

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

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIZA-
ÇÃO DOS ADVOGADOS

GABRIEL GOMES DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE

GABRIEL GOMES DE OLIVEIRA

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ).

Orientador (a): Professor Ms. MARTA MARIA ALONSO SIQUEIRA.

RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE

GABRIEL GOMES DE OLIVEIRA

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS

Monografia apresentada junto à Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de Direito Processual Civil, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel, sob orientação do **Prof. Ms. MARTA MARIA ALONSO SIQUEIRA**

Data da Aprovação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017/2º SEMESTRE

Aos meus pais, por acreditarem na minha capacidade desde o princípio, aos meus irmãos , por estarem sempre ao meu lado, a toda minha família, e aos meus amigos, por sempre servirem de apoio.

RESUMO

Oliveira, G. G. *A aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização dos advogados*. NÚMERO DE PAGINAS p.70. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

No presente trabalho busca-se analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil dos advogados, com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, mas passando por outros para a melhor compreensão do tema. O método utilizado nessa monografia é o dedutivo. A técnica utilizada é a pesquisa, principalmente a doutrinária e a jurisprudencial. Em um primeiro momento é realizada uma abordagem das noções gerais da responsabilidade civil, mostrando a sua origem e destacando seus principais elementos. Posteriormente é abordada a responsabilidade dos advogados, sendo necessário esmiuçar vários pontos da advocacia. Também foi fundamental adentrar na própria teoria da perda de uma chance, para enfim analisarmos mais profundamente a aplicação da perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Responsabilidade dos advogados.

ABSTRACT

In the present work, I try to analyze the application of the theory of loss of a chance in the civil responsibility of the lawyers, with emphasis in the Brazilian legal system, but passing through others for the better understanding of the subject. The method used in this monograph is the deductive. The technique used is research, especially doctrinal and jurisprudential. At first, an approach is taken to the general notions of civil liability, showing its origin and highlighting its main elements. Subsequently the responsibility of the lawyers is addressed, being necessary to analyze several points of the law. It was also fundamental to enter into the theory of the loss of a chance, to finally analyze more deeply the application of the loss of a chance in the legal order of the country.

Key-words: Civil responsibility. Loss of a chance. Liability of lawyers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O tema em destaque foi escolhido tendo em vista o crescente aumento da procura do poder judiciário para a resolução dos mais diversos litígios, segundo dados recentes do Conselho Nacional de Justiça¹ já foi atingida marca de 100 milhões de processos em trâmite, sendo a figura do advogado indispensável para a efetivação do acesso à justiça.

Nesse cenário de aumento da demanda por acesso à jurisdição, podemos observar o aumento de processos buscando a reparação por danos ocasionados pelos advogados, sendo muito comum a perda de prazo judicial, que pode retirar do cliente a perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de reduzir um prejuízo.

Segundo a doutrina tradicional a responsabilidade civil deve ser pautada pela certeza, porém o mencionado campo vêm passando por uma grande transformação, em que o ponto central deixou de ser a culpa e passou a ser a busca pela reparação do dano, de modo que caso haja uma lesão, esta não deve ficar sem reparação. E nesse contexto surgiu na doutrina francesa a teoria da perda de uma chance, que ampara reparação não do dano final em si, mas da perda da oportunidade de obter um resultado favorável ou de evitar um negativo, de forma não havia a certeza que o resultado aconteceria, por mais provável que fosse.

A referida teoria é utilizada em diversos campos, sendo bastante utilizada na responsabilização dos advogados, quando a sua atuação faz com que o cliente tenha as suas chances eliminadas.

Muito se discute acerca da efetividade da perda da chance no ordenamento jurídico pátrio, sendo este um dos pontos que serão dirimidos no presente trabalho. Havendo muitos questionamentos sobre como seria o seu procedimento de aplicação, para isso iremos nos apoiar no estudo da doutrina e da jurisprudência.

Uma outra questão levantada é sobre a quantificação da indenização em casos em que a mencionada teoria fosse adotada, tendo em vista que nessa hipótese não fica caracterizado o dano final.

1 Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao> > Acesso em 12 de maio 2017

No presente trabalho será utilizada com técnica a pesquisa com enfoque na doutrina e na jurisprudência, apesar do tema ser a aplicação da perda de uma chance na responsabilidade dos advogados e a ênfase ser direcionada para o direito pátrio é fundamental o estudo de outras doutrinas e jurisprudências com a francesa, a italiana e a estadunidense. Sendo utilizado o método dedutivo na realização da presente monografia.

CAPÍTULO 1- NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Conceito

Antes de entrar na exposição do nosso tema de estudo se faz necessário, conhecer o conceito de responsabilidade, pois apenas com o conhecimento amplo das bases será possível adentrar no tema central desse estudo, segundo Rui Stoco a responsabilidade consiste na aplicação de medidas que façam o ofensor responder pelos danos ocasionados, conforme podemos ver no trecho abaixo²:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

No entendimento de José de Aguiar Dias³ toda atividade humana leva ao problema da responsabilidade, tendo em vista que o indivíduo deve responder pelas consequências dos seus atos. Para o renomado autor a responsabilidade está atrelada a uma obrigação derivada, um dever sucessivo advindo de um fato que gera consequências no âmbito jurídico.

A responsabilidade busca recuperar o equilíbrio da relação que foi perdido, com uma ação ou omissão geradora de dano a vítima, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves⁴:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não

2 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo. Editora revista dos tribunais. 2007, p.114

3 DIAS, José de Aguiar apud GLAGIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 10 ed. São Paulo. 2012. P 46

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**.V.IV. 7 ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p.21.

desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o status quo ante.

Segundo a doutrina de Pablo StolzeGagliano⁵ a principal distinção entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade moral é em relação ao exercício do poder de coercibilidade institucionalizado. Na primeira podemos contar com o poder estatal de coerção, podendo haver a utilização da força, enquanto que na responsabilidade moral não existe a presença do poder coercitivo institucionalizado, por mais que a pessoa se sinta compelida a manter determinada conduta.

Conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves⁶ a responsabilidade moral, que é relacionada a religiosidade reside na consciência individual de cada um, para o estudioso do direito como essa espécie de responsabilidade fica restrita ao campo do pecado ou da consciência individual, acaba por não gerar consequências no âmbito jurídico.

1.2. Origem

Desde as primeiras civilizações as pessoas buscam viver em grupos, dessa forma estabelecendo relações até mesmo para a realização das atividades mais simples, nesse cenário funcionando o direito como regulador dessas relações entre os indivíduos. Com a constante evolução das sociedades cresceu a interação entre as pessoas, com um maior número de conflitos, ocasionando em muitos casos danos entre as partes.

Com uma organização cada vez maior em dos grupos, os indivíduos passaram a responder as lesões em conjunto, como uma reação daquele agrupamento a qual a vítima pertencia, essa resposta era dada na base da força, dessa forma o grupo mais organizado teria mais condições de se sobreporem aos demais, o que era fundamental para a sobrevivência dos membros do grupo em um período primitivo⁷.

5 GLAGIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 10 ed. São Paulo. 2012. P 47

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**.V.IV. 7 ed. São Paulo. Saraiva.2012. P 20

7 AMARAL, Ana Cláudia CorrâZuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.28.

Posteriormente, houve uma mudança de eixo em que poder de punição que antes era exercido pela coletividade passou a ser executado pela vítima da lesão, essa retaliação não possuía limites, em muitos casos a retaliação chegava a morte do ofensor, esse modelo ficou conhecido como vingança privada, era comum que essa resposta fosse espontânea e sem qualquer medida de proporcionalidade com o dano sofrido, como podemos observar no seguinte trecho de Alvino Lima⁸:“forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.”

A Lei de Talião foi um marco na evolução da responsabilidade civil, pois trouxe a ideia de que o ofensor deveria sofrer a mesma lesão que o lesado, o que pela primeira vez deixou evidente um compromisso com a proporcionalidade entre o dano sofrido e a retribuição em face desse dano, o que até então não tinha sido levantado, sendo um ponto de mudança na responsabilidade civil como expõe Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, para a autora essa fase foi a gênese da responsabilidade civil, tendo em vista que o método anterior era apenas um meio de reproduzir danos, o que não contribuía para o restabelecimento do equilíbrio perdido com o dano⁹.

Antes da lei de talião a resposta ao dano ocasionado tinha caráter retributivo, com o seu advento passou-se a pensar não apenas em retaliar o mal sofrido, com esse dispositivo a vítima poderia escolher a forma por meio da qual seria reparado dano ocasionado. Com esse novo pensamento pode-se chegar à fase da composição voluntária¹⁰.

É bom ressaltar que segundo a lição de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, mesmo nesse período de composição voluntária em que não era buscada a simples retaliação,

8 LIMA, Alvino apud AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: natureza e quantificação. Curitiba, 2015. P.29.

9 AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. op.cit, p.30.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed.São Paulo, Saraiva, 2012, p.25

ainda não havia qualquer análise sobre a presença ou da culpa do agente causador do dano, sendo assim a autocomposição ficava exclusivamente ligada a vontade do ofendido.¹¹

Posteriormente, a composição que era em regra voluntário passou a ser obrigatória, coma figura mais forte da autoridade foi vedada a justiça com as próprias mãos. A composição no novo período era tarifada, agora a consequência para o ofensor era econômica¹².

Para a compreensão da origem da reparação também se faz necessário o entendimento do começo da distinção do seria pena e a reparação, no direito romano, para isso temos que ter em mente que no delito públicos como eram considerados os que perturbavam a ordem e tinha natureza mais grave, nessa espécie de delito o valor era pago pelo ofensor ao Estado, enquanto que nos chamados delitos privados o valor pago a título de indenização tinha como destinatário a o ofendido. Nesse período é nítido o ensejo do Estado tomar apenas para si o poder de punir, nesse cenário já podemos falar da figura da indenização¹³.

Não podemos falar sobre a origem da Responsabilidade Civil sem destacar a Lei de Aquilia, que trouxe diversos elementos para esse instituto do direito civil, apenas com o referido dispositivo nasceu a ideia da culpa lato sensu para a responsabilização do ofensor, não havendo indenização sem a existência de culpa, o que repretou um importante marco para a responsabilidade civil¹⁴.

Outra importante novidade trazida por essa lei foi a dissociação da responsabilidade de indenizar da existência de relação obrigacional preexistente, o que fez nascer a responsabilidade civil extracontratual.

