resultar em dano a um bem jurídico.

Em relação à culpa, tem-se que a mesma, observada em seu sentido amplo, caracteriza-se como um comportamento voluntário que se desvia de um dever jurídico imposto pelo Estado. O desvio pode ocorrer a partir de ato intencional, no qual será configurado o dolo, ou, ainda, a partir de um erro de conduta, situação na qual o agente deixa de observar o dever de cuidado ou age com negligência, imperícia ou imprudência.

Diferentemente do direito penal, para a responsabilização civil, a diferenciação entre o dolo e a culpa *strictu sensu* não se faz necessária, uma vez que o ato culposo gera um dever de reparação do dano causado e não de punição do agente. Dessa forma, não leva-se em consideração a existência ou não do elemento subjetivo do dolo.

Prosseguindo, tem-se ainda como fundamental para a configuração do dever de reparar, a existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito do agente e o dano causado a um bem jurídico. Cumpre ressaltar que o nexo de causalidade, ao contrário da culpa, sempre deverá ser observado, tanto na responsabilidade civil subjetiva, quanto na objetiva.

1.1.1. Do conceito de ato ilícito

Segundo leciona Caio Mário, a conduta humana pode ser conveniente ou contraveniente à ordem jurídica, ou seja, o indivíduo pode agir de acordo com as prescrições legais ou desobedecê-las. No primeiro caso, estaremos diante de atos jurídicos. Em contrapartida, nos casos em que, por meio de sua ação, o indivíduo deixa de observar alguma norma jurídica, se estará diante de um ato ilícito³.

Nesse sentido, o referido doutrinador explica a diferença entre o ato lícito e o ato ilícito da seguinte forma:

O ato lícito, pela sua submissão mesma à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria ilicitude que o macula, é

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 547.

lesivo do direito de outrem. Então, se o ato lícito é gerador de direitos ou de obrigações, conforme num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem⁴.

Dessa forma, compreende-se o ato ilícito como toda a ação humana subversiva à ordem jurídica que gera o dever de reparar. Além disso, o ato ilícito pode ser cometido de forma comissiva ou passiva. Será cometido o ato ilícito comissivamente quando a ação for orientada num sentido contrário à lei. Por outro lado, pratica o ato ilícito por omissão aquele que se abstém de atuar, quando deveria fazê-lo, e na sua inércia transgredir um dever predeterminado⁵.

Para que seja caracterizada uma ação humana como ilícita, o mencionado doutrinador dispõe que deve tratar-se de uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior. Além disso, o ato deve contrariar uma norma jurídica pré estabelecida e deve ser cometido por um indivíduo imputável, de modo que seja possível atribuir o resultado ilícito à consciência do agente que o comete. Por fim, a conduta deve penetrar na esfera jurídica alheia, uma vez que, enquanto o cometimento do ato ilícito permanecer inócuo, não haverá dano e não há que se falar em ato ilícito⁶.

1.1.2. Culpa

No ordenamento jurídico brasileiro, a culpa compreende o principal requisito para caracterização da responsabilidade civil subjetiva, espécie de responsabilidade civil que se enquadra no presente estudo. Nesse sentido, será configurado o ato ilícito quando houver conduta voluntária de um sujeito (ação ou omissão), caracterizada pela intenção de causar um prejuízo, ou quando houver inobservância de um dever jurídico. No primeiro caso haverá o dolo e, no segundo caso, a culpa⁷.

1.1.3. Dano

⁴ *Ibidem*.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 548.

⁶ *Idem*, p. 548.

⁷ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 615.

O dano é o prejuízo material ou moral suportado pela vítima em decorrência do ato ilícito praticado pelo agente. Segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, "dano é a lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico" (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 118).

O dano pode ser material ou moral, ou ainda, ambos. O dano material corresponde à perda patrimonial sofrida pela vítima, enquanto que o dano moral se refere à ofensa aos seus sentimentos, emoções e dignidade.

Além disso, o dano pode ser direto ou indireto. O dano direto é aquele que decorre imediatamente da conduta ilícita, enquanto que o dano indireto é aquele que decorre de uma consequência da conduta ilícita, como, por exemplo, a perda de uma chance⁸.

1.1.4. Nexo de causalidade

Compreender o nexos de causalidade é fundamental para entender a responsabilidade civil, uma vez que é um dos pressupostos necessários para a sua configuração. Além disso, no contexto específico de responsabilização de um agente pela perda de uma chance, a caracterização do nexos de causalidade figura como um dos maiores desafios.

Nesse cenário, a partir do momento em que se estabelece a existência do dano, é preciso verificar se existe uma relação de causa e efeito entre ele e a conduta do agente.

Dessa forma, para que haja responsabilidade civil, é necessário que exista uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. É importante ressaltar que o nexos causal deve ser direto e imediato, ou seja, não pode haver uma cadeia de eventos que se interponha entre a conduta do agente e o resultado danoso.

1.2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Traçados os pontos fundamentais acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, passamos ao estudo do contexto histórico que envolve o surgimento do dever de reparação de um dano e a evolução deste tema ao longo dos tempos.

A responsabilidade civil, segundo a teoria clássica, possui como base três pilares fundamentais, quais sejam: a culpa, o dano, e o nexos causal entre o fato culposo e o dano. Apesar de a ideia de reparação do dano pelo causador do mesmo existir desde a Idade Primitiva, sabe-se que nem sempre a culpa foi considerada como requisito fundamental para a configuração do instituto da responsabilidade civil.

Nesse contexto, o Código de Hamurabi, primeiro conjunto de leis a ser codificado na história, baseava-se na Lei de Talião, conhecida como “olho por olho, dente por dente”. Dessa forma, punia-se o causador do dano sem que houvesse a cogitação do fator culpa.

Todavia, somente durante o Império Romano, passou-se a diferenciar, ainda que de forma primitiva, os conceitos de pena e ressarcimento. Isso porque para o direito romano, existiam dois tipos de ilícito penal: aqueles denominados “*crimina publica*”, que consistia nos crimes de maior potencial ofensivo e configurava um ato lesivo ao interesse público e o “*delicta privata*”, que se tratava do ato ilícito que ofendia apenas o interesse privado. Ainda durante o Império Romano, surge a *Lex Aquilia*, ordenamento que passou a colocar a culpa como elemento central da responsabilidade civil.

Posteriormente, o direito francês foi o primeiro a estabelecer princípios gerais envolvendo o direito à reparação, diferenciando a responsabilidade penal, cujo dano seria reparado perante o Estado, da responsabilidade civil, cujo dano seria reparado perante a vítima.

Dessa forma, observa-se que, durante a pre-modernidade jurídica, foram criados dois importantes pilares para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam: (i) a diferenciação entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil; e (ii) a inserção do elemento culpa como elemento central para a caracterização do dever de reparação.

Todas essas conquistas foram inseridas no Código Napoleônico de 1804, surgido após a Revolução Industrial. No contexto histórico de desenvolvimento industrial e o crescimento do liberalismo, a culpa passou a ser o elemento central da responsabilidade civil, uma vez que a ideologia liberal e individualista passou a impor um sistema de responsabilidade baseado, justamente, no mau uso da liberdade individual⁹.

Esse tipo de responsabilidade civil, cujo elemento central era a culpa, assemelha-se à responsabilidade civil subjetiva que hoje se conhece. Em relação à responsabilidade civil objetiva, tem-se que a mesma surgiu também no direito francês. Em meados do século XIX, com a expansão do desenvolvimento industrial e a frequente ocorrência de acidentes de trabalho e outras problemáticas que envolvem o crescimento das cidades, surgiu o conceito de responsabilidade civil objetiva.

1.2.1. Origem da responsabilidade civil pela perda de uma chance

Em relação especificamente à perda de uma chance, sabe-se que esse instituto surgiu na França, no final do século XIX e início do século XX, período no qual foi criada a expressão *perte d'une chance*¹⁰. Em meados de 1889, foi proferida decisão pela *Chambre des Requetês de La Cour de Cassation* francesa que determinou a indenização de uma parte que foi impedida de obter êxito em uma ação judicial, em razão de conduta negligente de um *officier ministériel*, que impediu a tramitação do feito de forma regular¹¹.

Apesar desse caso não ter sido o primeiro julgado do direito francês a considerar a responsabilidade civil pela perda de uma chance, o mesmo tornou-se paradigma no estudo do contexto histórico do surgimento do instituto, sendo considerado por muitos autores (Rafael Peteffi da Silva, Nuno Santos Rocha e Sérgio Savi) como o marco para a aplicação desse tipo de indenização nos tribunais europeus.

Na Inglaterra, essa teoria ficou conhecida como *loss of a chance* e passou a ser fortemente citada pelos tribunais ingleses após o julgamento do emblemático caso *Chaplin v.*

⁹ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 12.

¹⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

¹¹ *Idem*, p. 11.

Hicks. Nessa hipótese, o *English Court of Appeal* reconheceu a perda de uma chance de uma candidata de um concurso de beleza, em razão da mesma não ter sido notificada a tempo de comparecer à etapa final do concurso¹².

Em relação à origem da aplicação da perda de uma chance em casos análogos aos analisados no presente estudo, destaca-se o julgado em 1932 pelo Tribunal Civil de Nice. Trata-se de um cliente que ajuizou ação de reparação contra seu advogado que perdeu prazo para interposição de recurso. Nesse caso concreto, o juiz de primeiro grau proferiu sentença no sentido de que não poderiam considerar a fixação de danos materiais, uma vez que não cabia a ele prever o resultado do recurso que teria sido interposto se não fosse a desídia do advogado.

Dessa forma, o juiz considerou apenas a indenização por danos morais, em razão de o mandante ter tido privado o seu direito de recorrer da sentença de primeira instância desfavorável¹³.

No Brasil, segundo Rafael Peteffi, a teoria da perda de uma chance só foi apresentada em 1990, por meio de palestra realizada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A partir desse momento, o instituto passou, ainda que de forma tímida, a ser citada em julgados nos tribunais brasileiros.

O primeiro caso emblemático no qual o Superior Tribunal de Justiça aplicou a responsabilidade civil pela perda de uma chance se deu em 2005, no julgamento do REsp nº. 788.459/BA. Neste caso concreto, uma participante do programa Show do Milhão, apresentado por Sílvio Santos, requereu o reconhecimento da perda de uma chance de obter o prêmio final milionário em razão de a última pergunta formulada, conhecida popularmente como “pergunta do milhão” ter sido elaborada deliberadamente sem uma resposta correta.

Em razão da problemática na formulação da pergunta, a participante do programa optou por não respondê-la, garantindo o valor de R\$500.000,00 acumulados em razão das

¹² ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 4.

¹³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013, p. 101.

perguntas anteriores terem sido respondidas corretamente. Em sua petição inicial, a autora requer a indenização material no valor de R\$1.000.000,00, valor correspondente ao prêmio final do programa.

Na fixação do *quantum* indenizatório, os Ministros do STJ decidiram fazê-lo a partir da probabilidade que a autora teria de obter o prêmio final caso a última pergunta tivesse sido formulada de forma adequada. Nesse sentido, considerando que o programa elaborou pergunta final que impediu que a candidata tivesse a chance de dobrar o valor acumulado até aquele momento e ganhar o prêmio milionário, ou seja, de receber mais R\$500.000,00, e, considerando que cada pergunta possui 4 alternativas de resposta, os Ministros consideraram que a indenização correta seria no valor de R\$125.000,00.

Apesar de não ter sido considerada pelo legislador durante a elaboração do Código Civil de 2002, a teoria da perda de uma chance passou a ser citada no julgamento de casos nos tribunais de todos os estados. Em relação ao STJ, até a presente data, a busca pelo termo “perda de uma chance” no banco de jurisprudência do tribunal resulta em 130 acórdão e 3.135 decisões monocráticas.

Dessa forma, percebe-se que, ainda que o instituto careça de regulamentação normativa, vem sendo introduzida no direito brasileiro, mesmo que de forma gradual. Nesse cenário, essa teoria constitui um importante instrumento na responsabilização do advogado que age com desídia, gerando salvaguardas ao mandante.

1.3. O PAPEL EXERCIDO PELO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

A partir da interpretação legal do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina, verifica-se que são características fundamentais e intrínsecas ao exercício da advocacia a indispensabilidade, a inviolabilidade, a função social e a independência.¹⁴

Exercida desde o período colonial, a advocacia no país somente passou a ser devidamente regulamentada a partir do surgimento da Ordem dos Advogados do Brasil em

¹⁴ ARAUJO JUNIOR, Marco Antônio. **Ética profissional**. Premier Máxima, 2008, p. 24

1930. Desde então, foram elaborados o Código de Ética e Disciplina e o Estatuto da OAB, importantes marcos regulatórios da profissão.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, a importância da advocacia teve destaque no artigo 133, que dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, coroando a importância da profissão e o seu papel imprescindível na resolução de conflitos e na busca do bem estar social.

Ainda, segundo o art. 2º do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Levando-se em conta que a cada ano, as relações humanas tornam-se mais complexas, é lógico afirmar que os diversos embates judiciais decorrentes dessas relações seguem a mesma linha de complexidade. Nesse sentido, percebe-se a íntima relação entre a profícua atuação do advogado e a resolução dos conflitos que permeiam a sociedade brasileira.

Como consequência do aumento da complexidade que envolvem os embates

jurídicos, tem-se, o aumento da responsabilidade imputada aos advogados das partes envolvidas nos litígios.

Desde os primórdios da civilização, o estabelecimento de princípios de justiça e reparação por danos causados a terceiros foi uma preocupação constante. Com o desenvolvimento dos sistemas jurídicos, a responsabilidade civil passou a ser aplicada à advocacia, reconhecendo que o advogado, como profissional habilitado a representar os interesses de terceiros, poderia ser responsabilizado por danos decorrentes de sua atuação.

A responsabilidade civil do advogado é uma área complexa do direito, e sua evolução ao longo da história foi influenciada por casos notáveis que estabeleceram precedentes e moldaram a jurisprudência.

Todavia, a atuação do advogado não é revestida de garantia de sucesso, ou seja, do atendimento das expectativas do cliente quanto ao direito em si, tendo em vista que o exercício da advocacia é atividade de meio, e não de fim. Não obstante, o causídico deve usar de todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico na defesa dos interesses do seu constituinte. Nessa linha, deve também empenhar-se em lançar mão de toda sua inteligência, recursos linguísticos e conhecimento jurídico, e, ainda, ter em mente que cada caso possui as suas peculiaridades e nuances, merecendo cada cliente, por essa razão, uma atenção especial.

Segue nessa linha, o entendimento esposado pela mais abalizada doutrina:

é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato (...). Mais severamente aplica-se ao mandatário judicial, em cujo zelo e dedicação o cliente confia seus direitos e interesses, e até sua liberdade pessoal. Aceitando a causa, deve nela empenhar-se, sem, contudo, deixar de atentar em que sua conduta é pautada pela ética de sua profissão, e comandada fundamentalmente pelo Estatuto da Ordem dos Advogados¹⁵.

Partindo dessas premissas, podemos inferir que, quando o advogado atua com inegável desídia, ele frustra a chance de sucesso almejada pelo cliente. Frisa-se: não se frustra o bem da vida em si, mas a chance de alcançá-lo. Assim, nesses casos, deverá o advogado reparar o dano, não na integralidade do direito almejado, mas em função da perda da oportunidade de êxito da causa.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 161.

Aplica-se ao advogado, com justeza, a teoria da “perda de uma chance” (...) Em suma, a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. A indenização, por sua vez, deverá ser pela chance perdida, pela perda a 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 (...) No caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, ele frustra, como já assinalado, as chances de êxito de seu cliente. É direito da parte o pedido de novo julgamento, mormente no caso de recurso ordinário, pelo que não pode ter esse direito frustrado pela omissão do advogado. [g.n.]¹⁶

Importante ressaltar ainda, que a constatação da falta de zelo profissional é matéria de verificação objetiva, não deixando margem para o intérprete estabelecer qualquer juízo de valor acerca da tese jurídica adotada. Com efeito, o advogado não pode ter, pairando sobre si, o temor de alegar aquilo que lhe parece justo e razoável, mesmo na contramão do entendimento majoritário.

Nessa ordem de ideias, para a caracterização da perda de chance, que gera responsabilização, é imprescindível a ocorrência de fato concreto, no qual o advogado tenha deixado de praticar ato indispensável ao regular andamento do feito, ou ainda, deixado de ingressar judicial ou administrativamente com procedimento cabível.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 527-528.

CAPÍTULO 2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1. A PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA ESPÉCIE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE NATUREZA CONTRATUAL E SUBJETIVA

Após a exposição do contexto histórico da responsabilidade civil, seus pressupostos gerais e feitas as considerações acerca das espécies de responsabilidade civil presentes no ordenamento jurídico brasileiro, passemos ao cerne do presente estudo, qual seja a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance nos casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Conforme visto anteriormente, apesar de se tratar de teoria aplicada com certa frequência nos tribunais brasileiros desde a década passada, ainda existem pontos sensíveis relacionados à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, sobretudo em razão da ausência de regulação normativa e da carência de material doutrinário a respeito do tema.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de casos que envolvem a reparação do dano ocasionada pelo reconhecimento da perda de uma chance, vem fixando teses a respeito do tema, que elucidam sua aplicação no cotidiano jurídico e buscam sanar os pontos sensíveis relacionados a esse instituto.

Considerando que o vínculo estabelecido entre o advogado e seu cliente possui clara natureza jurídica negocial, pode-se afirmar que trata-se de responsabilidade civil que advém de uma relação contratual.

Em relação à espécie de responsabilidade civil, tem-se que, para a configuração da perda de uma chance nos casos em análise no presente estudo, é necessário que fique provado que, por meio de ação ou omissão, o mandatário deixou de observar o dever de diligência ao longo do exercício do mandato, razão pela qual o cliente deixou de auferir uma vantagem ou afastar um prejuízo.

Nesse sentido, se estabelece, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que a responsabilidade civil pela perda de uma chance seria contratual e subjetiva:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO NO RECURSO CONSIDERADO INTEMPESTIVO.

1. Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento consequentemente interposto, ocasionando a "perda da chance" de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais.

2. Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios.

3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos.

4. A responsabilidade civil subjetiva do advogado, por inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, do nexo causal e do dano causado a seu cliente.

5. Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento "dano" se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável.

6. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto.

7. Na origem, com base na análise da fundamentação do acórdão recorrido e, ainda, das razões do referido apelo excepcional, a conclusão foi de que o recurso estava fadado ao insucesso em face do enunciado 7/STJ. Insindicabilidade.

8. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

9. Pretensão indenizatória improcedente.

10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ, Recurso Especial nº. 1.758.767/SP, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Data de Julgamento: 09.10.2018).

Com base no exposto, conclui-se que a demonstração de que o advogado agiu de forma culposa ou dolosa durante o exercício do mandato, configura requisito essencial para a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Todavia, a simples demonstração de culpa ou dolo não é, por si só, determinante para a configuração da perda de uma chance. Nesse sentido, em razão da ausência de positividade normativa a respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento do REsp nº. 1.254.141/PR, determinou quais seriam os requisitos essenciais a serem observados para que fosse reconhecida a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

2.2. DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar de o referido acórdão ter reconhecido o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance em um caso em que ocorreu erro médico, os mencionados requisitos elencados pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vêm sendo utilizados no âmbito da aplicação desse tipo de responsabilidade civil nos casos de falha no exercício de prestação de serviço pelo advogado (REsp nº. 1.877.375/RS, julgado em 08/03/2022 e REsp nº. 1.797.943/SP, julgado em 25/03/2019).

Nesse contexto, no julgamento do mencionado recurso, o STJ considerou que para a aplicação da teoria da perda de uma chance, seria necessária a presença, em primeiro lugar, “de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo”¹⁷.

Em segundo lugar, o Tribunal considerou ser fundamental para a configuração dessa teoria “que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final)”¹⁸.

Por fim, consta no referido acórdão que, no momento em que o magistrado deparar-se com um caso de possível aplicação de responsabilidade civil pela perda de uma chance, deverá “atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético”¹⁹. Cumpre destacar que esse último ponto relaciona-se diretamente com a fixação do *quantum* indenizatório no momento do reconhecimento da necessidade de reparar-se o dano.

2.2.1. Da Necessidade de se estar diante de uma Chance Concreta e Real

¹⁷ Conforme fl. 14 do REsp nº. 1.254.141/PR, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 04.12.2012.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance se difere das demais na medida em que não configura um prejuízo efetivamente ocorrido, tampouco representa uma hipótese. Dessa forma, esse tipo de responsabilização pode ser efetivada na prática em um caso no qual a desídia do agente causador do dano contribua de forma inequívoca para a perda da possibilidade de se buscar uma posição mais vantajosa.

A perda de uma chance no âmbito de um processo judicial, por exemplo, pode ocorrer quando um advogado, por desídia, deixa de interpor um recurso no prazo legal ou, tendo documentos e provas suficientes para promover a defesa de seu cliente, deixa de anexar ao processo por negligência. Entretanto, conforme pacífica jurisprudência do STJ, podem existir casos em que, mesmo comprovada a negligência do causídico, a responsabilidade civil pela perda de uma chance pode não ser aplicada.

Isso porque, o Tribunal entende que só haverá responsabilização, quando o ato danoso gerar a perda de uma chance séria e real:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes.

3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior.

5. Recurso especial não provido.

(STJ, Recurso Especial nº. 993.936/RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta

Turma, Data de Julgamento: 27/03/2012).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO COMPROVADA. DECISÃO AGRAVADA RECONSIDERADA. MÉRITO. 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. ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Pretensão de indenização fundada em perda de uma chance, sob a alegação de que os advogados do escritório modelo da instituição recorrida, deixando de interpor recurso de apelação, acarretaram ao autor perda do direito de receber parcelas retroativas de benefício previdenciário.

2. A chamada teoria da perda da chance, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (REsp 1.104.665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe de 4.8.2009).

(...)

4. O direito à indenização, nessas circunstâncias, somente existiria diante de situação de real e séria possibilidade de êxito do recurso que os recorridos deixaram de interpor no âmbito da ação previdenciária - o que não é o caso dos autos -, tendo em vista que, conforme anotado pelas instâncias ordinárias, não haveria prova da incapacidade do autor no período pleiteado, requisito imprescindível à obtenção do benefício previdenciário pretendido.

5. Agravo interno provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial.

(STJ, AgInt no AREsp nº. 1.333.056/PR, Min. Rel. Raul Araújo, Quarta Turma, Data de Julgamento: 17/12/2019.)

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 nº. 1.190.180/RS, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de Julgamento: 16/11/2010).