11 AMARAL, Ana Cláudia CorrâZuin Mattos, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.30.

12 Idem.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed.São Paulo, saraiva, 2012, p.25

14 Idem

Não podemos falar sobre a origem da responsabilidade civil sem falar da influência do direito francês, partindo do Código Civil napoleônico de 1804 que nos seus artigos 1382 e 1383 prevê a noção de culpa abstrata e a diferença entre a culpa contratual aquela que não é oriunda do descumprimento de um preceito legal, mas pela imprudência ou negligência no cumprimento de um contrato, da culpa delitual que nasce do cometimento de um delito¹⁵.

Segundo a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves o direito francês aperfeiçoou os pensamentos romanos, dentre as suas contribuições para o direito civil estão os princípios gerais da responsabilidade civil, como o direito da vítima de receber reparação sempre que houver culpa, independente do seu grau¹⁶.

1.3. Espécies de responsabilidade

A responsabilidade como já mencionado anteriormente, deriva da necessidade do indivíduo responder pelos danos ocasionados por uma ação ou omissão, para o seu melhor estudo é fundamental uma compreensão didática das suas espécies.

1.3.1. Responsabilidade civil e responsabilidade penal

Para o início desta exposição devemos nos remontar aos romanos, pois segundo o entendimento dominante no seu direito não haveria distinção entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. Apenas com o advento da Lex Aquilia foi possível notar uma diferença entre essas duas responsabilidades, na medida que o pagamento indenização passou ser a sanção exclusiva para casos de cometimento de dano desde que não fosse de natureza grave.¹⁷

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.39

16 Idem.

17 Idem

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz a responsabilidade jurídica engloba e responsabilidade penal e a responsabilidade civil. A primeira fica caracterizada por um desequilíbrio social ocasionado por um ato lesivo, em que o cidadão tem deveres perante a sociedade e gera o seu inadimplemento, perturbando a ordem, esse dano ocorre pela lesão da lei penal. Com isso é necessário restabelecer o equilíbrio perdido, para isso o lesante sofre uma punição que lhe é imposta pelo órgão jurisdicional.¹⁸

Enquanto que na responsabilidade civil não há a presença de uma lesão a um bem da coletividade, mas ao bem de uma determinada pessoa. Nessa espécie de responsabilidade ocorre a busca pela retomada do equilíbrio afetado pelo dano, por meio de reparação, que poderia ser o retorno ao “Status quo Ante” ou uma retribuição pecuniária. Sendo a preocupação principal o restabelecimento do estado originário da parte lesada, reparando o seu direito usurpado¹⁹.

Ainda sobre a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal assevera José Aguiar Dias que a ofensa a um direito de um membro da sociedade afeta todo o grupo a que ele faz parte, mesmo que não atinja patrimonialmente o grupo, mas isso não significa que o Estado deve agir de ofício sempre que houver uma lesão a um bem individual, nesses casos devendo o indivíduo buscar a reparação em face do ofensor, para restabelecer a situação anterior. Enquanto que em casos onde houverem lesão de um bem da coletividade, o Estado deve buscar a punição do ofensor afim de restaurar a ordem social²⁰.

Sintetiza Carlos Roberto Gonçalves que na responsabilidade civil o ofensor lesiona uma norma de direito privado, cabendo a vítima buscar ou não a reparação. Enquanto que na responsabilidade penal o ofensor atinge uma norma de direito público, de forma que o direito atingido pertence a sociedade como um todo²¹.

18DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v.VII, 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2016 p.40-41

19 Idem.

20 DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**, ed. Lumen juris. Rio de Janeiro,2011, p.7

21 GONÇALVES, Carlos Roberto, **direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed.São Paulo. Saraiva,2012,p.40

Sobre a relação responsabilidade civil e a responsabilidade penal pode-se gerar muitas dúvidas acerca da sua incidência. A irresponsabilidade penal não leva necessariamente a irresponsabilidade civil, tendo em vista que por mais que ambas orbitem sobre o mesmo fato jurídico, podem ter parâmetros diferentes. Maria Helena Diniz cita o caso de um incapaz subtrai a vida de alguém, de forma que não poderá ser responsabilizado penalmente e essa responsabilidade por ter natureza penal não cairá sobre terceiros. Nesse mesmo caso há responsabilidade civil, visto que mesmo que ele esteja penalmente desobrigado, os pais, tutores ou curadores ficariam obrigados a indenizar pelos danos ocasionados²².

Continuando discorrendo sobre essas duas espécies de responsabilidade, devemos atentar para as hipóteses de ocorrência das duas de forma concomitante. Caso o indivíduo lesione um direito do ofendido e ao mesmo tempo ofender a lei penal protetora de um bem jurídico da coletividade, estará o agressor obrigado a responder pelos seus atos na esfera civil e penal. Buscando na primeira a reparação individual, enquanto que na segunda a punição do ofensor. É fundamental ressaltar que nesses casos a responsabilidade civil fica sobre grande interferência da responsabilidade penal²³.

É necessário lembrar do princípio da independência relativa da responsabilidade civil em face da criminal, para isso devemos observar o artigo 935 do Código Civil de 2002 que prevê a impossibilidade de discussão na esfera cível sobre a existência do fato ou autoria do crime quando já houver decisão na esfera criminal. De forma a independência entre esses dois campos é relativa²⁴.

Na responsabilidade penal a punição para o réu pode chegar a privação da sua liberdade, por isso é necessária uma maior proteção da parte ré, por meio de garantias, sendo assim cabe o ônus da prova ao Estado. Enquanto que na responsabilidade civil o ônus da prova em regra é de quem alega, cabendo diversas exceções no âmbito do processo civil,

22 DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v.VII. p.41

23 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed.São Paulo. Saraiva, 2012,p.40

24 DINIZ, Maria Helena, op. cit. p.42

como nos casos em que a parte afetada tem que litigar com uma outra parte que detém maior poderio financeiro ou técnico. Enquanto que no processo penal o eixo do ônus probatório é mais rígido, não admitindo essa quantidade de exceções²⁵.

Outro fator de distinção é em relação a culpabilidade na responsabilização, tendo em vista que na responsabilidade civil a ideia de culpa é mais abrangente, devendo ser obrigatoriamente indenizável o dano sempre que houver culpa, mesmo que essa tenha caráter leve. Não obstante no campo penal é necessário que a culpa do réu tenha um certo peso, não sendo punível por qualquer escala de culpa. Nesses dois âmbitos da responsabilidade são necessários a existências dos mesmo elementos para constituir a culpa, ficando a distinção como já mencionado no grau de culpa requisitado para a sua responsabilização²⁶.

Em suma a responsabilidade penal e a responsabilidade civil estão relacionadas, entretanto apresentando muitas diferenças, conforme foi exposto nesse capítulo, ressaltando que no presente trabalho será abordado a responsabilidade civil.

1.3.2.Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

Na teoria clássica a presença da culpa é o fundamento básico para a responsabilização do ofensor, essa teoria ficou conhecida como teoria da culpa ou subjetiva, seguindo essa teoria se não houver culpa em sentido genérico, entendendo assim dolo e culpa, mesmo que os outros pressupostos sejam preenchidos, não haverá responsabilidade²⁷.

O ordenamento jurídico prevê hipóteses em que a culpa não é pressuposto necessário para que o dano ocasionado seja indenizável, essa responsabilidade é chamada pela doutrina de responsabilidade legal ou objetiva. Nessa espécie de responsabilidade para que o dano seja passível de reparação é preciso apenas a existência da ação ou omissão, do dano e do nexo de

25 GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012. Loc. cit

26 GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, v.IV, 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.41

27 Ibidem, p.44

causalidade entre esse dois, de forma que não há necessidade da presença de dolo ou culpa para a responsabilização do agressor²⁸.

É preciso destacar a corrente minoritária, essa teoria é encabeçada por Gustavo Tepedino, segundo o qual a culpa significa somente um elemento acidental da responsabilidade, ainda para o mesmo o sistema adotado no país é o dualista, tendo em vista que a responsabilidade subjetiva não seria a regra, na verdade não haveria uma regra, cabendo em algumas hipóteses a responsabilidade objetiva e em outras a responsabilidade subjetiva²⁹.

Nos ensinamentos de Flávio Tartuce a teoria dualista é afastada, o autor parte da análise do texto legal, segundo o mesmo o artigo 186 e o 927, caput do Código Civil trariam a regra geral, em que só poderá haver responsabilidade em casos em que houver a presença de dolo ou culpa, sendo assim é fundamental que haja a prova da culpa para a responsabilização do causador do dano. Enquanto que a exceção estaria prevista no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, que é aplicável de forma subsidiária nos casos em que regra geral não for aplicável³⁰.

No entendimento adotado por Flávio Tartuce caso a responsabilidade objetiva fosse instituída como regra, dispensando o dolo e a culpa como pressuposto para que o dano seja indenizável, deixaria o polo passivo das demandas demasiadamente vulnerável, contribuindo para o enriquecimento sem causa que está nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002, dessa forma fica evidente que segundo o entendimento majoritário a responsabilidade subjetiva deve ser tratada como regra³¹.

28 Ibidem, p.45

29 TARTUCE, Flávio. **Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo, Editora Método, 2014. P 334

30 Idem.

31 Idem.

A responsabilidade objetiva sintaticamente fica configurada havendo culpa em sentido genérico ou não, desde que presentes os demais pressupostos, nessa esteira devemos destacar que existem casos em que a culpa é presumida, neles existe a culpa mesmo que a sua presença seja apenas uma presunção, de forma que essa hipótese trata-se de uma espécie de responsabilidade subjetiva³².

A teoria do risco foi desenvolvida como uma forma de embasar a responsabilidade objetiva, essa teoria pode ser observada no artigo 2050 do Código Civil italiano de 1942, que toma o risco da atividade praticada e os meios adotados na sua execução como fato gerador do dever de indenizar³³.

A presente teoria também é abordada por Carlos Roberto Gonçalves, que destaca em sua obra que para essa teoria que o indivíduo que exerce uma atividade fica obrigado a reparar o dano ainda que não tenha não haja culpa, nessa esteira a responsabilidade civil não fica atrelada a culpa, podendo o dano ser indenizável apenas com o risco, pois vigora o princípio que o dano advindo do risco causado por uma pessoa decorrente de uma atividade gera o dever de indenizar, sendo esse o princípio do “ ubi molumentum, ibi onus”³⁴.

Para compreendermos melhor essas espécies de responsabilidade é preciso recorrer a sua evolução histórica, a responsabilidade nos primórdios tinha natureza objetiva, não havendo qualquer análise em relação a culpa, tendo como principal preocupação retribuir o mal imposto a vítima, sendo precioso destacar que nessa fase ainda não se tinha qualquer referência com a ideia de risco. Posteriormente, a culpa em seu sentido amplo passou determinante para que o dano fosse considerado indenizável, prevalecendo a responsabilidade subjetiva. Mais recentemente essa responsabilidade passou a ser mitigada, sendo aceita em algumas hipóteses a aplicação da responsabilidade objetiva, sendo aplicada subsidiariamente³⁵.