A partir da análise dos julgados supra, infere-se que, para o Superior Tribunal de Justiça, o dano se consubstancia na frustração da possibilidade de alcançar um resultado muito provável.

Todavia, apesar do entendimento do Tribunal ter se firmado no sentido acima exposto, alguns doutrinadores entendem que, para a responsabilização pela perda de uma chance é necessário, apenas, que a chance exista, não se exigindo que ela seja certa e real. Nesse linha, Anderson Schreiber dispõe que “a análise da existência da perda da chance independe de ser a chance alta ou não. Mesmo que o resultado final não seja provável, mas tão somente um resultado possível, a perda da chance é indenizável”²⁰.

Em que pese a respeitável consideração acima exposta do ilustre doutrinador, tem-se que, no caso concreto, afigura-se mais razoável a verificação da existência de uma chance concreta e real, tendo em vista que a indenização por qualquer chance perdida poderia ensejar o uso indiscriminado e, até mesmo, banalizar o importante instituto.

2.2.2. Da configuração do Nexó de Causalidade entre o Ato Ilícito e o Dano

Nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, a caracterização do nexó de causalidade é um dos aspectos mais importantes e controversos. Isso porque, diferentemente de outras situações de responsabilidade civil, a perda de uma chance envolve uma probabilidade, ou seja, a chance de que um resultado favorável pudesse ter ocorrido caso o agente tivesse agido de outra maneira.

Dessa forma, para caracterizar o nexó de causalidade na perda de uma chance, é

²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625.

necessário que se prove que a conduta negligente ou imprudente do agente foi determinante para a perda da oportunidade de se obter um resultado favorável. Segundo a doutrina, é preciso demonstrar que havia uma "chance séria e real" de obtenção do resultado e que essa chance foi perdida em decorrência da conduta do agente.

Nesse contexto, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.877.375, o Superior Tribunal de Justiça reforçou que, na tentativa de superar a dificuldade de caracterização do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano no caso de responsabilidade civil pela perda de uma chance. Conforme explicado pela Ministra Relatora em seu voto²¹:

tanto a doutrina quanto a jurisprudência encontravam certa dificuldade para estabelecer, na prática, a responsabilização dos advogados, mesmo naquelas hipóteses de erro grosseiro, notadamente porque o estabelecimento do nexo causal entre o comportamento negligente do profissional e o dano causado ao cliente é de difícil caracterização.

Dessa forma, a alternativa encontrada para a caracterização do nexo de causalidade nesses casos, foi a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, consagrando-se a tese de que, para o reconhecimento do nexo causal entre o dano e o ato ilícito seria a prova de que, pelo ato ilícito, houve a perda de uma chance real de buscar-se posição jurídica mais favorável.

Além disso, é importante destacar que, nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, o ônus da prova recai sobre o autor da ação, que deve demonstrar a existência da chance perdida e sua relação com a conduta do agente. Isso significa que é preciso apresentar elementos concretos que evidenciem que a conduta negligente ou imprudente do agente foi determinante para a perda da chance de obter um resultado favorável.

Portanto, para que seja caracterizado o nexo de causalidade nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, é necessário que se prove que havia uma chance real e séria de se obter um resultado favorável, que essa chance foi perdida em decorrência da conduta negligente ou imprudente do agente e que o autor da ação apresente elementos concretos que evidenciem essa relação causal.

²¹ REsp nº. 1.877.375, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma em 08.03.2022.

2.3. DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Sem dúvidas, apesar de a teoria da perda de uma chance ainda promover diversos embates na doutrina e na jurisprudência, é possível afirmar que o maior deles se dá em razão da definição da natureza jurídica desse instituto.

Conforme será exposto ao longo deste trabalho, alguns autores consideram a perda de uma chance como um dano emergente, como lucros cessantes, alguns consideram, ainda, tratar-se de um dano autônomo e, por fim, existem defensores da tese de que a perda de uma chance configura um dano exclusivamente moral.

Nesse sentido, Sérgio Savi, ao dispor sobre o tema, destacou que, para o doutrinador italiano Mauricio Bocchiola, “se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como dano emergente”.²²

Trata-se de ponto controverso até mesmo entre os próprios julgados do Superior Tribunal de Justiça. Conforme se verá adiante, em alguns casos, é fixada apenas reparação moral, enquanto em outros entende-se apenas pela ocorrência de danos materiais e, ainda, julgados que determinam a reparação em danos materiais e morais.

Em relação à divergência dos julgados, tem-se que ela é ainda maior quando se analisa decisões de primeira e segunda instância. De fato, a ausência de norma legal a respeito do tema, causa insegurança jurídica e imprevisibilidade na forma como a matéria será tratada pelos tribunais.

2.3.1. Do conceito de lucro cessante e dano emergente

Para que se possa compreender a necessidade de estabelecer-se formalmente que a

²² BOCCHIOLA, Maurizio. Perddita di una chance, p. 97 *apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 22.

perda de uma chance configura dano autônomo, é necessário traçar os principais pontos acerca do lucro cessante e do dano emergente.

O lucro cessante refere-se à perda de lucro ou vantagem econômica que um indivíduo sofre devido a um dano ou ato ilícito praticado por outra parte. Trata-se do prejuízo resultante da impossibilidade de obter ou continuar auferindo um ganho ou benefício econômico.

Essa espécie de indenização é aplicada em casos nos quais uma pessoa é privada de obter uma vantagem econômica devido a um ato ilícito ou dano causado por terceiros. É comumente utilizado para compensar a vítima pelos lucros razoavelmente esperados, mas não realizados, em decorrência do dano sofrido.

Nesse sentido, os lucros cessantes consistem na perda do ganho esperado pela vítima, ou na diminuição potencial de seu patrimônio. A indenização pode decorrer a partir da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima ou, ainda, da cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão e, por fim, do proveito econômico que era razoavelmente esperado.²³

O exemplo mais clássico utilizado pela doutrina para ilustração da aplicação dos lucros cessantes é o caso de taxista que teve seu veículo danificado por culpa exclusiva de outro condutor e, por isso, fica impedido durante um período de exercer seu trabalho. Nesse sentido, os lucros cessantes abrangerão o prejuízo decorrente da ausência de arrecadação da vítima durante o tempo em que o veículo estiver sendo reparado.

O cálculo do *quantum* a ser fixado na reparação, deve apoiar-se em critérios objetivos e não em meras suposições acerca do valor que seria arrecadado caso não ocorresse o ato ilícito. Dessa forma, nesses casos, o magistrado deve observar qual seria o normal desenrolar dos fatos, valendo-se sempre dos critérios de razoabilidade.

Por outro lado, o dano emergente refere-se ao prejuízo material ou patrimonial que uma pessoa sofre em virtude de um dano ou ato ilícito. Trata-se do prejuízo efetivamente

²³²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

sofrido pela vítima, que pode incluir despesas, perdas ou danos materiais.

O dano emergente é aplicado em casos nos quais a vítima experimenta uma diminuição direta e imediata em seu patrimônio como resultado do dano ou ato ilícito. Visa compensar a vítima pelos gastos e despesas necessários para reparar o dano sofrido ou substituir o bem danificado.

Dessa forma, de volta ao exemplo do taxista que teve seu veículo danificado por culpa exclusiva de terceiros, o dano emergente seria correspondente ao valor necessário para reparar ou substituir o veículo, ou seja, a reparação seria fixada de acordo com o prejuízo econômico efetivamente suportado pela vítima em decorrência do dano causado.

O artigo 402 do Código Civil estabelece a responsabilidade por perdas e danos, prevendo a reparação tanto do dano emergente, mencionado na primeira parte do dispositivo, quanto do lucro cessante, mencionado na segunda parte. O dano emergente abrange os prejuízos materiais ou patrimoniais efetivamente suportados pela vítima, enquanto o lucro cessante diz respeito à perda de lucros ou vantagens econômicas razoavelmente esperados, mas não obtidos em virtude do dano sofrido.

Nesse sentido, a principal diferença entre o lucro cessante e o dano emergente reside no tipo de prejuízo que cada um abrange. Enquanto o lucro cessante diz respeito à perda de lucros ou vantagens econômicas não obtidas, o dano emergente abrange os prejuízos materiais ou patrimoniais efetivamente sofridos pela vítima.

O lucro cessante está relacionado às oportunidades econômicas perdidas em virtude do dano causado, enquanto o dano emergente abrange as despesas, perdas ou danos materiais efetivamente incorridos. Ambos os institutos têm como objetivo assegurar a reparação integral da vítima, de forma a compensá-la tanto pelas perdas econômicas sofridas como pelos danos materiais ou patrimoniais efetivamente suportados.

2.3.2. A perda de uma chance como uma espécie de dano autônomo

A partir de uma análise acerca das espécies de danos trazidas pelo artigo 402 do Código Civil, pode-se concluir que eles não são se encaixam em casos em que ocorrem a perda de uma chance.

Isso porque, no caso concreto, a perda de uma chance não será caracterizada como um dano efetivamente ocorrido, tampouco com a perda pecuniária que a vítima sofrerá em razão do ato ilícito.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que, nos casos em que foi proposta ação de reparação por perda de uma chance, na qual o pedido principal seja de indenização material com fundamento nos lucros cessantes, não será possível o reconhecimento e a aplicação da teoria da perda de uma chance, sob pena de julgamento *extra petita*²⁴.

Além disso, também não há que se falar em perda de uma chance como um dano exclusivamente moral. De forma prática, a perda de uma chance vem sendo muito aplicada em duas situações: nos casos de negligência médica, seja em razão de erro no diagnóstico, seja por prescrição de tratamento inadequado e, ainda, nos casos analisados no presente estudo, em que a má atuação do advogado causa dano ao seu cliente.

Nesse cenário, a reparação da perda de uma chance como um dano moral pode ser efetiva nos casos em que a teoria é aplicada em situações que envolvem negligência médica. Todavia, quando se fala em responsabilização civil do advogado que atua com desídia, quase sempre se estará diante de uma perda material sofrida pelo outorgante, em razão do cometimento de ato ilícito pelo outorgado.

Nesses casos, a simples condenação a pagamento de valor a título de dano moral, em razão da frustração experimentada, não é suficiente para que o dano seja efetivamente reparado. Dessa forma, conclui-se que a condenação em danos morais pode aplicada nos casos em que a perda de uma chance de fato gerar um abalo profundo na vítima. Todavia, não é possível afirmar que a perda de uma chance se categoriza como uma espécie de dano moral.

²⁴ REsp nº. 1244685/SP e REsp nº. 2.000.328/DF.

Conclui-se, dessa forma, que a teoria da perda de uma chance, embora possa envolver a privação de uma oportunidade de lucro ou vantagem econômica, não se enquadra como uma mera categoria de lucros cessantes ou dano emergente. Conforme a jurisprudência predominante, a perda de uma chance é considerada um dano autônomo, com características próprias e requisitos específicos de configuração.

Ao analisar a natureza da perda de uma chance, observa-se que seu objeto de reparação não é o lucro efetivamente perdido ou o dano materialmente suportado, mas sim a oportunidade legítima e concreta que foi indevidamente frustrada pela conduta negligente ou ilícita do agente. Dessa forma, a teoria busca indenizar o próprio valor da chance perdida, reconhecendo o prejuízo intrínseco à perda da oportunidade em si, independentemente da sua concretização ou quantificação precisa.

Nesse sentido, a perda de uma chance é considerada um dano autônomo e distinto dos lucros cessantes e danos emergentes tradicionais. Essa concepção é amplamente aceita pela jurisprudência e doutrina, que reconhecem a necessidade de uma análise específica para sua configuração, levando em conta elementos como a probabilidade de êxito da chance, a conduta do agente e os impactos prejudiciais decorrentes da sua supressão.