32 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.44

33 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil : responsabilidade civil**, v.IV, 12 ed, São Paulo, Atlas, 2012, p10.

34 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.45

35 Ibidem, p. 46

Devemos lembrar que a regra geral no nosso ordenamento jurídico é a aplicação da responsabilidade subjetiva, sendo aplicada nos casos especificados a responsabilidade objetiva, conforme assevera Caio Mario da Silva Pereira³⁶:

“a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entrar o progresso”.

Por fim, entre os principais casos de aplicação da responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico devemos destacar o caso em que o agente gera o risco, que decorre de um outro indivíduo ou uma coisa, na sua obra. Flávio Tartuce cita o exemplo da responsabilidade objetiva do usuário do prédio por um objeto que caia da sua varanda, sendo aplicada a teoria do risco criado, conforme o previsto no artigo 37, parágrafo 6 da Constituição Federal.

Outro exemplo de aplicação seria nos casos em que a atividade desenvolvida gera risco para outros indivíduos, conforme o previsto no artigo 927, parágrafo único, sendo exercida a teoria do risco da atividade ou risco profissional³⁷.

Enquanto que para o ilustre Anderson Schreiber assevera em sua obra que embora a culpa tenha perdido aplicabilidade em diversos casos que passaram a dispensar a sua

36 Ibidem, p.47

37 TARTUCE, Flávio. **Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo, Editora Método, 2014. P 337

presença, sendo esses casos de responsabilidade objetiva, continua sendo fundamental para a responsabilidade subjetiva. Para Schreiber o principal objetivo da responsabilidade civil é garantir que nenhum dano fique sem reparação, sem negar a importância da culpa, mas que é necessário fazer uma análise buscando a efetivação do seu objetivo³⁸.

1.3.3.Responsabilidade Contratual e responsabilidade extracontratual

Segundo o doutrinador Sergio Cavalieri quem ofende um dever jurídico no sentido amplo, causando dano a outro indivíduo fica obrigado a indenizar. Esse dever jurídico pode nascer de uma relação jurídica obrigacional anteriormente estabelecida ou ter origem no descumprimento da lei, de acordo com a sua natureza a responsabilidade pode ser classificada em contratual ou extracontratual, havendo uma dicotomia em relação ao fator gerador da responsabilidade civil³⁹.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves quando um indivíduo causa dano a outro pelo inadimplemento de obrigação contratual, nasce um dano indenizável, na sua obra o mesmo cita o exemplo do passageiro que ao entrar no ônibus e pagar a passagem assume um contrato, mesmo que implícito, em que mediante ao valor pago a empresa de ônibus fica obrigada a transportar a pessoa em segurança até o destino combinado, respondendo por danos ocasionados durante a prestação desse serviço, nesse caso ficando caracterizada a responsabilidade contratual.

Segundo o autor em casos em que a responsabilidade não deriva de contrato temos a chamada responsabilidade extracontratual, nessa espécie o ofensor causa dano, essa responsabilidade é oriunda de um ato ilícito e também é conhecida como responsabilidade aquiliana⁴⁰.

38 SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2007, p. 48

39 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p. 16

40 GONÇALVES, Carlos Roberto, **direito civil brasileiro**, v. IV, 7 med. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 41

Sergio Cavalieri sintetiza a questão asseverando que tanto a responsabilidade contratual quanto a responsabilidade extracontratual tem origem em um dever jurídico preexistente, sendo que a primeira nasce de uma obrigação advinda de um acordo preexistente celebrado entre as partes, enquanto que a responsabilidade extracontratual advém da ofensa a um dever jurídico que não está presente em contrato, mas no ordenamento jurídico⁴¹.

É importante destacar que alguns autores criticam a teoria dualista, que classifica a responsabilidade em contratual e extracontratual, Carlos Roberto Gonçalves cita que segundo os defensores da teoria unitarista ou monista pouco influenciam as características da responsabilidade civil, pois os seus efeitos são os mesmos. Essa corrente vem ganhando força apesar de a maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive o pátrio adotar a teoria dualista⁴².

Cabe ressaltar que mesmo sendo aplicada majoritariamente a teoria dualista no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito das relações de consumo a teoria unitária, pois o Código de Defesa do Consumidor ao analisar a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços não distingue a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual, pois confere tratamento equiparado ao do consumidor para todas as vítimas do fato, de modo que ambas as partes recebem tratamento unitário, havendo relação contratual ou extracontratual⁴³.

Uma importante diferença entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual diz respeito ao ônus da prova, segundo Carlos Roberto Gonçalves quando a responsabilidade tiver caráter contratual a parte ofendida precisa apenas comprovar a existência do dano, de modo que somente se escusaria de indenizar o dano se houvesse a caracterização de alguma das hipóteses de excludente presente no nosso ordenamento jurídico, como o caso fortuito, força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Segundo o mencionado doutrinador quando a responsabilidade for extracontratual, a vítima do dano detém o ônus de comprovar a existência do dano. Desse modo na

41 CAVALIERI FILHO, Sergio. Op.cit., p.17

42 GONÇALVES, Carlos Roberto, Op.cit,p.42

43 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**.10 ed. São Paulo, Atlas,2013, p.17

responsabilidade contratual haveria uma possibilidade maior do dano ocasionado seja devidamente reparado.

Devemos frisar que Sergio Cavalieri Filho afirma que a presunção de culpa não nasce da natureza contratual do negócio jurídico, mas espécie de obrigação assumida no contrato. De forma que em contratos que a parte se propõe a garantir a ocorrência de um resultado, há a presunção de culpa no seu inadimplemento, podendo também responder objetivamente. Enquanto em relações contratuais geradoras de obrigações de meio, mesmo como caráter contratual do negócio jurídico a parte ofensora só responderá com a presença de dolo ou culpa do agressor. Enquanto isso na responsabilidade civil extracontratual subjetiva em regra há a necessidade de comprovação de dolo ou culpa, o que não ocorre na responsabilidade extracontratual objetiva em que não é preciso a comprovação desse elementos⁴⁴.

É fundamental ressaltar que uma das principais diferenças entre essas duas espécies de responsabilidade é em relação a sua origem. A responsabilidade contratual surge de um acordo entre as partes, enquanto que a responsabilidade extracontratual nasce de um descumprimento da obrigação de não lesar outros indivíduos, a chamada “*neminem Laedere*”⁴⁵.

Por fim cabe ressaltar que as mencionadas espécies de responsabilidade se diferem também em relação a abrangência da capacidade do agente ofensor, pois na responsabilidade contratual a capacidade das partes é mais restrita, tendo em vista que para que os contratos celebrados tenham validade é necessário a plena capacidade das partes.

Enquanto que a capacidade do ofensor de responder na responsabilidade extracontratual é mais ampla, conforme assevera Jossierand afirmando que em casos de natureza contratual a capacidade do agente responder é restrita, o que não ocorre na responsabilidade extracontratual, Carlos Roberto Gonçalves ao citar o exemplo do incapaz que causa prejuízo a terceiros e pode responder com o próprio patrimônio quando o seu tutor, curador ou responsável não tiver meios para adimplir a obrigação e o pagamento da

44 Ibidem, p.308

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed.São Paulo. Editora Saraiva, 2012,p.43

indenização devida não causar prejuízo ao sustento do incapaz, conforme o previsto no artigo 928 do Código Civil⁴⁶.

1.4. Pressupostos da responsabilidade Civil

Para compreensão do tema central do nosso trabalho que é a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade dos advogados é necessário abordar os pressupostos básicos da responsabilidade civil, fazendo uma breve análise sobre esses elementos.

A doutrina acerca do tema não é uníssona, apresentando divergências sobre quais elementos básicos são necessários para a caracterização do dever de indenizar, de modo que iremos destacar as principais correntes.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves com base na análise do artigo 186 do Código Civil que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” assevera que a responsabilidade civil apresenta quatro elementos essenciais sendo eles: a ação ou a omissão geradoras do dano, o próprio dano, o nexo de causalidade entre esses dois primeiros elementos e por fim o a culpa ou dolo. O autor ainda cita que mesmo a regra sendo a necessidade da presença de dolo ou culpa em hipóteses previstas em lei esse elemento pode ser dispensado, caracterizando a responsabilidade objetiva⁴⁷.

Enquanto que para Maria Helena Diniz a responsabilidade civil apresenta três pressupostos básicos sendo eles: a ação ou a omissão, o dano e o nexo de causalidade. Para a doutrinadora a ação pode ser comissiva ou omissiva e ser qualificada juridicamente como ato ilícito ou lícito, podendo ocorrer em casos desse último quando for aplicável a teoria do risco⁴⁸.

46 Idem.

47 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012, p.49

48 DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v. VII. 30 ed. Editora Saraiva 2016. p.53 et. Seq.

Já para Pablo Stolze a culpa em sentido lato não é pressuposto básico da responsabilidade civil, sendo apenas um elemento acidental que está presente na responsabilidade subjetiva, mas não é necessária a sua caracterização nas responsabilidades objetiva, em que esse elemento é facultativo, não influenciando no dever de indenizar, portanto dessa forma não é um pressuposto geral da responsabilidade civil. De forma que para o ilustre autor os pressupostos básicos são a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores⁴⁹.

Conforme a lição de Sergio Cavalieri Filho na responsabilidade subjetiva os pressupostos da responsabilidade estão evidenciados no texto do artigo 186 do Código Civil, sendo a conduta culposa ou dolosa do agente, o nexo casual e o dano. Quando se tratar de responsabilidade objetiva não será preciso a comprovação de dolo ou culpa⁵⁰.

Como foi exposto a maior parte da doutrina defende a existência de três elementos básicos de caracterização da responsabilidade civil. Esse primeiro pressuposto segundo Maria Helena Diniz é a prática de um ação, que pode ser comissiva ou omissiva, em regra essa ação é ilícita, porém é admitida a hipótese de dever de indenizar por ato lícito, como nas hipóteses do artigos 927 e 931 do Código Civil. A Autora cita como o exemplo a obrigatoriedade do empregador de indenizar por acidente de trabalho, mesmo que não haja qualquer ato ilícito do empregador, seja por ação comissiva ou omissiva⁵¹.

Ainda sobre o primeiro elemento básico da responsabilidade civil, podemos destacar que em regra o indivíduo somente responde pelo danos que causar, porém Sergio Cavalieri Filho assevera no seguinte trecho:

De regra, só responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. É a responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a

49 GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** V.III. 10 ed. Saraiva. 2012.p.74

50 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p.19

51 DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v.VII. 30 ed. Saraiva. 2016. p.53

responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado⁵².

Outro pressuposto básico da responsabilidade civil é a existência de um dano, segundo a ilustre Maria Helena Diniz o advento de um dano moral ou patrimonial infligido à parte ofendida por meio de um ato comissivo, de uma omissão, por terceiro ou coisa que o imputado arque com as consequências, gera dever de indenizar, portanto não há responsabilização se não houver dano⁵³.

Para Sergio Cavalieri Filho também Não há possibilidade da configuração do dever de indenizar sem a ocorrência de dano, o autor assevera que pode haver ausência de culpa na responsabilidade, porém não pode faltar o dano. O mesmo ainda afirma que o risco de dano ou um ato ilícito não é o suficiente para configurar a responsabilidade, sendo necessário que haja efeitos concretos, com repercussão no âmbito econômico ou moral, para que fique configurado o dever de indenizar⁵⁴.

Segundo o Autor a responsabilização sem a existência de dano caracteriza enriquecimento ilícito, pois se a possível vítima não sofreu dano, não há motivo para reparação. Cabe destacar que ao contrário da responsabilidade penal em que o risco gerado pode ocasionar responsabilidade, na responsabilidade civil não há indenização sem a presença de dano.

O nexo de causalidade é elemento indispensável para a caracterização do dever de indenizar, sendo a relação de causa e efeito entre a ação ou a omissão e o dano gerado. Quando está presente o dano, porém não há relação entre a ação ou omissão do agente e o surgimento desse dano, não há nexo de causalidade e conseqüentemente também não se tem dever de indenizar, Carlos Roberto Gonçalves cita o exemplo do motorista que comete diversas infrações de trânsito, mesmo não respeitando o seu dever jurídico, não causou dano a

52 FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo, Atlas, 2013, p.26

53 DINIZ, Maria Helena, 2016, loc. cit.

54 FILHO, Sergio Cavalieri. Op.cit., p.77

outro indivíduo, de modo que não deve indenização. Caso tivesse por exemplo batido em um veículo estacionado na rua poderíamos falar em indenização⁵⁵.

Para a compreensão desse pressuposto da responsabilidade civil se faz fundamental o entendimento sobre as diversas teorias que buscam explicar o nexo de causalidade, a primeira que abordaremos é a teoria da equivalência dos antecedentes segundo a qual todos os atos ligados ao dano, sendo causa ou condição, são equivalentes, não havendo questionamento sobre qual teve maior influência na produção do resultado, essa teoria também é conhecida como “conditio sinequa non”⁵⁶.

A segunda teoria é a da causalidade adequada, para qual na presença de mais de um fato seria necessário analisar qual realmente ocasionou o dano. Essa teoria foi aperfeiçoada por Von Kries, de acordo com a sua interpretação somente atos relevantes para a ocorrência do evento danoso geram o dever de indenizar⁵⁷.

Enquanto a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal, prevê que em casos que ato do credor ou de terceiro causar dano, deve ocorrer a interrupção do nexo causal, de forma que o agente não seja responsabilizado, pois esse só deve responder em decorrência de sua ação ou omissão.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves a culpa é pressuposto da responsabilidade civil, partindo da interpretação do artigo 186 do Código Civil para o mesmo é preciso que no mínimo fique caracterizada a presença de imprudência ou negligência. Para a teoria subjetiva o dano é indenizável quando for provada o dolo ou a culpa do agente ofensor, a mencionada teoria é adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas em algumas situações a

55 GONÇALVES, Carlos Roberto, **direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.50

56 FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo, Atlas, 2013, p.51

57 TARTUCE, Flávio. **Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo, Editora Método, 2014. P 270

prova do dolo ou da culpa é extremamente onerosa para a parte ofendida, sendo aceita exceções quando previstas em lei ou quando a atividade for de risco⁵⁸.

O mencionado estudioso do estudo distingue o dolo da culpa, de forma que no dolo há o ânimo de comete uma violação do direito, sendo uma violação de modo deliberado, enquanto que na culpa há falta do dever de diligência, por imprudência, negligência ou imperícia. Em ambos os casos a conduta é voluntária o que as distingue é que no dano doloso a ação já na sua origem tem natureza antijurídica, já no dano oriundo de ato culposo na sua origem é lícito, porém no seu caminho acaba se tornando ilícito conforme se distancia do socialmente desejável⁵⁹.

CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

2.1. A origem da advocacia

Para a compreensão do tema se faz necessário uma breve passagem histórica sobre a origem da advocacia, afim de abordar a responsabilidade do advogado, que é um dos nossos objetos de estudo.

Segundo Paulo Lobo Saraiva antes mesmo do nascimento da figura da advocacia surgiu a figura do advogado, sendo este aquele que defendia os réus e representava os litigantes. Para exercer essa função era necessário ser letrado e ter uma reputação idônea, de modo que passasse segurança perante o pretor⁶⁰.

Enquanto Rui Barbosa sintetiza o seu pensamento acerca do tema afirmando que “o primeiro advogado foi o homem, que com influência e a razão da palavra, defendeu os semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude.”⁶¹

58 GONÇALVES, Carlos Roberto, **direito civil brasileiro**, v. IV, 7 ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p.295

59 Idem.

60 SARAIVA, Paulo Lobo. **O advogado não pede advoga**. 2 ed. São Paulo. Icone. 2006. P.16

Muito se discute sobre a origem da advocacia e sobre a sua importância na nossa sociedade, para muitos autores a advocacia teve o seu embrião na Grécia antiga com a figura dos oradores, que eram pessoas com notória capacidade retórica que em seus discursos muitas vezes defendiam os interesses de uma determinada pessoa.

Porém a mencionada figura na Grécia antiga não configurava uma atividade que fosse exercida de forma profissional, o que só ocorreu em Roma influenciada pelo modelo grego. A advocacia nasceu com uma função nobre em que o advogado não era pagamento, somente honorarias⁶².

Um importante marco no desenvolvimento da advocacia foi a sua profissionalização que segundo os historiadores aconteceu durante o reinado de Justiniano I, com a previsão ainda primitiva do que seriam direitos e deveres dos advogados, foi também nessa época que foi criada a orda, apontada como a origem da ordem dos advogados, que diferenciava a inscrição dos advogados das outras profissões⁶³.

Depois de apontar a origem histórica da profissionalização da advocacia e fundamental abordar o início da sua regulamentação que ocorreu no século XIII, com o advento da ordenança francesa do rei São Luís, aonde foram estabelecidos requisitos para que pudessem exercer a advocacia⁶⁴.

Enquanto que no Brasil colônia era aplicada a legislação da metrópole portuguesa, porém é preciso destacar que a parte referente aos requisitos para o exercício da profissão não eram aplicados de modo que não era obrigatória a formação acadêmica para o seu exercício. Importante destacar que o modelo centralizador de administração da metrópole, foi

61VIEIRA, Marco Aurélio Vicente. **Inviolabilidade de advogados não é privilégio**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2010-out-21/advogado-inviolavel-manifestacoes-juizo-fora-dele>> Acesso 21 de maio 2017

62 LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao Estatuto da advocacia**. Brasília. Brasília jurídica. 1994.p.20

63 MARTINS, João Paulo Nery do Passos. **O Advogado e a sua responsabilidade civil**. 2004. P.258

64Ibidem p.259

determinante para a inexistência de curso superior de direito no Brasil colônia, o que fazia que as pessoas mais abastardas procurassem o ensino superior em Coimbra⁶⁵.

A primeira tentativa de implementação de ensino superior no Brasil foi somente após a independência, através da criação de um projeto de lei em 1823, porém essa tentativa não logrou sucesso. Apenas em 1827 foram criados os primeiros cursos de formação Ciências Jurídicas e Sociais, sendo os dois primeiros em São Paulo e em Olinda, sendo um grande marco no desenvolvimento da advocacia no nosso país⁶⁶.

2.2. Conceito

Para o prosseguimento do nosso estudo é primordial o entendimento de determinados conceitos, sendo de vital a conceituação de advogado e da advocacia, para enfim abordamos a responsabilidade civil dos advogados.

A origem do termo advogado deriva do latim, no entendimento da melhor doutrina “ad- vogatus”, que seria aquele que é chamado para fazer a defesa, para estar junto na própria etimologia do termo, sendo o advogado é aquele que é chamado para defender determinada pessoa⁶⁷.

O advogado é essencial para o funcionamento da justiça, conforme previsto na nossa Constituição federal, não sendo apenas um postulante ou aquele que simplesmente deve fazer a defesa da parte, mas o seu papel vai além disso, sendo o advogado responsável por clarear o debate e facilitar que uma sentença justa seja proferida, sendo uma função primordial da advocacia a sua contribuição para uma melhor distribuição da justiça.

65 FIGUEIREDO, MaiaraCaliman Campos; GOMES, Janaína dos Santos. A origem dos cursos jurídicos no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12351. Acesso em 6 maio 2017.

66 FIGUEIREDO, MaiaraCaliman Campos; GOMES, Janaína dos Santos. Loc.cit

67 TAKEDA, Tatiane de Oliveira. A origem e missão do advogado. Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7667 Acesso em 7 de maio 2017

Segundo um entendimento objetivo o advogado é aquele que está inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, assevera ainda que o curso de direito não forma advogados, mas bacharéis de direito⁶⁸.

É importante ressaltar que o advogado exerce função fundamental para o funcionamento da justiça, conforme o previsto na Constituição Federal de 1988 “art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

2.3. Direitos e deveres do advogado

Após fazer uma breve introdução sobre a origem da advocacia e a sua conceituação, agora é necessário entrar na esfera dos direitos e deveres dos advogados, para compreensão acerca do exercício da profissão.

Começaremos falando sobre os deveres profissionais que o advogado tem que cumprir no exercício da profissão, o descumprimento desses deveres pode ocasionar responsabilidade, quando presentes os requisitos. Sendo fundamental ressaltar que independente da natureza da relação existente entre cliente e advogado, este terá deveres.

Os deveres dos advogados estão previstos na legislação específica, sendo necessário exame do artigo 2 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que diz:

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;

⁶⁸AMIN, Luciano de oliveira. O exame de ordem à luz da Constituição Federal. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19623/o-exame-de-ordem-a-luz-da-constituicao-federal> Acesso em 7 de maio 2017

- 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.

É fundamental citar que segundo João Paulo Nery Martins os deveres que os advogados devem obedecer podem ser divididos em dever de diligência, prudência, informação e conselho⁶⁹.