Assim, a teoria da perda de uma chance assume uma posição singular no âmbito da responsabilidade civil, reconhecendo o valor intrínseco das oportunidades legítimas indevidamente frustradas como um dano em si. Cabe ressaltar, que renomados doutrinadores, como Rafael Peteffi da Silva, possuem entendimento consolidado neste sentido, entendendo que a perda de uma chance deve se enquadrar em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético²⁵.

Vale citar, ainda, o entendimento exposto por Sérgio Cavalieri Filho:

se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e (...) o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a

²⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar²⁶.

Dessa forma, entende-se que, para a caracterização de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas 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.

2.3.3. Da fixação do *quantum* indenizatório

A fixação do quantum indenizatório nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance pode ser um tema bastante complexo, pois envolve uma avaliação do valor da chance perdida e do dano efetivamente sofrido pelo autor da demanda. A doutrina e a jurisprudência têm adotado diferentes critérios para a fixação da indenização nessas situações.

Dessa forma, para a fixação do *quantum* indenizatório na perda de uma chance, deve-se levar em conta a probabilidade de sucesso da chance perdida. Assim, cabe ao magistrado uma análise minuciosa acerca das reais probabilidades de êxito o outorgante teria, se não fosse a negligência do advogado. Dessa forma, na responsabilização de um advogado que perde o prazo para defesa ou para interposição de recurso, por exemplo, não é necessária apenas a prova acerca da intempestividade, mas sim de que existia, de fato, chance real de êxito na demanda, caso a defesa tivesse sido realizada de forma correta.

Além disso, a jurisprudência tem considerado outros fatores, como o grau de desleixo ou negligência do agente causador da perda de chance, o tempo que o autor da demanda já vinha investindo na obtenção da chance perdida e o tempo que ainda restaria para o seu aproveitamento.

2.3.4. Da aplicação cumulativa do dano moral e material nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance

²⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101.

Além dos pontos acima elencados, tem-se ainda, como ponto controverso, a possibilidade de cumulação da indenização por dano material e moral nos casos em que restar caracterizada a ocorrência da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Fato é que, a perda de uma chance, por não representar dano hipotético, mas sim a efetiva perda de se obter um resultado futuro mais benéfico, pode resultar na ocorrência, tanto de dano patrimonial, quanto extrapatrimonial.

Nesse sentido, a mais abalizada doutrina vem firmando entendimento acerca do tema:

Não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral.²⁷

Desse modo, cumpre ressaltar a importância do reconhecimento da ocorrência de ambos os tipos de dano, a fim de que se consolide a proteção da vítima do ato ilícito causado pela desídia do advogado. Nesse cenário, Schreiber disciplinou que “a perda da chance, registre-se por fim, não é uma espécie de dano patrimonial. Pode verificar-se também no campo exclusivamente moral”²⁸.

No mesmo sentido vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos casos que envolvem a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a

²⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625.

perda de uma simples esperança subjetiva, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 1.079.185/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe de 4/8/2009.)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance".

2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil.

Inviável o reexame em recurso especial.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(EDcl no REsp n. 1.321.606/MS, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/4/2013, DJe de 8/5/2013.)

Além dos casos acima expostos, o Superior Tribunal de Justiça também vem firmando o mesmo entendimento no julgamento de casos em que se aplica a responsabilidade civil pela perda de uma chance em outros contextos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO NCPC. ERRO MATERIAL. VERIFICADO. NOVO EXAME DO AGRAVO INTERNO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MATERIAIS. COMPATIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016)

serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado combatido, bem como corrigir erro material.

3. O reconhecimento de erro material quanto ao não conhecimento do agravo interno impõe novo exame do referido recurso.
4. O reconhecimento da perda de uma chance pode dar ensejo a indenização por danos materiais.
5. A teoria da perda de uma chance busca compensar o dano oriundo da violação de uma legítima expectativa que deixou de se realizar por ato de terceiro que impediu a realização do resultado final esperado pelo indivíduo ao alterar o curso natural dos fatos.
6. Embargos de declaração acolhidos. Agravo interno não provido.
(EDcl no AgInt no REsp n. 1.860.663/RO, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021.)

Dessa forma, conclui-se que, à luz de caso concreto, o magistrado deverá observar se a perda de uma chance resultou em um efetivo dano material, ou seja, se a conduta negligente do advogado causou uma condenação que poderia ter sido evitada, e, ainda, se essa conduta resultou em danos morais para o cliente, em razão da consequência extrapatrimonial que a perda da chance de defender-se adequadamente pode causar.

2.4. DAS PECULIARIDADES QUE ENVOLVEM O PRAZO PRESCRICIONAL NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Outro ponto sensível no âmbito da aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, se relaciona com o início da contagem do prazo prescricional para busca da reparação. O artigo 189 do Código Civil de 2002, prevê que a pretensão deverá ser exigida em determinado prazo (estabelecido nos artigos 205 e 206 do mesmo código), sob pena de perecer.

Por esse prisma, tem-se que, com o decurso do lapso temporal prescricional sem que o indivíduo saia da inércia, perde-se a pretensão punitiva. Assim, em regra, a partir da interpretação legal do artigo 189 do Código Civil, entende-se que o prazo prescricional se inicia no momento de violação do direito subjetivo, ou seja, da ocorrência do dano.

Por essa lógica, no caso de reparação do dano sofrido por um cliente que foi vítima da desídia do escritório de advocacia que, apesar de contratado para defender seus interesses, por negligência não o fez, seria, por exemplo, no momento exato da perda do prazo para interposição de um recurso processual indispensável ao regular andamento da defesa.

Todavia, a aplicação da regra geral nesses casos, pode lesar o indivíduo vítima do ato ilícito, uma vez que, confiados os seus interesses aos advogados contratados, não haveria como saber que os mesmos estariam agindo com negligência. Isso porque, conforme visto ao longo deste trabalho, a partir do momento da outorga dos poderes para que o advogado passe a representar um cliente em um determinado processo, todos os atos processuais serão de inteira responsabilidade do advogado, apesar de afetarem diretamente a vida pessoal do outorgante.

Nesse sentido, não seria justo e eficaz, imputar ao indivíduo que contrata um advogado para representá-lo, a obrigação de conhecer, ao longo de todo o mandato, as medidas tomadas pelos causídicos, ou seja, apesar de a regra geral dispor que o prazo prescricional se inicia com a ocorrência do dano, “parcela da doutrina, no entanto, se insurge contra a injustiça gerada nos casos em que a pretensão, embora em tese já exista, seja porque o lesado ainda não teve ciência da violação ao seu direito, seja por desconhecer a autoria da lesão”²⁹.

Ademais, por óbvio, a partir do momento da contratação de um serviço advocatício, o cliente dispense recursos na esperança de obter a melhor prestação de serviços possível, sendo certo que, se possuísse recursos intelectuais e jurídicos para defender seus próprios interesses numa lide, não o colocaria nas mãos de terceiros.

Além disso, também não seria razoável imaginar que, o advogado que age com desídia e causa prejuízo ao seu cliente, o comunicaria imediatamente após o cometimento do ato ilícito. Além do mais, muitas vezes, o próprio advogado, por negligência, deixa de atentar-se para um prazo processual ou comete outro ato ilícito que põe em xeque a defesa de seu cliente.

Nesse sentido, a doutrina defende que, em casos de desídia do causídico que gere dano ao cliente pela perda de uma chance, deve-se estender a esses casos o preconizado pelo artigo 195 do Código Civil de 2002³⁰.

Sobre este ponto, Caio Mário Pereira dispõe que:

²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 297.

³⁰ Art. 195, CC, 2002: Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

Iniciada a prescrição contra uma pessoa, continua contra quem lhe sucede na relação jurídica, qualquer que seja o título por via do qual ocorre a transmissão do direito.

Tanto as pessoas naturais quando as jurídicas se sujeitam aos seus efeitos, ativa e passivamente, isto é, podem invocá-las para seu benefício ou sofrer-lhe as consequências quando alegada ex adverso. Mas é lícito ao relativamente incapaz ou à pessoa jurídica agir regressivamente contra seus assistentes ou representantes legais (Código Civil, art. 195) no caso de terem estes dado causa à prescrição ou não a alegarem oportunamente deixando perecer a exigibilidade do direito. O Código não alude ao absolutamente incapaz, naturalmente, porque, já em sua versão originall, excepcionava a regra geral da necessidade de alegação e, de acordo com disposto no art. 194, a exceção tornou-se regra. No mesmo rumo, da responsabilidade civil pelas respectivas consequências, os representantes voluntários das pessoas físicas ou jurídicas podem ser chamados à reparação pelo dano causado se por culpa sua houverem deixado perecer os direitos cuja defesa lhes é confiada, como será o caso do advogado quanto ao seu cliente, do administrador de bens alheios, e assim em diante, sob fundamento geral do princípio da responsabilidade civil.³¹

Dessa forma, conclui-se pela importância da relativização da regra geral do início da contagem do prazo prescricional, nos casos de aplicação de responsabilidade civil pela perda de uma chance, quando houver desídia do advogado no curso do processo judicial. Somente assim, seria possível garantir que o indivíduo lesado teria a oportunidade de ver reparado o dano causado pela perda da chance de afastar um prejuízo ou obter alguma vantagem jurídica.

Sendo assim, o mais aceitável, nesses casos, é o início da contagem do prazo prescricional a partir do fim da relação contratual firmada entre o advogado e seu cliente, com o protocolo de substabelecimento sem recerva de poderes, que indica a contratação de novo escritório de advocacia, situação na qual imagina-se que o cliente será informado pelo novo patrono acerca da desídia cometida pelos causídicos anteriormente contratados.

Caso não haja a contratação de novos advogados e o dano consolidar-se, o início da contagem do prazo prescricional deverá ocorrer no momento em que o indivíduo lesado tomar conhecimento do dano sofrido (teoria da *actio nata*), independente de qual seja o meio de obtenção de tal informação.

2.4.1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do início da contagem do prazo prescricional no caso de perda de uma chance

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 574-575.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça tratou de forma detalhada acerca do tema da prescrição nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance. Em acórdão de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, foi julgado o Recurso Especial interposto contra decisão proferida pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afastaram a alegação de prescrição arguida por um advogado que suportou processo judicial em razão da perda de prazo para interposição do recurso de agravo de instrumento no âmbito de uma ação na qual fora contratado por um cliente para realizar sua defesa.

A perda de prazo para apresentação do agravo de instrumento causou prejuízo ao cliente, que decidiu propor ação de reparação de danos em face do causídico negligente. O cliente apenas tomou conhecimento da desídia do advogado, após a contratação de novo escritório de advocacia, oportunidade na qual fora informado acerca da perda de prazo para interposição do mencionado recurso e as consequências da referida indiligência.

Em sede de contestação, o advogado arguiu preliminar de prescrição, alegando que já havia decorrido a pretensão da reparação pela perda de uma chance, tendo em vista o encerramento do prazo prescricional contado a partir da data da ocorrência do dano, ou seja, da perda do prazo para interposição de agravo de instrumento que poderia evitar o prejuízo causado ao cliente diante de sua desídia.