Segundo a doutrina majoritária os deveres dos advogados devem ser classificados em principais e acessórios. Para o autor o principal dever do advogado é o de aplicar a “lexartis”, que seria agir de modo igual agiria caso o direito fosse dele mesmo, usando todos os procedimentos cabíveis para a finalidade pretendida⁷⁰.

O advogado deve então agir com total empenho para o sucesso na lide, devendo a sua conduta seguir um padrão. A responsabilidade do advogado também depende da natureza da obrigação assumida, estando em casos de obrigação de resultado atrelada ao simples não alcance do resultado desejado, de modo que o advogado responde mesmo que não tiver

⁶⁹MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. **O advogado e a sua responsabilidade civil**. 2004, p.293

⁷⁰ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo. Editora LTr. 2014, p.18.

faltado com o seu dever. Enquanto que na obrigação de meio o adimplemento dos seus deveres desobriga o advogado⁷¹.

Devemos ressaltar que os advogados na maioria dos casos assumem obrigações de meio, de forma que o cumprimento dos procedimentos indicados para a defesa dos interesses do cliente, independente do resultado alcançado, isenta o mandatário de responsabilidade, devendo o exame ser feito nesse casos com base no cumprimento da já explicada “Lex Artis”. Cabendo ao advogado manter o cliente informado sobre os atos processuais e quaisquer outros acontecimentos relacionados ao processo que possam interferir no alcance do seu interesse, cumprir o dever de diligência, sendo esse a satisfação de todos os procedimentos necessários, agir com cautela e empenho para o alcance do objetivo⁷².

Além dos deveres principais que foram citados, os advogados também possuem outros deveres advindos do princípio da boa-fé, conforme exposto por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷³:

“A boa fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar⁷⁴”

71 MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo. Editora LTr. 2014, p.19

72 Idem.

73 CARVALHO, Breno Tessinari de. A boa-fé objetiva impõe deveres anexos aos negócios jurídicos, ainda que não haja previsão expressa das partes? Disponível em <<https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos>> Acesso em 4 maio 2017.

74 CARVALHO, Breno Tessinari de. A boa-fé objetiva impõe deveres anexos aos negócios jurídicos, ainda que não haja previsão expressa das partes? Disponível em <<https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos>> Acesso em 4 maio 2017.

Segundo a doutrina mais razoável as obrigações principais dependem da natureza da lide e para o desenvolvimento indicado desse deveres principais é necessário o cumprimento de obrigações anexas, sendo o adimplemento desses obrigações laterais tão importante quanto as principais, tendo em vista que se estas não serão cumpridas sem a satisfação das obrigações laterais, o seu descumprimento pode gerar o dever de indenizar do advogado⁷⁵.

Importante frisar que os chamados deveres anexos ou laterais, não costumam estarem presentes nos contratos entre o mandatário e o cliente, o que gera divergência doutrinária sobre a natureza da responsabilidade do advogado oriunda do descumprimento de dever anexo ao principal. Segundo aqueles que defendem a natureza contratual dessa responsabilidade, pelos deveres estarem presentes na lei e as demais previsões estarem no contrato, a da obrigação deve ser contratual. Enquanto para a segunda corrente na grande maioria dos casos os deveres anexos não estriam presentes nos contratos, portanto a responsabilidade do advogado nesses casos deveria ser contratual⁷⁶.

A legislação não apresenta uma lista que reúna todos os deveres anexos em um mesmo local, de forma que esse deveres estão espalhados pela nossa legislação e devem ser cumpridos.

Os advogados gozam de direitos inerentes ao exercício da profissão, na nossa legislação estão previstos no Estatuto da advocacia e da OAB de 1994 no seu artigo 7, sendo os de maior destaque o de exercer com liberdade a profissão em todo território nacional, o direito de comunica-se pessoalmente e de forma reservada com o seu cliente e a inviolabilidade.

É importante fazer breves comentários sobre a boa-fé, sendo que a boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva, sendo a última relacionada ao agir dentro de um padrão de comportamento que deve ser pautado na probidade e na lealdade, sendo vedado o comportamento contraditório. Enquanto que a boa-fé subjetiva está ligada a questões internas do indivíduo, como o desconhecimento de algum defeito do negócio jurídico⁷⁷.

75 MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo. Editora LTr. 2014, p.21.

76 Idem.

Devemos destacar o enunciado de n. 24 do Conselho da Justiça Federal que prevê “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. De modo que o entendimento pacificado é que o desrespeito dos deveres anexos caracteriza o inadimplemento da obrigação⁷⁸.

Enquanto o enunciado de n. 363 do Conselho de Justiça Federal prevê que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.” de forma que fica evidente a obrigatoriedade da observância da probidade e da confiança que sub- princípios da boa-fé⁷⁹.

Por fim em relação a outros deveres que devem ser respeitados também podemos citar o dever de informação, o dever de seguir as instruções e o de restituir os documentos.

2.4. A advocacia com atividade de meio

Conforme foi citado anteriormente a advocacia em regra caracteriza atividade de meio, porém se faz necessária uma maior exposição acerca do tema, para uma melhor compreensão da natureza dessa atividade.

O advogado em regra não incorpora a obrigação de obter sucesso na demanda, sendo as obrigações oriundas da advocacia de meio, assim como também é a obrigação na seara médica. Conforme podemos observar no pensamento de Silvio de Salvo Venosa:

O advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeita às vicissitudes intrínsecas ao processo. Sua negligência ou imperícia pode traduzir-se em várias de várias formas. A ineficiência de sua atuação deve ser apurada no caso

77SANCHES, Antonio. O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ/SP e do STJ. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230978,51045-O+princípio+da+boafe+objetiva+e+a+violacao+positiva+do+contrato+na>> Acesso 6 maio 2017.

78MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo. Editora LTr. 2014, p.22.

79Idem.

concreto. O que se repreende é o erro grosseiro, inescusável no profissional. Isto se aplica a qualquer ramo profissional⁸⁰.

Devemos deixar que sendo a responsabilidade do advogado em regra de meio e não de resultado a simples perda do litígio não gera dever de indenizar por parte do mandatário, de forma que é necessário a caracterização de dolo ou culpa por parte desse, na forma prevista no artigo 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, devendo o advogado cumprir os seus deveres, que já foram abordados anteriormente.

Sobre a advocacia com obrigação de meio, Fábio Ulhoa Coelho assevera:

“É necessariamente de meio a obrigação profissional do advogado. Quando atua na advocacia contenciosa, não tem como comprometer-se a obter o resultado da demanda favorável ao cliente. Por maior que seja a tendência do julgamento num sentido, não há garantia absoluta de vitória em nenhuma contenda judicial. Se advogado consultivo, também não tem obrigação de resultado: caso seu parecer não prevaleça, ele não pode ser responsabilizado. Obriga-se, na verdade, a empenhar-se na defesa em juízo dos interesses de seus clientes ou no estudo aprofundado da questão que lhe é submetida.”⁸¹

A jurisprudência segue o posicionamento que em regra a responsabilidade do advogado é de meio, devendo o mandatário não ser responsabilizado apenas por não alcançar o resultado esperado, de modo que tem que haver erro grosseiro ou inescusável, conforme o acordo abaixo;

TJ-RJ - APELAÇÃO APL 03498554720128190001 RIO DE JANEIRO
CAPITAL 6 VARA CIVEL (TJ-RJ)

Data de publicação: 19/07/2016

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM FACE DE **ADVOGADA**, PROFISSIONAL LIBERAL CONTRATADA PARA PATROCINAR O AUTOR EM PROCESSO CRIMINAL DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. SENTENÇA DE IMPRO-

80VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – **Responsabilidade Civil**. 4 Ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 216.

81 *ULHOA, Fabio. Curso de direito civil, direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo. Saraiva 2002, pág. 606

CEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. DANO MATERIAL E MORAL NÃO COMPROVADOS. A OBRIGAÇÃO DO ADVOGADO É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO, RESPONDENDO, PORTANTO, POR DOLO E CULPA. INTELIGÊNCIA DO ART. 312 DO ESTATUTO DA OAB. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.⁸²

Por mais que a doutrina seja uníssona quanto à responsabilidade de meio dos advogados com regra, não podemos deixar de destacar que em determinados casos, a responsabilidade incide sobre o resultado.

2.5. A advocacia como atividade de resultado.

Para um entendimento completa sobre a natureza da responsabilidade dos advogados é preciso ressaltar a possibilidade do dever de indenizar ser gerador pelo não alcance do resultado esperado.

Em determinadas situações de atuação do advogado a atividade realizada será de resultado, como em casos em que o advogado se compromete a entrega de um determinado resultado, como na elaboração de um contrato ou de um parecer. Diversos tribunais trazem julgados nesse sentido como o abaixo em que o advogado promete o resultado final, de modo que o profissional fica obrigado a entregar o resultado.

TJ-RS - Apelação Cível AC 70053294385 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 21/05/2013

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. PUBLICIDADE ENGANOSA. OBRIGAÇÃO DO ADVOGADO. GARANTIA DE RESULTADO. DESNATURA A OBRIGAÇÃO DE MEIO DO PROFISSIONAL QUANDO HÁ PROMESSA DE RESULTADO FINAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESÍDIA DEMONSTRADA NO CASO VERTENTE. TÁTICA DE DEFESA DOS INTERESSES DO CLIENTE QUE NÃO SE COADUNA COM OS ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS DA AÇÃO REVISIONAL PROPOSTA. DANO MORAL CONFIGURADO NA ESPÉCIE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A quantificação da indenização a título de dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom

⁸²Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=OBRIGAÇÃO+DO+ADVOGADO+É+DE+MEIO+E+NÃO+DE+RESULTADO&p=2>> Acesso em 18 maio 2017.

senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização. Apelo e recurso adesivo desprovidos. (Apelação Cível Nº 70053294385, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 15/05/2013)⁸³

Sobre a advocacia como atividade de resultado Silvio Venosa assevera:

“No entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado, características de sua atuação extrajudicial. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado.⁸⁴”

De qualquer forma é preciso ressaltar que em regra a responsabilidade do advogado será de meio e não de resultado, sendo esta última aplicada apenas em determinados casos, conforme os apresentados nesse capítulo.

2.6.A responsabilidade civil do Advogado e da sociedade de advogados

Para a análise da responsabilidade dos advogados devemos partir do ponto que no exercício da advocacia, o advogado atua de diversas modos, podendo atuar de forma liberal, como advogado empregado ou como membro de uma sociedade de advogados.

Independente do fato do advogado atuar como profissional liberal ou não, o mesmo fica subordinado ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, se sujeitando também a regime próprio quando for o caso, conforme previsto no estatuto da advocacia e da OAB(lei 8906/94):

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

83Disponível em<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Obrigação+de+resultado+do+advogado&p=2>> Acesso em 22 de novembro 2017

84Venosa, Silvio. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p.270

Seja qual for a forma de exercício da advocacia, o advogado deverá responder pelos seus atos por dolo ou culpa, deixando claro a regra geral de responsabilidade subjetiva, conforme o previsto no artigo 32 do Estatuto da advocacia e da OAB.

É necessário para a abordagem da matéria que tratar da figura conhecida como sociedade de advogados, segundo o ordenamento jurídico brasileiro esta é uma pessoa jurídica de direito privado, por mais que para que a sua atividade seja desenvolvida é fundamental o exercício individual do advogado, no artigo 15 do Estatuto da advocacia e da OAB podemos observar a previsão legal da possibilidade de formação de sociedade de advogados

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no Regulamento Geral.

§ 1º A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

As sociedades de advogados geralmente são formadas com o objetivo de prestar serviços, em relação a essa figura a obrigação oriunda normalmente por meio de contrato recai sobre a sociedade, podendo recair subsidiariamente sobre os membros da sociedade de advogados, conforme o previsto no artigo 17 do Estatuto da advocacia e da OAB “ Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.”

O autor Paulo Luiz Neto Lôbo assevera que a responsabilidade do sócio pelos danos ocasionados por membro da sociedade, por advogado empregado ou pela sociedade como um todo, sendo por ação ou omissão será ilimitada, subsidiária e solidária⁸⁵.

⁸⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p.96

É importante salientar que essas sociedades não são constituídas com cunho empresarial, tendo em vista que são formadas por advogados, sendo estes seus membros e apresentando como objetivo a prestação de serviço de natureza intelectual⁸⁶.

Não seria possível passar sobre essa matéria sem destacar o questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), o CDC pode incidir na responsabilidade dos advogados, uma vez que não trata-se de uma lei que possa ser afastada, devendo ser aplicada sempre que ficar caracterizada a relação de consumo.

Para o mesmo o Código de Defesa do Consumidor deve predominar em relação a outros dispositivos legais em relação ao que trazer de inovação, tendo em vista que é a lei específica que regula as relações de consumo, devemos mencionar que segundo o Código de Defesa Consumidor sempre que outra lei aplicável for mais benéfica que o presente dispositivo poderá ser aplicada em detrimento do CDC, conforme previsão legal:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

A posição destacada não predomina para a jurisprudência, sendo claro entendimento do Superior Tribunal de Justiça prezando pela inaplicabilidade do CDC, pois mesmo que mesmo que a advocacia caracterize uma modo de prestação de serviço, o exercício da advocacia deve ser regulado pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, conforme mostra o recente recurso especial:

AGINT no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 895.899 - SP (2016/0086063-2)

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. PRECEDENTES. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. MATÉRIA QUE DEMANDA

86MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo. Editora LTr.2014, p.154

REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor - CDC não é aplicável às relações contratuais entre clientes e advogados, as quais são regidas pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94. Precedente⁸⁷

2.7. Pressupostos da responsabilidade civil do advogado

Anteriormente já abordamos os pressupostos da responsabilidade civil, agora se faz necessário fazer uma nova abordagem dos requisitos com ênfase na responsabilidade dos advogados.

Como já verificado para que haja a responsabilização é necessário a presença dos pressupostos, sendo ação ou omissão culposa do advogado, o nexo de causalidade entre o dano ocasionado e a conduta do advogado e por último o dano.

Em relação conduta do agente, que pode ser uma ação ou uma omissão, havendo em regra a necessidade de culpa, não temos mudanças significativas em relação a esse requisito. Ao analisar a necessidade de culpa devemos ressaltar que segundo José de Aguiar Dias o dano é indenizável mesmo que a culpa do advogado seja considerada leve⁸⁸.

O nexo de causalidade não apresenta diferenças sensíveis da responsabilidade dos advogados para a responsabilidade civil em geral, devendo ser analisada com base nas correntes apresentadas no capítulo anterior. Em relação ao dano também cabem os comentários feitos anteriormente de modo que a existência do dano é pressuposto necessário para que haja indenização.

87BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AGINT no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 895.899 – SP. Relator: Luís Felipe Salomão. Disponível em <https://brasil.mylex.net/jurisprudencia/stj-agint-em-resp-demanda-possibilidade-cdcnbspas-decorrentes_11598.html> Acesso em 23 maio 2017

88 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2006, p.424

Aproveitando o ensejo vamos abordar a possibilidade da inversão do ônus da prova na responsabilização do advogado, como já sabemos em regra a responsabilidade do advogado é subjetiva, havendo a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para a responsabilização deste⁸⁹.

Para complementar a questão da inversão do ônus da prova é preciso voltar incidência do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade dos advogados, lembrando que a maior parte de jurisprudência defende a inaplicabilidade do CDC nessas ações, porém como parte relevante da doutrina menciona a possibilidade iremos destacá-la, conforme o mencionado dispositivo no seu artigo abaixo:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Cabe ressaltar que na hipótese de aplicação do CDC como verificamos no texto legal, é tarefa do juiz verificar no caso concreto se deve ou não ocorrer a inversão do ônus da prova, sendo essa decisão interlocutória fundamental para o transcorrer do processo.

Conforme já mencionado nesse trabalho a obrigação do advogado pode ser de meio ou de resultado, nos casos que a responsabilidade for desta, pode ser admitida a possibilidade de dispensar a comprovação de culpa no sentido genérico, pois o advogado nesse caso responde pelo não alcance do resultado desejado.

CAPÍTULO 3: A PERDA DE UMA CHANCE

3.1 A origem e noções gerais

89 MARTINS, João Paulo Nery do Passos. **O Advogado e a sua responsabilidade civil**. 2004. P.259

Após abordarmos as noções gerais sobre o instituto da responsabilidade civil e sobre a responsabilidade dos advogados, se faz necessário para a compreensão do nosso tema central que um breve resumo histórico sobre a origem da teoria da perda de uma chance.

Nosso país por mais que seja atualmente boa a aceitação sobre a perda de uma chance, mesmo que uma parte da doutrina seja oposta a sua aplicação como será abordado mais para frente, o estudo do tema ainda é pouco explorado, começaremos esse capítulo abordando os primórdios da mencionada teoria.

Com a constante evolução das sociedades o instituto da responsabilidade civil sofreu diversas modificações, se adaptando as novas necessidades. Esse fenômeno ocorreu em um contexto de crescimento das atividades industriais, o que levou a objetivação da responsabilidade, tendo em vista que nesse cenário de massificação das relações, era mais complicado a prova da culpa, que dificultaria a reparação do dano⁹⁰.

Essa mudança é notada na alteração do paradigma da responsabilidade civil, pois antes estava estreitamente relacionada a persecução da culpa do agente que ocasionou o dano e nesse segundo momento passa a ter como prioridade o ressarcimento da vítima do dano⁹¹.

Com os acontecimentos destacados, muitas alterações no instituto da responsabilidade civil puderam ser notadas, como o alargamento do que seria um dano suscetível a reparação, de modo que fatos dotados de incerteza começaram a ser objeto de reparação, mesmo que timidamente⁹².

É evidente a mudança de paradigma no sentido de que antes apenas os danos considerados diretos e tangíveis poderiam ser ressarcidos e após o desenvolvimento de uma sociedade massificada, passamos a aceitar a reparação de danos intangíveis e que tratem de expectativas. Atualmente é impensável que apenas os danos que sejam oriundos de certeza

90AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.56.

91Idem.

92Idem.

possam ser objeto de indenização, tendo em vista que a sociedade atual é dotada de incertezas, de forma que isso influencia no instituto da responsabilidade civil, sem que cause insegurança jurídica⁹³.

Antes de abordar o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance na França, que é o seu berço, devemos destacar o estudo realizado por Giovanni Pacchioni, professor da Universidade de Milão, esse trabalho foi realizado no início da década de 40, ao analisar exemplos recorrentes na doutrina francesa, que foi o embrião da mencionada teoria, questionou sobre o que ocorreria caso o agente causasse dano de forma culposa, assim frustrando a possibilidade da vítima obter lucro⁹⁴.

Nesse estudo foram analisados 3 principais casos, de modo que todos tratavam de danos que não gozavam de certeza, sendo o primeiro de um jôquei que deveria competir com determinado cavalo e não chega a tempo de competir. O segundo caso analisado é o de um pintor que envia um quadro de sua autoria para uma exposição, porém por culpa do serviço de transporte a obra de arte é seriamente danificada, de forma que não pode participar do evento, frustrando uma possibilidade de venda do quadro. Enquanto que no último exemplo um advogado deixa interpor o recurso de apelação no prazo legal, usurpando do cliente a possibilidade de obter a reforma da sentença⁹⁵.

No pensamento do autor nos casos abordados mesmo não havendo um dano certo, as vítimas tiveram a sua chance de obter um resultado favorável eliminadas, de forma que sofreram um dano que é incerto. Para o mesmo há uma certa dúvida sobre a existência de interesse jurídico nos casos abordados, pois o dano não era certo, dessa forma o autor defendia a corrente que o dano fundado na incerteza não era indenizável, mesmo que a perda da possibilidade tivesse a sua importância⁹⁶.

93 AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.57

94 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.6

95 Ibidem, p.7

96 SAVI, Sérgio. 2009. loc.cit.

Um outro doutrinador teve uma participação fundamental para o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance, sendo este Adriano de Cupis, ao analisar os casos abordados por Pacchioni, o mesmo chegou à conclusão que a chance perdida de um dano independente do resultado que seria alcançado, o seu pensamento clareou o entendimento sobre os mencionados casos. Para autor nos casos apresentados não era possível definir se o resultado seria favorável, se não tivesse presente a ação ou omissão que subtraiu qualquer chance da vítima alcançar o resultado esperado, de forma que a simples perda da possibilidade de obter uma vantagem, já seria passível de ressarcimento⁹⁷.

Ao utilizarmos o termo chance é fundamental observar que a reparação nos mencionado casos seria gerada pela perda da possibilidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo, apresentando nessa visão um pecuniário, deixando evidente o seu teor patrimonial.

Também devemos ressaltar a importante ajuda de Maurizio Bocchiola que trouxe para o debate considerações fundamentais em relação a prova do dano ocasionado e sobre a classificação do chance perdida como dano emergente ou lucro cessante⁹⁸.

Cabe destacar que mesmo com os estudos trazidos pelos mencionados doutrinadores acerca da perda de uma chance a Corte de Cassação italiana, apenas foi julgar procedente pela perda de uma chance pela primeira vez em meados da década de 80.