O juízo de primeira instância, acertadamente, proferiu decisão saneadora que afastou a alegação de prescrição. Contra a referida decisão, o advogado interpôs agravo de instrumento, reforçando a alegação de prescrição da pretensão do autor. Os desembargadores, no âmbito do julgamento do mencionado recurso, mantiveram o entendimento do juízo de primeira instância, culminando na interposição de recurso especial.

Nesse sentido, cumpre expor trechos do acórdão que julgou o mencionado recurso especial:

Na legislação civil brasileira, prevalece a noção clássica de que o termo inicial da prescrição se dá com o próprio nascimento da ação (actio nata), sendo este determinado pela violação de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo. Tanto é assim que o Código Civil de 2002, em seu art. 189, dispõe expressamente que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se

extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206" (grifou-se). Sob essa ótica, e tendo em vista que o instituto da prescrição serve, antes de mais nada, à segurança e à preservação da paz públicas (ainda que tenha o efeito de, em certa medida, punir o pretensor autor por sua eventual inércia), é possível afirmar que, em regra, o prazo prescricional começa a fluir independentemente do conhecimento da pretensão por seu titular.

Nesse sentido, a lição de Pontes de Miranda, para quem nem sequer o conhecimento da existência do próprio direito por seu titular seria pressuposto ao nascimento da pretensão e, conseqüentemente, do início do prazo prescricional:

"(...) Para que nasça a pretensão não é pressuposto necessário que o titular do direito conheça a existência do direito, ou a sua natureza, ou a validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, quantidade, tempo e lugar da prestação, ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer. Por isso, no direito brasileiro a prescrição trintenária da pretensão a haver indenização por ato ilícito absoluto independe de se saber se houve o dano e quem o causou (aliter, no direito civil alemão, § 852, 1ª alínea, 1ª parte: 'A pretensão à reparação do dano causado por ato ilícito prescreve em três anos, a partir do momento em que a pessoa lesada teve conhecimento do dano e da pessoa com o dever de reparar...'). Não deixa de correr a prescrição se o devedor mesmo tornou impossível o adimplemento (art. 879, 2ª parte: '...se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos', inclusive quanto a essa indenização). Corre a prescrição contra os relativamente incapazes (arg. ao art. 169, I) e contra a mulher casada (salvo entre cônjuges, art. 168, I). Também corre se, pela falta, ou deficiência de patrimônio, ou ausência, seria inútil a propositura da ação, ou o uso dos meios interruptivos do art. 172, I-V. O ter o credor conhecido, ou não, a existência do seu direito e pretensão é sem relevância. Nem na tem o fato de o devedor ignorar a pretensão, ou estar de má-fé (...)" (Tratado de Direito Privado - Parte Geral, Tomo VI, 1ª ed., Campinas, Editora Bookseller, págs. 153-154 - grifou-se)

Na mesma linha é, em essência, a lição de Wilson Rodrigues Alves, que admite, porém, a existência de três situações excepcionais nas quais o conhecimento pelo titular tem o condão da deflagração do cômputo do prazo prescricional, a saber: (i) quando regra jurídica específica assim expressamente determine; (ii) quando esteja inserido, em regra jurídica específica, elemento que indique suposição da existência desse conhecimento e (iii) quando, mesmo sem previsão em regra jurídica, a própria natureza das coisas indicar que o titular da pretensão encontrava-se em situação tal que lhe seria impossível a não inércia (Da Prescrição e da Decadência no Código Civil de 2002, 4ª ed., Campinas, Editora Servanda, págs. 107-110).

Desse modo, é possível afirmar que no Direito Civil brasileiro a regra geral é a de que o prazo prescricional é contado a partir do momento em que configurada lesão ao direito subjetivo (art. 189 do CC/2002), sendo desinfluyente para tanto ter ou não seu titular conhecimento pleno do ocorrido ou da extensão dos danos.

Tal regra, contudo, é mitigada em duas situações: (i) nas hipóteses em que a própria legislação vigente estabeleça que o cômputo do lapso prescricional se dê a partir de termo inicial distinto (como ocorre, por exemplo, nas ações que se originam de fato que deva ser apurado no juízo criminal - art. 200 do Código Civil) e (ii) nas excepcionalíssimas situações em que possível constatar que, pela própria natureza das coisas, seria impossível ao autor, por absoluta falta de conhecimento de "défice à sua esfera jurídica", adotar comportamento outro, que não o de inércia (o que ocorre, por exemplo, com pessoa que se submete a transfusão de sangue, vindo a descobrir, anos mais tarde, ter sido naquela oportunidade contaminada pelo vírus HIV).

A primeira exceção mencionada não apresenta grandes dificuldades de aplicação, pois a regra jurídica explicita o diferenciado termo inicial do prazo prescricional. Por sua vez, a segunda deve ser admitida com mais cautela e vem sendo solucionada na jurisprudência desta Corte Superior a partir da aplicação pontual da chamada teoria da actio nata em seu viés subjetivo, que, em síntese, confere ao conhecimento da lesão pelo titular do direito subjetivo violado a natureza de pressuposto indispensável ao início do prazo de prescrição.

(...)

Feitas tais digressões acerca do tema e analisando especificamente o caso concreto, não é razoável considerar como marco inicial da prescrição a data limite para a interposição do agravo de instrumento, haja vista inexistirem elementos nos autos - ou a comprovação por parte do causídico (ora recorrente) - de que o cliente (ora recorrido) tenha sido cientificado da perda de prazo para apresentar o recurso cabível.

Isso porque a relação entre advogado e cliente se baseia na confiança recíproca e na legítima expectativa de que o profissional defenderá com zelo o mandato que lhe foi outorgado, conforme o art. 16 do Código de Ética e Disciplina da OAB, motivo pelo qual não se pode exigir do outorgante o conhecimento de eventual erro ou da negligência do patrono (outorgado) durante a tramitação do processo.

Portanto, na hipótese, o prazo prescricional não pode ter início no momento da lesão ao direito da parte, mas na data do conhecimento do dano, aplicando-se excepcionalmente a actio nata em sua vertente subjetiva.³² (grifou-se).

Cumprе ressaltar que, tamanha é a importância de regulação do tema estudado neste capítulo, que o entendimento firmado no julgamento do REsp nº. 1.622.450/SP, cujo trecho foi acima reproduzido, foi inserido no Informativo de Jurisprudência nº. 689 do Superior Tribunal de Justiça³³.

Nos casos em que não ocorrer o rompimento da relação contratual entre o mandante e o mandatário durante o curso da ação judicial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o prazo prescricional para reparação pela perda de uma chance começaria a ser contado a partir do trânsito em julgado, momento no qual, segundo a Corte, os danos causados pela má atuação dos advogados se consolidam definitivamente:

RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO - SÚMULA 284/STF - REPARAÇÃO DE DANOS - SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS - LEGITIMIDADE PASSIVA - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. - É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. - Se o recorrente apenas cita artigo de lei federal, sem demonstrar a violação, incide a Súmula 284 do STF. - A prescrição da ação para reparação por danos causados por advogado, em patrocínio judicial, flui do trânsito em julgado do provimento jurisdicional resultante do erro profissional apontado. - A condição de responsável subsidiário (EOAB, Art. 17) outorga legitimidade passiva a cada sócio de escritório

³² REsp nº. 1.622.450/SP, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 19/3/2021.

³³ Informativo nº. 689 do STJ, publicado na Edição Especial nº. 1 de 2 de agosto de 2021: “O termo inicial da prescrição da pretensão de obter o ressarcimento pela perda de uma chance decorrente da ausência de apresentação de agravo de instrumento é a data do conhecimento do dano”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221622450%22>. Acesso em: 15/11/2022.

de advocacia para responder ação de reparação por fato do serviço. O benefício da subsidiariedade só os protegem na execução. - Não é compatível com o Princípio da Economia Processual forçar o autor, após longo e moroso processo de conhecimento e duma execução frustrada contra o devedor principal (sociedade advocatícia), novamente, a bater às portas do Judiciário para percorrer nova via crucis (enfadonha ação cognitiva além de outra execução), agora, contra os devedores subsidiários". (STJ, REsp nº. 645.662/SP, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, Data de Julgamento: 28.06.2007).

Em relação ao prazo prescricional em si, aplica-se o prazo de decenal previsto no artigo 205 do Código Civil³⁴. Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça entende que, tratando-se de responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, aplica-se a regra geral, uma vez que a responsabilidade se oriunda de uma relação contratual:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. REPARAÇÃO CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. PRESCRIÇÃO DECENAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Consoante a orientação desta Corte, nas ações de indenização do mandante contra o mandatário, incide o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205 do CC. 3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1.460.668/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 23/10/2015 - grifou-se).

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR SINDICALIZADA EM FACE DE SINDICATO E DE ADVOGADA. ALEGADA MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. PRESCRIÇÃO GERAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. (...) 2. Com efeito, a prescrição da pretensão autoral não é regida pelo art. 27 do CDC. Porém, também não se lhe aplica o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, haja vista que o mencionado dispositivo possui incidência apenas quando se tratar de responsabilidade civil extracontratual. 3. No caso, cuida-se de ação de indenização do mandante em face do mandatário, em razão de suposto mau cumprimento do contrato de mandato, hipótese sem previsão legal específica, circunstância que faz incidir a prescrição geral de 10 (dez) anos do art. 205 do Código Civil de 2002, cujo prazo começa a fluir a partir da vigência do novo diploma (11.1.2003), respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028. 4. Ressalva de fundamentação do Ministro Marco Aurélio Buzzi e da Ministra Maria Isabel Gallotti. 5. Recurso especial não provido." (REsp 1.150.711/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 6/12/2011, DJe 15/3/2012 - grifou-se).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PRAZO DECENAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS. UNIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA. OFENSA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/08/2007. Embargos de divergência em recurso especial opostos em 24/08/2017 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017. 2. O propósito

³⁴ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. (Código Civil de 2002).

recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, §3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002). 3. Quanto à alegada divergência sobre o art. 200 do CC/2002, aplica-se a Súmula 168/STJ ("Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"). 4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança. 5. Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos. 6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo 'reparação civil' não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito. 7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados. 8. Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia. 9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos. (EREsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/6/2018, DJe 2/8/2018 - grifou-se).

Dessa forma, a partir da análise das peculiaridades que envolvem a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, conforme explicitado no caso acima exposto, conclui-se (i) pela necessidade de relativização da regra geral do início da contagem do prazo prescricional; e (ii) da urgência da regulação do determinado ponto, tendo em vista a ausência de positividade normativa acerca do tema.

CAPÍTULO 3 - ESTUDO DE CASOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.1. ESTUDO DE CASO: JULGAMENTO DO RESP Nº. 1.877.375/RS

Em recente acórdão publicado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº. 1.877.375, de relatoria da Ministra Nancy Andrihgi, aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance e condenou um escritório de advocacia ao pagamento de uma indenização no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Com a análise do julgado, percebe-se, de forma prática, a presença de todos os pontos acima elencados. Trata-se de uma ação indenizatória material e moral movida por Andre Luiz Anton de Souza e Raja Administração, Comércio e Tecnologia Ltda em face da sociedade de advogados denominada Lini & Pandolfi Advogados Associados e também dos advogados Eyder Lini, Marcos Evaldo Pandolfi e Emilson Cesar Coletto Fernandes, em razão da falha na prestação de serviços advocatícios.

O Sr. André Luiz, autor da referida ação indenizatória, contratou o escritório réu para representar-lhe na propositura de reclamação trabalhista contra a empresa Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A., na qual trabalhou por alguns anos. Segundo narra o autor, ele fora contratado por essa empresa para prestação de serviços na condição de engenheiro químico, sendo a remuneração mensal acordada no valor de R\$100.000,00.