Na França que é tida como o berço da teoria da “perte d’une chance”, podemos observar o uso da mencionada teoria desde a década de 60, sendo aplicada com primazia na seara médica. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram anuir com a chance de indenização oriunda de danos eventuais, sendo estes decorrentes de inadimplemento de obrigações por parte do agente causador do dano⁹⁹.

97 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.10

98 AMARAL, Ana Cláudia Corrêza Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.58.

99 Ibidem, p.59.

Nessa perspectiva já pode ser observado a inclinação para a reparação da chance perdida, o que não acontecia anteriormente, havendo a possibilidade de indenização pela perda da oportunidade por parte da vítima, deixando essa de concorrer para obtenção de um lucro¹⁰⁰.

É preciso voltar um pouco para deixar claro que o instituto da responsabilidade civil deve estar em consonância com o desenvolvimento da sociedade, onde ocorrem acontecimentos imprevisíveis, de forma que o direito não pode responder apenas a certeza, pois isso abriria uma grande lacuna, desse modo o direito deve ser efetivo mesmo quando tratar de uma hipótese dotada incerteza¹⁰¹.

Cabe asseverar que na hipótese de certeza que a possibilidade de obter o resultado mais favorável de fato ocorreria, o dano seria certo, de modo que a vítima, poderia ser reparada no valor correspondente ao total do prejuízo. E caso se tivesse a certeza de que a possibilidade favorável a vítima não ocorreria mesmo sem a interferência da ação ou omissão do agente ofensor, não haveria o que ser reparado. O que temos na perda da chance é a subtração da possibilidade da vítima de alcançar um lucro ou de evitar um prejuízo¹⁰².

Ao analisar o ordenamento jurídico pátrio, não é possível encontrar previsão expressa da aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto. Porém tal fato não significa que a perda de uma chance não possa ser aplicada, sendo notável que grande parte da doutrina acerca da responsabilidade civil é favorável a caracterização do dano indenizável pela perda da chance, também vemos a jurisprudência adotando a mesma linha¹⁰³.

Podemos verificar que partindo da análise conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil(lei 10.406/2002) segundo parte da doutrina fica evidente a preocupação do legislado de

100AMARAL, Ana Cláudia CorrâZuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.59

101Ibidem, p.60.

102 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.6

103AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, 2015.loc.cit.

expansão das hipóteses de danos reparáveis, com base na chamadas cláusulas gerais de responsabilidade¹⁰⁴.

As cláusulas gerais são normas com objetivos indeterminados, sendo uma norma aberta, sendo um dispositivo legal que apresenta valores que devem ser preenchidos de acordo com o contexto, no caso da responsabilidade civil deve ser interpretado de modo a atender as novas necessidades, para assim evite que os danos fiquem sem reparação¹⁰⁵.

Nesse início de trabalho abordamos a origem do dano pela perda da chance e um breve panorama sobre o que seria em si esse dano, sempre necessário agora entrar em um outro momento dessa exposição.

3.2. Natureza jurídica

Posteriormente as noções gerais abordadas nos capítulos anteriores é necessário para o desenvolvimento do nosso tema central que é a responsabilidade civil do advogado pela perda da chance, que seja estudada a natureza jurídica da perda chance.

Conforme abordado a teoria da perda de uma chance, oriunda da doutrina francesa, visa a responsabilização do agente causador do dano em casos que não é possível afirmar, que na hipótese de que não houvesse a ação do agressor a vítima teria logrado um resultado mais favorável ou mesmo de evitar a ocorrência de um prejuízo.

No entendimento de Lissiane Lazzari Pietroski em um contexto de constantes mudanças cresceu o pensamento na doutrina de que o dano não poderia ficar sem reparação, pois na nova diretriz da responsabilidade civil é inconcebível que recaia somente sobre a vítima os ônus do prejuízo causado pela conduta do agressor, tendo em vista que ocorreu uma mudança de paradigma na responsabilidade civil em que o foco passou da persecução da

104Idem.

105BRAGA, Fernanda. **Qual a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado?** Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/959725/qual-a-diferenca-entre-clausula-geral-e-conceito-juridico-indeterminado-fernanda-braga>> Acesso em 15 jun. 2017.

culpa para a reparação do dano. Nesse contexto a teoria da perda de uma chance ganhou espaço¹⁰⁶.

O doutrinador Sérgio Savi cita o filme *Minority Report*, de Steven Spielberg, em que a incerteza é abordada, no filme de ficção em uma data futura o governo dos Estados Unidos implementa um sistema de prevenção de homicídios, em que por meio de uma avançada tecnologia, a polícia seria capaz de prevê a ocorrência de um crime antes mesmo da sua materialização, através da captura da intenção de praticar o homicídio, de forma que o crime não chegava a ser consumado¹⁰⁷.

Na mencionada obra o personagem principal, passa a por em dúvida a precisão do sistema, após o mesmo prevê que o personagem mataria um homem em pouco mais que 24 horas. Dessa forma o personagem interpretado pelo ator Tom Cruise passou a tentar prova que a ocorrência de fatos futuros não gozam de total certeza¹⁰⁸.

Segundo Sérgio Savi assim como no filme de ficção de Steve Spielberg no mundo fático, não podemos afirmar que um fato que não ocorreu certamente irá acontecer. Esse pensamento é aplicado em casos concretos, tendo em vista que seria irresponsável impor certeza ao fato futuro¹⁰⁹.

Diversas são as fontes que dizem que o dano para ser indenizável deve ser certo e atual, porém como demonstrado esse pensamento pode ser relativizado, nesse sentido Anderson Schreiber assevera:

Tal segurança, a rigor, nunca existiu. A reparação do dano é, por definição, o fruto de um exercício de imaginação. Como já advertia a melhor doutrina alemã, "o acontecimento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos", de modo que se

106 PIETROSKI, LisianeLazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 55.

107 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.1

108 Ibidem., p.10.

109 idem.

torna dever do responsável "provocar um novo estado de coisas que se aproxime o mais possível da situação frustrada", isto é, daquela situação que "segundo os cálculos da experiência humana e as leis da probabilidade, seria a existente (e que é, portanto, irreal)". Todo o esforço da responsabilidade civil consiste em tentar recolocar a vítima numa situação em que ela não mais se encontra, mas na qual presumidamente se encontraria não fosse o evento danoso. (...) De certo modo, portanto, o juízo de responsabilização é sempre centrado sobre um juízo hipotético futuro. A certeza que se persegue na responsabilidade civil não é certeza de fato, pois "a certeza não é deste mundo. Geralmente, o chamado dano certo é aquele que é muito provável, tão provável que merece ser tomado em consideração"¹¹⁰

É notória a grande dificuldade da doutrina de determinar a natureza jurídica da perda de uma chance. Diversos são os autores que se aventuram nessa missão alguns a apontam como dano patrimonial emergente. Em um primeiro momento vamos distinguir os lucros cessantes da perda de uma chance.

Se faz fundamental colocar como ponto central a análise do grau de possibilidade de ocorrência do resultado. Nos lucros cessantes a previsibilidade do resultado é elevada, sendo a vítima indenizada como se o resultado tivesse sido materializado, recebendo o valor integral que muito provavelmente iria aferir. Podemos utilizar como exemplo de lucros cessantes o caso do taxista¹¹¹ que deixa de trabalhar por alguns dias, devido a uma avaria causada no seu veículo de trabalho que o impossibilitou de exercer o seu ofício, desde modo é feito um levantamento do valor esperado com base na média da sua arrecadação, sem qualquer prejuízo dos danos emergentes referentes as despesas de conserto do carro¹¹².

Enquanto que na perda da chance o que é indenizável é a perda da possibilidade e não o resultado final que além de incerto, não apresentava uma probabilidade tão alta de ocorrer quanto nos casos de lucros cessantes. Devemos ressaltar que em casos de lucros cessantes a vítima também perde uma chance, mas a diferença está sobretudo no grau de probabilidade de

110SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 194.

111AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.129

112SCHREIBER, Anderson. op.cit. p.204.

obtenção do resultado caso o agente causador não tivesse não tivesse interrompido o transcorrer dos fatos com uma ação ou omissão¹¹³.

Ainda em relação ao grau de probabilidade de materialização do resultado devemos destacar que o dano hipotético se distingue dos lucros cessantes e da perda da chance na medida que a probabilidade de concretização do resultado final é baixa, sendo em alguns casos ínfima, dessa forma os danos hipotéticos não são indenizáveis¹¹⁴.

Segundo os ensinamentos Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral a natureza da perda de uma chance é de dano autônomo, apresentando características de dano patrimonial ou de dano moral, dependendo se o caso concreto tratar de matéria patrimonial ou extrapatrimonial, mas não deixando de ser uma espécie autônoma de dano¹¹⁵.

O autor Rafael Peteffi da Silva assevera que Fernando Noronha vai em uma linha diferente da doutrina francesa, ao deixar de lado a causalidade parcial e defender a natureza de dano autônomo e distinto dos demais¹¹⁶.

Não seria possível encerrar o assunto sem destacar a visão de Daniel Amaral Carnaúba, que traz uma linha de pensamento distinta dos demais doutrinadores, ao entender que a perda da chance seria antes de tudo uma técnica para a solução dos casos e não uma espécie de dano¹¹⁷.

CAPÍTULO 4- A EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE

4.1- A aplicação da perda de uma chance no direito pátrio

113Idem.

114idem.

115AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.136

116 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.194

117 CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método. 2013, p.12.

Após nos capítulos anteriores termos feito considerações iniciais sobre a responsabilidade civil, sobre a advocacia e sobre a perda de uma chance, podemos adentrar na aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização de advogados, para isso começaremos falando sobre como alguns doutrinadores receberam a aplicação da perda de uma chance no nosso direito.

Não há um grande acervo doutrinário sobre a questão, porém notórios doutrinadores já a abordaram, Carvalho Santos afirmar que em casos em que o profissional da advocacia deixa de interpor recurso cabível, não deve ocorrer a indenização, tendo em vista que não seria possível provar que na hipótese do recurso fosse interposto a sentença seria reformada.

Devemos destacar que diversos doutrinadores apontam em sentido diverso, podemos mencionar que Agostinho Alvim na década de 50 já previa a possibilidade do indivíduo que teve a sua chance subtraída ser indenizado em face do ato que impossibilitou o mesmo de ter a chance de alcançar um determinado resultado, o autor cita o exemplo dos cavalos de corrida e também a celebre hipótese do advogado que deixa de interpor o recurso, em sua obra Rafael Peteffi ressaltar que o mencionado doutrinador toca em um ponto que muitas vezes a doutrina não trata com a devida atenção, que é a quantificação do dano, o qual iremos destacar nesse trabalho ¹¹⁸.