Todavia, como estratégia de diminuição de gastos trabalhistas e fiscais, a Refinaria de Petróleo Manguinhos S.A. solicitou ao Sr. André Luiz que criasse uma empresa para que pudesse firmar um contrato de prestação de serviços com a mencionada Refinaria. Dessa forma, ao invés de assinar a carteira e pagar os devidos encargos trabalhistas, a Companhia efetuava o pagamento da remuneração diretamente à pessoa jurídica Raja Administração, Contrato e Tecnologia Ltda, criada pelo autor para esse fim.

Dessa forma, narra o autor na petição inicial que, ao ser “demitido” da referida Companhia, teria deixado de receber inúmeras verbas rescisórias, motivo pelo qual decidiu buscar indicações de escritórios de advocacia que pudessem representá-lo na propositura de

uma reclamação trabalhista contra a empresa em que trabalhava.

A indicação surgiu através de recomendação da filha do autor que, à época, participava de uma confraria com a ré Eyder Lini, que a confirmou que o escritório a qual era associada poderia defender os interesses de seu pai. Dessa forma, percebe-se que a relação contratual entre a sociedade de advogados e o Sr. André Luiz foi firmada, como geralmente ocorre nesses casos, a partir de uma relação de confiança, sobretudo em razão de ser indicada por pessoa próxima ao autor.

Ato contínuo, O Sr. André Luiz decidiu propor a reclamação trabalhista em face da empresa no ano de 2012, iniciando formalmente seu vínculo com o escritório Lini & Pandolfi Advogados Associados. Na reclamação, o autor pretendia o reconhecimento da relação de trabalho, com o consequente pagamento das verbas trabalhistas referentes ao período em que figurou como empregado da Companhia.

Todavia, no mesmo ano, após a propositura da ação trabalhista, a Companhia reclamada, como forma de represália, ajuizou ação de prestação de contas em outra comarca, em face da empresa Raja Administração e Comércio Ltda, alegando, de forma indevida, que o reclamante teria deixado de prestar os serviços que fora contratado para executar.

Dessa forma, conforme narrado pelo Sr. André Luiz na petição inicial da ação indenizatória que moveu contra a sociedade de advogados, após receber a citação referente ao processo de reparação de danos movida contra ele pela Companhia, levou ao conhecimento dos causídicos, que já o representavam na ação trabalhista, a existência da nova ação. Nesse sentido, os advogados do escritório Lini & Pandolfi Advogados Associados, elaboraram nova procuração recebendo poderes para patrocinar a defesa do Sr. André Luiz nesse processo.

Na oportunidade, foram apresentadas ao escritório provas inequívocas de que o funcionário demitido não possuía qualquer obrigação a cumprir com a Companhia. Assim sendo, a fim de subsidiar a constatação a ser elaborada na referida ação de reparação de danos em que o Sr. André Luiz figurava como réu, o mesmo enviou aos advogados, diversos documentos que comprovavam sua tese de defesa, dentre os quais, o termo de quitação em

relação à prestação de contas, assinado por ambas as partes.

Considerando a relação de confiança existente entre o cliente e os advogados contratados, o Sr. André Luiz acreditou que seus interesses seriam defendidos pelos causídicos. Observa-se, no presente caso, a presença da chance certa e real de que obteria êxito nesse processo.

Todavia, narra o Sr. André Luiz que, para sua total surpresa, em meados de 2014, tomou conhecimento, através de matéria publicada na imprensa, de que teria sido condenado ao pagamento de quantia milionária à Refinaria de Petróleo de Manguinhos S.A. Completamente estarrecido com a notícia, o executado procurou seus advogados contratados para elaborar a defesa e descobriu que a contestação jamais fora protocolada.

Dessa forma, além de ser condenado à revelia em primeira instância, os advogados jamais apresentaram qualquer recurso para tentar, ao menos, diminuir o prejuízo suportado pelo Sr. André Luiz, que só tomou conhecimento da condenação, quando a sentença já havia transitado em julgado e após ser proferida decisão que determinava o bloqueio de seus bens para satisfação do crédito executório.

Como tentativa de solucionar o problema causado pela negligência em sua prestação de serviço, a sociedade de advogados propôs acordo à Companhia, por meio do qual o Sr. André Luiz deveria renunciar o recebimento das verbas rescisórias perseguidas na reclamação trabalhistas, em troca da quitação dos valores executados pela empresa no âmbito da ação de prestação de contas. Em razão disso, além de suportar o pagamento de honorários e custas judiciais em ambas as ações, o Sr. André Luiz deixou de receber as verbas trabalhistas as quais possuía chance séria e real de receber.

Por tais razões, ingressou com ação indenizatória em face da sociedade de advogados Lini & Pandolfi Advogados Associados, a fim de ter reparado o dano que sofreu em razão da perda da chance de obter êxito na ação de reparação de danos.

Em primeira instância, foi proferida sentença que considerou os principais pontos

elencados no presente trabalho relacionados à perda de uma chance. Dessa forma o juiz de primeiro grau esclareceu que, apesar de restar comprovado que os advogados agiram com desídia, deve-se considerar estar diante de um dano hipotético:

Pois bem, não tendo protocolado a defesa de forma tempestiva, ocorreu a revelia. E ainda que tal fato seja grave, em face da peremptoriedade de indigitado prazo processual, o fato é que a revelia não induz, necessariamente, nos efeitos dela³⁵.

Percebe-se, sob a análise desse trecho da sentença, que o juízo de primeira instância considerou a premissa de que deve-se “atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético”³⁶, observando, dessa forma, um dos requisitos essenciais convencionados pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Prosseguindo no julgamento do processo em questão, o juiz considerou, ainda, que “a perda de uma chance postulada que, em realidade, representa dano material, deve ser séria e real, circunstância que não se desincubiu o autor”³⁷.

Dessa forma, percebe-se que o juízo de primeiro grau realizou juízo de valor no caso concreto em relação ao requisito do reconhecimento da perda de uma chance ser firmado em um chance séria e real³⁸. Nesse sentido, o magistrado considerou que o autor não se desincumbiu de provar a existência de chance séria e real, uma vez que não foi proferida sentença na reclamação trabalhista que de fato provasse a relação de trabalho.

Em razão do não convencimento do juízo de primeira instância acerca da existência de chance concreta de o autor lograr êxito no pleito de reconhecimento da relação de trabalho e, também, de sair vitorioso na ação de prestação de contas, o mesmo considerou não haver a incidência de danos materiais:

Nessa toada, os danos materiais também não são passíveis de indenização. Isto porque as despesas havidas na justiça laboral são consectários do exercício do direito de ação, e a ausência de prognose favorável (pela não juntada ou

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sentença proferida pelo Exmo. Juiz Titular da 18ª Vara Cível do Foro Central, em 28.06.2018, no âmbito da ação autuada sob o nº. 0204371-39.2015.8.21.0001.

³⁶ Conforme fl. 14 do REsp nº. 1.254.141/PR, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 04.12.2012.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sentença proferida pelo Exmo. Juiz Titular da 18ª Vara Cível do Foro Central, em 28.06.2018, no âmbito da ação autuada sob o nº. 0204371-39.2015.8.21.0001.

³⁸ “de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo” voto da Min. Rel. pela Ministra Nancy Andrighi, em ocasião do julgamento do REsp nº. 1.254.141/PR.

apontamento de reclamações similares e favoráveis) não afasta a possibilidade que ao final houvesse por sucumbir. Há de convir, ainda, que a renúncia ao direito trabalhista foi uma opção exercida pelo demandante, o que, em tendo desfecho favorável, poderia vir a compensar eventuais pagamentos irregulares e apontados na ação de prestação de contas.

Desse modo, o juízo de primeiro grau julgou a ação parcialmente procedente para condenar os réus ao pagamento de indenização a título de danos morais:

Por fim, tenho que o dano moral deva ser indenizado. A perspectiva aqui é diferente. Aqui não se está em falar em probabilidade ou realização, mas em evidente frustração de ver sua pretensão examinada pelo Poder Judiciário, o que, de fato, se não foi aniquilada pela possibilidade do feito trabalhista ainda ser sentenciado e possibilitar discussão futura, no eventual êxito da reclamação, foi-lhe sensivelmente diminuída, em face dos diferentes estágios processuais das demandas propostas: enquanto numa ação tinha-se um título judicial constituído, na outra uma mera pretensão de julgamento singular.

Assim sendo, tenho por arbitrar o dano moral em favor do autor André Luiz Anton em R\$300.000,00 (trezentos mil reais), considerando a capacidade econômica das partes, a pretensão econômica não examinada pelo juízo trabalhista, e a grave falta contratual, que, conforme fundamentação, não se limitou apenas a uma revelia, mas a um abandono processual. E o dano moral vai fixado em favor apenas do autor pessoa física, seja porque único pretendente de verbas trabalhista, em sua ótica, seja porque a pessoa jurídica só é indenizada em sua honra objetiva, não sendo esta a hipótese dos autos.

A partir da análise da sentença, percebe-se que o juiz de primeira instância considerou apenas a ocorrência de danos morais em relação ao dissabor sofrido pelo autor em razão da falha na prestação de serviços advocatícios, que levou à quebra da expectativa do autor em ver sua pretensão ser examinada pelo Poder Judiciário.

Dessa maneira, conclui-se que o julgador, no momento da fixação do *quantum* indenizatório, não levou em consideração a ocorrência da responsabilidade civil pela perda de uma chance, condenando os réus tão somente ao pagamento da indenização a título de danos morais em razão apenas da quebra de contrato causada pela desídia dos advogados.

Em face da sentença, foram interpostos recursos de apelação pelos autores e pelos réus. Dessa forma, foi proferido acórdão que seguiu na mesma linha da sentença:

Pois bem, muito embora tenha havido a condenação dos autores no aludido feito, tenho como inaplicável a "Teoria da Perda de Chance" ao caso em tela, tendo em vista a ausência de demonstração pela parte de que com a apresentação de contestação e/ou impugnação ao laudo pericial pelos réus, a demanda teria sido julgada improcedente ou que o valor objeto de condenação teria sido reduzido.³⁹

³⁹ Acórdão proferido pelos desembargadores da 16ª Câmara Cível, no âmbito da apelação autuada sob o nº.

O mencionado acórdão, além de desconsiderar a aplicabilidade da responsabilidade civil pela perda de uma chance e indenizar os réus ao pagamento de indenização apenas a título de danos morais, também reduziu, pela metade, o valor arbitrado anteriormente pelo juízo de primeira instância:

Por fim, salienta-se que o fato do mandatário não ajuizar a ação encetada com o cliente caracteriza ato ilícito capaz de gerar dano moral.

É inequívoco que tal conduta supera a esfera dos meros aborrecimentos, atingindo a esfera íntima do demandante, ainda mais quando a relação que se estabeleceu entre as partes (mandato/serviços de advocacia) lastreava-se na confiança.

Vale relembrar que esse tipo de dano prescinde de prova, porquanto decorre do fato em si, da própria situação penosa, é o dano *in re ipsa*.

No que tange ao valor a ser arbitrado, é consabido a dificuldade relativa à liquidação do dano moral, oriunda da natural dificuldade de avaliação da extensão dos danos e agravadas pela necessidade de sua tradução em termos monetários.

Assim, para que a indenização por dano moral possa cumprir adequadamente as suas funções pedagógicas e punitivas, devem ser consideradas as condições social, econômica e cultural da parte lesada - presumidas, no caso em tela, a partir de sua qualificação. Igualmente, deve ser considerado o porte dos negócios do ofensor, segundo sua atividade, bem como o seu grau de culpa.

Com base em tais premissas, em razão dos valores envolvidos na demanda de prestação de contas - a condenação se deu, em fevereiro de 2014, no montante de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e se mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos), tenho como justa e razoável a condenação dos réus ao pagamento de indenização no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso dos autores e dar parcial provimento ao recurso dos réus, para o fim de reduzir a verba indenizatória por danos morais para o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)⁴⁰.

Dessa forma, novamente, os autores e os réus interpuseram recurso em face do mencionado acórdão. Em sede de julgamento do recurso especial, os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, proferiram acórdão, cujos principais pontos se transcreve abaixo:

Com efeito, conforme se extrai do arcabouço fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias, o processo tramitou por quase três anos sem que os patronos constituídos, cientes da demanda, houvessem sequer se habilitado nos autos, deixando, inclusive, de recorrer da primeira fase da ação de prestação de contas, de apresentar impugnação no âmbito da segunda fase e de se manifestar sobre a perícia realizada.

Uma vez estabelecida, de maneira incontroversa, a desídia dos réus, importa consignar que havia real possibilidade de êxito dos autores no âmbito da ação de prestação de contas ou de, ao menos, obterem uma situação mais vantajosa, se as graves falhas na prestação dos serviços advocatícios não houvessem ocorrido.

De fato, extrai-se do acórdão recorrido, notadamente dos votos-vogais

0204371-39.2015.8.21.0001.

⁴⁰ *Ibidem*.

apresentados, que os autores possuíam recibo de total quitação relativo à rescisão do contrato objeto da ação de prestação de contas, documento que, ao menos em tese, indica a real e séria probabilidade de se sagrarem vitoriosos na referida ação ou, ao menos, de obterem uma situação mais favorável do que a que, de fato, obtiveram, reduzindo o valor da condenação (...).

A partir da análise desse trecho do acórdão, percebe-se que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, diferente dos juízos de primeira e segunda instância, consideraram a existência de chance séria e real de êxito. Além disso, cumpre ressaltar que, em relação à configuração de chance séria e real, os e. Ministros do STJ consideraram tratar-se de “requisito indispensável à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance”.

Dessa forma, na análise do caso concreto pela Ministra Relatora, levou-se em consideração o arcabouço probatório que o Autor dispunha para defender-se, mas que, em razão da desídia dos advogados, não foi sequer apresentado ao juízo no âmbito da ação de prestação de contas proposta pela Companhia:

Evidente a frustração do autor com o resultado das demandas em consideração, tanto naquela que patrocinava, quanto na que foi demandado, ainda que na reclamatória trabalhista houvesse apenas uma expectativa de ganho, na ação de prestação de contas sequer lhe foi possibilitado defender e exercer o direito do devido processo legal, condição que merece especial realce quando considerado o documento que lhe dá total quitação na rescisão entabulada com a Manguinhos fl. 1435. Feita essas considerações, não há dúvida sobre o dever de indenizar dos demandados em razão da falha na execução do mandato. Mesmo considerando que a responsabilidade do advogado não é de resultado, não responde ele pelo insucesso da ação judicial, mas pela forma adequada na realização do serviço. As particularidades do caso são suficientes para configurar a responsabilidade civil dos advogados perante aos clientes. (fl. 2639) [g.n.].

Note-se por oportuno, que, em hipóteses como a dos autos, o que se exige para a caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance não é a certeza da obtenção de situação mais favorável, mas sim a elevada, real e séria probabilidade de êxito.

(...)

Na hipótese sob julgamento, não se está diante de defesa tempestiva, porém deficiente, mas sim de total ausência de defesa. A chance de se defender e de ver mitigados os seus prejuízos, tomada como bem jurídico, é que foi subtraída dos autores.

Nesse sentido, não há necessidade de se apurar se o objetivo final – vitória na ação de prestação de contas – foi ou não tolhido por completo, pois o que importa ressaltar é que a chance de disputar, de exercer o direito de defesa, lhes foi subtraída. 38. Assim, partindo do arcabouço fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, é forçoso concluir que, na espécie, encontram-se cristalizados os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, máxime porque a incontroversa desídia dos réus - que deixaram a ação de prestação de contas tramitar por quase três anos sem qualquer intervenção, culminando com a condenação dos autores ao pagamento de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) - retirou destes a chance real e séria de obterem uma prestação jurisdicional que lhes fosse mais favorável, o que caracteriza dano material suportado pelos autores.

Em relação à fixação do quantum indenizatório, o Superior Tribunal de Justiça considerou a ocorrência do dever de reparação apenas em relação aos danos materiais sofridos pelo Autor.

Como forma de determinação do patamar a ser pago a título de indenização, os Ministros, por considerarem que o Autor teria 50% de probabilidade de obter sucesso na ação de prestação de contas, fixaram o valor da indenização material em, aproximadamente, metade do valor da condenação na referida ação de prestação de contas. Sendo assim, considerando que o Autor foi condenado ao pagamento de R\$947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) na ação de prestação de contas, foi fixado o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) de danos morais a serem pagos na ação de reparação de danos movida contra os advogados:

Assim, para fixação do quantum indenizatório, tendo em mira o interesse jurídico lesado - perda da chance de obter resultado mais favorável em ação de prestação de contas - e tendo em vista, ainda, o elevado grau de culpa dos réus, a probabilidade de 50% de sucesso na referida demanda, bem como a demonstração do dano efetivo, consubstanciado na condenação dos autores ao pagamento de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) em virtude da desídia dos causídicos, tem-se por razoável que a indenização deve corresponder a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), observada a proporcionalidade da perda da chance, corroborada pelo documento que atestaria que o pagamento a que foram condenados já havia sido adimplido.

Em que pese o acerto do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 1.877.375, ora analisado, na definição de conceitos imprescindíveis para a caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance, não é possível atribuir o mesmo grau de acerto, com a devida vênia, ao não reconhecimento da ocorrência de danos morais.

Nesse sentido, extrai-se o trecho do voto no qual o Min. Relator fundamentou a não incidência dos danos morais:

No que diz respeito aos danos morais, examinando as próprias alegações dos autores na petição inicial da presente ação indenizatória, importa consignar que, na hipótese, não se vislumbra ofensa a direitos da personalidade em decorrência da má prestação dos serviços advocatícios contratados, notadamente porque a própria natureza da ação de prestação de contas cinge controvérsia eminentemente patrimonial, não ocorrendo, assim, ofensa aos direitos de personalidade.

(...)

Com efeito, ao contrário do que consignado pela Corte de origem, o dano moral, na hipótese de responsabilidade civil pela perda de uma chance em virtude de falhas

graves na prestação de serviços advocatícios, deve ser provado e não presumido, sendo certo que, seja a partir das alegações dos autores na exordial, seja a partir dos fatos utilizados pelo TJRS para fundamentar a condenação ao pagamento de compensação pelos danos morais, não se observa, a rigor, qualquer lesão extrapatrimonial caracterizada por ofensa a direitos da personalidade, não havendo que se falar, quanto ao ponto, em violação da Súmula 7 do STJ.

Desse modo, na hipótese, muito embora configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, não houve, concomitantemente, a cristalização de danos morais compensáveis, motivo pelo qual resta prejudicada a tese engendrada pelos réus relativa à necessidade de redução dos valores arbitrados a título de compensação pelos danos extrapatrimoniais.

A fim de elucidar a discordância acerca da não incidência dos danos morais, vale ressaltar que o autor da demanda de reparação, somente obteve conhecimento acerca da conduta negligente dos advogados, no momento em que se deparou com notícias jornalísticas que tratavam acerca do processo de execução movido contra ele pela Companhia.

Além do profundo constrangimento, o outorgante ainda teve valores de suas contas bancárias bloqueados, passando por profundo desgaste emocional. Dessa forma, não se afigura razoável, neste caso, a incidência somente de danos materiais. Nesse caso, admitia-se a incidência cumulada dos danos materiais e morais.

3.2. ESTUDO DE CASO: RESP Nº. 1.190.180/RS

Seguindo na análise de casos paradigmas que foram julgados pelo STJ, importante destacar o REsp nº. 1.190.180/RS. O processo em questão foi ajuizado pelo Sr. Onofre Dal Piva em 24/11/2004.

O autor narrou em sua petição inicial que, em 10/04/1998, outorgou poderes aos réus para que fosse feita a sua defesa em uma ação. Todavia, os causídicos deixaram de oferecer contestação em prazo tempestivo, razão pela qual foi decretada a revelia e o mandante passou a ter contra si uma ação de execução que, na época, perfazia o montante de R\$335.938,96. Nesse sentido, o autor propôs ação de indenização material em face dos advogados, demandando a condenação dos mesmos ao pagamento do valor integral da execução.

O juízo de primeira instância proferiu sentença julgando procedente os pedidos autorais, condenando os réus ao pagamento do valor integral e atualizado ao qual o autor havia sido condenado em razão da decretação de revelia.

Na fundamentação da sentença, proferida em 06/04/2006⁴¹, o juízo de primeiro grau, mesmo sem citar a teoria da perda de uma chance, considerou questões que, mais tarde, seriam consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça na análise de outros casos análogos, como fundamentais para a caracterização da responsabilidade pela perda de uma chance (chance séria e real, demonstração de descumprimento da obrigação contratual estabelecida entre o cliente e o causídico e nexos de causalidade entre a desídia do advogado e o dano causado).

Dessa forma, o juiz pontou: “a relação entre os litigantes é contratual e o ajuste foi descumprido pelos demandados, pois não foi apresentada defesa na ação de cobrança”. Em razão disso, o juiz reforçou que “a aceitação do ajuste não é imposta, os demandados poderiam ter recusado o contrato. Não o fazendo, assumiram a responsabilidade pela prática de atos inerentes a sua atividade”.

Nesse sentido, fica caracterizada, de forma inequívoca, a culpa dos advogados de terem impedido que o mandante obtivesse posição futura mais vantajosa em razão de terem agido com imperícia no exercício do ofício que assumiram no momento em que os poderes foram outorgados.

Além disso, o juiz de primeira instância destacou ainda que “a hipótese sub judice não é hipotética” uma vez que considerou haver “uma situação fática embasando a pretensão e um valor determinado a ser retirado do patrimônio do autor”.

Em relação à natureza do dano, o juiz considerou ser eminentemente patrimonial. Dessa forma, fixou o valor da condenação no mesmo valor da execução movida contra o autor, não considerando a ocorrência de danos morais.

Em face da sentença, os réus interpuseram recurso de apelação. Na ocasião do julgamento do mencionado recurso⁴², o Desembargador relator lançou mão da teoria da perda

⁴¹ Sentença proferida em 06/04/2006, na ação autuada sob o nº. 1050585121-4, pelo juízo da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre.

⁴² Acórdão de relatoria do Des. Ergio Roque Menine, julgado à unanimidade pela 16ª Câmara Cível do Tribunal

de uma chance, afirmando que “houve para o demandante a perda de uma chance (chance de ver o cliente melhor defendido em juízo, seja apresentando contestação tempestiva, seja interpondo apelação contra sentença desfavorável, seja, ainda, opondo embargos à execução), e nisso reside o seu prejuízo.”

Todavia, diferentemente do juízo de primeiro grau, os desembargadores integrantes da 16ª Câmara Cível consideraram a ocorrência de dano de natureza exclusivamente moral. Dessa forma, em voto proferido na ocasião do julgamento do recurso de apelação, o desembargador destacou:

O caso em tela retrata, claramente, que os ora apelantes pautaram suas condutas profissionais pela negligência, deixando, em mais de uma ocasião durante o trâmite da demanda, de zelar pelos interesses que lhes foram repassados através do instrumento procuratório outorgado.

Apesar do desembargador ter considerada inequívoca a existência de culpa na conduta dos advogados, conforme destacado no trecho acima do voto, ensejando a perda da chance de defesa na ação de cobrança ajuizada contra o mandante - fato que resultou na condenação do mesmo ao pagamento de valor expressivo -, o relator considerou que a indenização deveria se dar apenas na esfera moral:

Trata-se, dentre outras omissões, da perda de chance, pelo autor, de ver sua pretensão e inconformidade submetidas ao crivo do segundo grau de jurisdição, o que lhe acarretou decepção e aborrecimento, já que totalmente frustrada a sua expectativa de reversão de decisão que lhe foi desfavorável na demanda. Está-se, aqui, apurando-se em pecúnia, o desapontamento da parte que, confiando na dedicação e na postura profissional dos advogados contratados, deparou-se com a desídia destes no trato dispensado à sua causa, situação nitidamente configuradora do dano moral, devendo a importância indenizatória ser mensurada através deste prisma.

Em relação especificamente ao *quantum* da indenização moral, o desembargador considerou as peculiaridades do caso concreto e ajustou a condenação arbitrada em primeira instância para o patamar de R\$25.000,00 que, segundo o relator seria “suficiente para atenuar o sentimento de frustração experimentado pelo autor”.

Em face desse acórdão, os réus interpuseram Recurso Especial sustentando, em síntese, ter havido julgamento *extra petita*, haja vista não ter sido feito qualquer pedido na petição inicial relativo à perda de uma chance, ou ao dano moral, mas somente pedido de

reparação de dano material.

A tese suscitada pelos réus foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu o julgamento *extra petita* e anulou o julgamento em sede de apelação, a fim de que os autos retornassem ao tribunal para novo julgamento “nos limites do pedido e da causa de pedir”.

Apesar de os ministros do STJ terem anulado o acórdão proferido em segunda instância, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão traçou premissas fundamentais em relação à natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que merecem destaque no presente estudo.

Em razão da divergência entre a sentença e o julgamento da apelação em relação à natureza do dano, o Min. Relator explicou que a responsabilidade civil pela perda de uma chance ocasiona um dano que possui natureza autônoma:

Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007).

Dessa forma, o Min. Relator pontuou o seguinte:

no caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas acoimadas e 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.

Nesse sentido, para a fixação do *quantum* indenizatório, não deve ser levado em consideração apenas o fato de a contestação ter sido protocolada de forma intempestiva, mas sim uma análise detida do caso concreto, a fim de que se estabeleça quais seriam as chances reais que o mandante teria de êxito na ação em que figurava como réu, caso a defesa tivesse sido realizada de forma adequada.

Isso porque, entende-se que a perda de uma chance não trata-se de um dano hipotético, tampouco de dano efetivamente consumado. Dessa forma, para que se estabeleça a reparação de forma justa, é necessário que o julgador atente-se para todas as nuances do caso concreto, analisando se, a partir da atuação profícua do advogado, haveria chance séria e real de obter-se uma vantagem futura ou de repelir um dano.

Caso contrário, ao analisar-se apenas a desídia do causídico, se estará diante de dano puramente moral, ou seja, será indenizada apenas a expectativa frustrada do outorgante, sem que seja considerada a indenização em relação à chance perdida. Embora sejam dois tipos de indenização distintos, é importante ressaltar que, a reparação pela perda de uma chance e a reparação pelo dano moral não se excluem.

Nesse sentido, é possível que em um determinado caso concreto, esteja-se diante de uma situação em que a desídia do advogado gere indenização pela perda de uma chance, em razão da caracterização da perda de chance séria e real e, ainda, a desídia cause dano que extrapole o mero aborrecimento, em razão da quebra da expectativa contratual e do constrangimento de ter contra si uma condenação que poderia ter sido evitada.

3.3. ESTUDO DE CASO: ARESP Nº. 1.333.056/PR

Neste caso concreto, é possível verificar a imprescindibilidade da existência de chance séria e real para a caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Trata-se de uma ação de reparação de danos ajuizada pelo Sr. Marcelo Guilherma Braz por danos materiais e morais em face da Sociedade Educacional Tuiuti Ltda. e outro, alegando uma suposta falha do escritório modelo da Universidade, que lhe causou prejuízo, visto que o advogado da instituição deixou de recorrer e o autor deixou de receber parcelas retroativas referentes ao auxílio saúde que havia sido interrompido indevidamente pelo INSS.

Em sede de julgamento em primeira instância, o juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos. Dessa forma, conforme resumido pelo Des. Relator do recurso de apelação interposto pelo escritório modelo:

o pedido foi julgado parcialmente procedente para condenar os réus solidariamente ao pagamento de valores correspondentes ao auxílio doença no período compreendido entre 30/11/2004 a 06/02/2006, naqueles valores indicados no demonstrativo de débito de fls.132, no referido período, inclusive o abono ali indicado, na coluna "Valor corrigido", sendo que tais valores serão corrigidos monetariamente pelo INPC desde janeiro de 2009 (data do cálculo) e com incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da citação, tudo até o efetivo cumprimento de sentença.

Todavia, a mencionada sentença foi reformada, tendo os desembargadores julgado improcedentes o pedido indenizatório.

Nesse sentido, o autor da ação interpôs recurso especial, cujo julgamento se deu em 03/02/2020. No âmbito do julgamento do recurso, os Ministros da Quarta Turma do STJ, sob relatoria do Min. Raul Araujo, decidiram por manter o recurso de segunda instância, uma vez que concluíram não se tratar de perda de chance séria e real.

No caso concreto, consta na sentença que “como se depreende dos depoimentos tomados em juízo, o autor é portador de HIV” e “nessa condição gozava de auxílio-doença”. Todavia, o referido auxílio doença foi cancelado administrativamente, em razão de a decisão proferida pelo juiz federal, no âmbito da ação previdenciária, ter determinado que o auxílio seria reestabelecido a partir da prova de incapacidade do autor.

Conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o fato de ser portador de SIDA, não garante o automático reconhecimento de sua incapacidade total, isto porque o fato gerador do benefício não é a doença e sim a comprovação do estado de incapacidade.

Nesse sentido, para a configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, seria necessário que o autor demonstrasse sua real incapacidade à época da decisão de cancelamento do benefício que deixou de ser agravada.

Em razão de o autor não ter demonstrado que, de fato, encontrava-se incapaz de retornar ao trabalho, o recurso especial foi julgado improcedente, nos seguintes termos:

Extrai-se da sentença que, "como se depreende dos depoimentos tomados em juízo, o autor é portador de HIV" e "nessa condição gozava de auxílio-doença" (fl. 298), que foi cancelado administrativamente. Também consta que a decisão proferida na Justiça Federal determinou o restabelecimento do auxílio-doença "somente a partir do momento em que constatada a incapacidade, no caso em 06/03/2006, quando

realizada a perícia" (fl. 298).

A respeito, registra-se que esta Corte já decidiu que "o fato de ser portador de SIDA, não garante o automático reconhecimento de sua incapacidade total, isto porque o fato gerador do benefício não é a doença e sim a comprovação do estado de incapacidade, o que não ficou demonstrado nos autos" (AgInt no AREsp 550.168/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27.9.2018). Confira-se ainda: AgInt no REsp 1.751.733/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15.4.2019).

Como visto, a teoria da perda de uma chance só pode ser aplicada diante de situação de real e séria possibilidade de êxito – o que não é o caso dos autos -, tendo em vista que não foi comprovada a incapacidade do recorrente no período pleiteado, requisito imprescindível à obtenção do benefício pretendido.

Assim, por mais que tenha se caracterizado a desídia do advogado, que deixou de interpor recurso em face de decisão desfavorável, cumpre ressaltar que a negligência, por si só, não é ensejadora da aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Depreende-se, da análise desse julgado, que é necessário comprovar-se que, caso a conduta do advogado fosse diligente, o autor da ação, muito provavelmente, teria tido o benefício concedido, o que não ocorreria na hipótese desses autos.

Dessa forma, a partir da análise desse caso concreto, percebe-se a importância da prova inequívoca de que a chance perdida era séria e real, não bastando apenas a prova da desídia do advogado, mas sim a demonstração de que, não fosse a atuação negligente do causídico, haveria grande chance de êxito.

CONCLUSÃO

Ao longo desta monografia, foram abordados diversos aspectos relacionados à responsabilidade civil pela perda de uma chance do advogado que atua com desídia.

Primeiramente, constatou-se que, para caracterizar a perda de uma chance decorrente da conduta negligente do advogado durante sua atuação judicial, é imprescindível estabelecer um nexo causal entre sua conduta e a chance perdida. A negligência do advogado deve ser determinante para a frustração da oportunidade legítima do cliente.

Além disso, evidenciou-se a importância de estar diante de uma chance séria e real. A perda de uma mera expectativa ou oportunidade especulativa não é suficiente para configurar o dano indenizável. A chance deve ser substancial e concreta, possuindo reais perspectivas de sucesso.

A fixação do *quantum* indenizatório revelou-se uma tarefa complexa, envolvendo questões subjetivas e avaliações específicas de cada caso. A compensação adequada deve levar em consideração a extensão da chance perdida, o valor econômico envolvido, bem como as circunstâncias particulares do caso.

É importante ressaltar que a perda de uma chance é um dano autônomo, não se enquadrando como lucro cessante nem como dano emergente. A perda de uma oportunidade legítima de obtenção de um resultado favorável configura um prejuízo específico que merece reparação.

A cumulação do dano material e moral foi reconhecida como uma possibilidade válida. Ambos os danos podem ser aplicados cumulativamente, desde que cada um seja devidamente comprovado e justificado pelas circunstâncias do caso.

Quanto à prescrição, verificou-se que a regra geral nem sempre se adequa aos casos de responsabilização pela perda de uma chance do advogado que age com desídia. As peculiaridades desse tipo de situação podem justificar prazos prescricionais diferenciados, considerando-se a descoberta tardia do dano ou da própria chance perdida.

Por fim, ao realizar o estudo de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, foi possível constatar, na prática, a aplicação dos pontos elencados ao longo desta monografia. A jurisprudência demonstrou a importância de estabelecer o nexo causal, avaliar a seriedade da chance perdida, fixar uma indenização adequada e considerar a cumulação dos danos material e moral.

Em síntese, a responsabilidade civil pela perda de uma chance do advogado revela-se como um importante instrumento jurídico para salvaguardar aqueles que confiam seus interesses aos profissionais do direito e são vítimas de sua negligência. Entretanto, ressalta-se que o assunto carece de regulamentação normativa mais precisa e ainda há muito a ser consolidado pela jurisprudência, visando estabelecer critérios claros e uniformes na responsabilização dos advogados por essa espécie de dano.

Portanto, é fundamental que futuras discussões, tanto no âmbito legislativo como no judicial, sejam realizadas para o aprimoramento e a consolidação desse importante instituto jurídico, visando assegurar a justa reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance causada pela desídia dos advogados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio. **Ética profissional**. Premier Máxima, 2008.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15. Ed. Barueri: Atlas, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. São Paulo: Almedina, 2014.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013.