Dentro da doutrina podemos observar que majoritariamente a aplicação da perda de uma chance na responsabilização dos advogados é aceita, para o prosseguimento do presente trabalho é necessário a abordagem da jurisprudência em relação ao tema.

4.1.1- A jurisprudência brasileira sobre aplicabilidade da perda de uma chance

Nesse ponto do presente trabalho iremos tratar da jurisprudência brasileira sobre a perda da chance, tendo em vista que a teria objeto do nosso estudo é relativamente recente, a jurisprudência começou a menciona-la apenas nas últimas décadas.

118 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.192.

Devemos lembrar que alguns Tribunais de Justiça começaram a aplicar a perda de uma chance em casos em que não era possível ter certeza de que o resultado esperado se confirmaria, em que era cabível a indenização pela supressão da possibilidade, dentre esses é fundamental destacar o Tribunal de Justiça do rio Grande Do Sul, principalmente os julgados do até então desembargador Ruy Rosado Júnior, como podemos vê no seguinte, em que o jurista menciona a perda de uma chance de modo pioneiro, mesmo entendendo que não se aplica ao caso¹¹⁹.

TJ-RS. Apelação Cível nº. 598069996

Data da publicação em 12/06/1990

EMENTA: CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, resultado névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance. (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 598069996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.)¹²⁰

No ano seguinte em outro julgado o referido jurista tratou mais especificamente do nosso objeto de estudo ao entender pela indenização pela perda da chance, em um caso que o advogado agiu com negligência, não informando a cliente sobre o extravio dos autos judiciais e nem sendo diligente em relação a sua necessária restauração, conforme pode ser observado:

TJ-RS - Apelação Cível AC 591064837 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 29/08/1991

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO Á SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR Á MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991)¹²¹

119 Ibidem, p.196.

120 Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>> Acesso em 7 de novembro 2017.

121 Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5434026/apelacao-civel-ac-591064837-rs-tjrs>> Acesso em 7 de novembro 2017.

Após julgados reconhecendo a aplicabilidade da perda de uma chance no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, outros Tribunais passaram a reconhecer a aplicação da teoria no direito pátrio. Segundo Rafael Peteffi em sua obra, com uma simples pesquisa jurisprudencial foi possível observar o referido instituto é utilizado com mais constância pelos Tribunais de Justiça dos estados localizados nas regiões Sul e Sudeste. Ainda é possível observar, que alguns tribunais estaduais se apresentam inertes, sem manifesta-se, porém não há correntes jurisprudenciais significativas contrárias ao reconhecimento do instituto¹²².

Também devemos falar sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação a perda de uma chance. Assim como nos outros tribunais esse instituto não era mencionado, porém com a nova perspectiva da responsabilidade em que a prioridade passou a ser a reparação do dano gerado, ganhou espaço a indenização em face de danos que não dotavam de certeza. Sendo assim no início da década de 90 podemos observar os primeiros acórdãos versando sobre o assunto. Para ilustrar o momento, é de suma importância destacar o conhecido julgado de 29 de Outubro de 1990, que teve como relator o Ministro Ilmar Galvão, em que a CIA. São Paulo de Distribuição e Combustíveis, pleiteava indenização pela perda da chance de concorrer em determinada licitação, alegando que a chance subtraída carregava valor econômico¹²³.

No seu voto o relator entendeu que o caso versava sobre mera expectativa de fato, pois a parte autora tinha apenas uma esperança de que pudesse vencer a licitação e assim instalar os postos de combustíveis de uma determinada via pública, conforme assevera Rafael Peteffi o voto do ilustre Ministro não é contrário a aplicação da perda de uma chance, conforme podemos verificar no seguinte trecho:

Por fim, esclareça-se, para melhor entendimento, que, ao avertar o despacho agravado a possibilidade de indenização de mera chance, quis referir hipótese em que essa chance, por si só, apresenta valor econômico, como é o caso do exercício do direito de ação. Como se sabe, não são raras as cessões de direito de

122 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.196.

123 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.198.

ação, o que demonstra que se trata de mera chance com valor econômico. Frustrada a chance de vencer, por culpa do advogado, é inegável que remanesce um direito de ressarcimento, que se restringe, entretanto, ao simples valor pago pela cessão, e não pelo resultado da causa. No caso dos autos, conforme se afirmou no despacho em referência, não ficou demonstrado que a mera possibilidade de concorrer na licitação dos postos, caso houvesse sido aberta, possuía algum valor econômico, razão pela qual não se pode sequer falar em indenização do direito de concorrer, o que é o mesmo dizer, em indenização de mera chance.¹²⁴

Desse modo em seu voto o ilustre Ministro relator não defendeu a inaplicabilidade da perda de uma chance no direito pátrio, mas apenas defendeu que a mera expectativa de fato, como era a oportunidade de concorrer em uma licitação, sendo o lucro hipotético, não poderia ser confundida com a perda de uma chance, e o conseqüente dever de indenizar pela perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um prejuízo, para Rafael Peteffi, o relator por mais que tenha adentrado de forma oportuna no tema, não distinguiu a mera expectativa da fato da chance perdida. Também é fundamental destacar que iremos adentrar mais adiante nos requisitos específicos para a aplicação da perda da chance, como a seriedade da chance perdida¹²⁵.

Ainda se faz necessário um outro importante caso na formação da jurisprudência do STJ, em que a Nutrição Comércio e Representações LTDA entrou com uma ação requerendo indenização, tendo em vista que enviou um representante, que levava amostras para participar de um certame, que seria realizado em outro estado, sendo que a empresa aérea extraviou a bagagem que continham a amostra, de modo que impossibilitou a parte autora de participar da licitação¹²⁶.

No mencionado caso a parte autora reivindicou indenização no valor do lucro total que obteria caso vencesse a licitação, argumentando que tinha os preços mais baixos e por isso deveria ganhar a licitação. Ao chegar ao STJ para o julgamento do Recurso Especial 57529, o

124 Ibidem, p.199.

125 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.199

126SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.88

relator do caso que era o ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior entendeu pela procedência do recurso, com a condenação da companhia aérea em até 20% (vinte por cento) do lucro líquido que autora da demanda alcançaria caso saísse vencedora da licitação, que não pode concorrer nas condições ideais devido ao dano causado pelo extravio da bagagem, havendo aplicação da teoria da perda de uma chance para a determinação da indenização. O entendimento que prevaleceu foi pela não aplicação da teoria da perda de uma chance nesse caso, porém ressaltando a que a referida teoria é aplicável no direito brasileiro, como evidente no voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“ Em primeiro plano, sem embargo de inexistência de norma positiva em nosso ordenamento positivo no que diz respeito a perda de uma chance, tenho igualmente como assente que tal reparação encontra-se compreendida no universo amplo do art. 159 do Código Civil.”

De forma indiscutível um caso clareou o entendimento do STJ sobre a perda de uma chance, sendo este o célebre “caso do Show do milhão” em que a corte optou pela aplicação da teoria no julgamento do recurso especial n. 788.459/BA, que será abordado com mais atenção mais adiante.

4.1.2- O Caso “Show do Milhão”

Não seria possível abordar a jurisprudência acerca da perda de uma chance sem analisar o caso do “show do milhão”, que trata-se do “Leading Case” do tema. Na ação a autora participou do programa de televisão que era transmitido no canal SBT e gozava de grande audiência. No quadro televisivo o candidato conforme fosse acertando as perguntas, iria aumentando o prêmio até alcançar a pergunta no valor de 1 milhão de reais em barras de ouro.

No dia 15 de junho de 2000 a participante Ana Lúcia de Serbeto de Freitas Matos, demonstrando grande conhecimento em diversas áreas respondeu corretamente todas as questões até alcançar a última pergunta, que poderia lhe garantir o prêmio máximo do programa, sendo necessário destacar que a candidata já tinha chegado ao total de R\$

500.000,00 (quinhentos mil reais), porém resolveu parar e ficar com o valor já alcançado por entender que a última questão não tinha uma resposta correta¹²⁷.

A pergunta final objeto de polêmica, questionava sobre o percentual do território brasileiro reservado pela Constituição federal de 88 aos índios, de acordo com a candidata, a mesma optou por não responder e assegurar os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), tendo em vista que não seria possível responder, pois a Constituição Federal não prevê um percentual expreso para demarcação de terras indígenas¹²⁸.

Devemos destacar que a defesa da BF Utilidades Domésticas LTDA argumentou que através da interpretação do artigo 231 da Constituição federal seria possível chegar a uma resposta, o mencionado dispositivo prevê:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

No julgamento em 1 instância, o argumento apresentado pela parte ré não gerou convencimento, tendo como fundamento a inexistência de resposta na forma que a questão foi formulada, a parte ré foi condenada ao pagamento de a parte ré foi condenada ao pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo este o valor máximo que poderia ser alcançado além do valor que já tinha aferido, resolvendo parar antes da última questão¹²⁹.

Inconformada com a sentença a BF Utilidades Domésticas entrou com apelação visando obter a reforma da mesma, porém a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, conforme podemos verificar:

127 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.78

128 Idem.

129 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.78

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA SOB ARGUMENTO DE COMPORTAR RESPOSTA A ÚLTIMA PERGUNTA FORMULADA À APELADA NO PROGRAMA DE TELEVISÃO DO SBT - "SHOW DO MILHÃO". ARGÜIÇÃO DE POSSIBILIDADE VERSUS PROBABILIDADE DO ACERTO DA QUESTÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DA APELANTE NO PAGAMENTO DO VALOR COMPLEMENTAR AO PRÊMIO (R\$ 500.000,00), À TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, COM BASE NO "CRITÉRIO DA PROBABILIDADE" DO ACERTO.

ARGÜIÇÃO DE CARÊNCIA DE PRÊMIO PORQUE NÃO VERIFICADA A CONDIÇÃO SUSPENSIVA COM ARRIMO NO ART. 118, DO CÓDIGO CIVIL/1916. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO.

CONSTATADA A IMPROPRIEDADE DA PERGUNTA EM RAZÃO DE APONTAR COMO FONTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO NA CARTA MAGNA DE PERCENTUAL RELATIVO A DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE O TERRITÓRIO BRASILEIRO.

EVIDENCIADA A MÁ FÊ DA APELANTE. CONDENAÇÃO EM REPARAÇÃO DE DANOS COM BASE NO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO¹³⁰.

A parte ré interpôs recurso especial, que foi julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a defesa argumentou que a autora da ação optou por parar no jogo sem responder a última questão, que era a “pergunta do milhão”, de modo que não é possível ter a certeza de que a participante por mais que tivesse demonstrado grande capacidade durante todo o programa de fato acertaria a pergunta, entendendo que caso houvesse a condenação deveria ser no valor equivalente a probabilidade de acertar a pergunta, sendo uma alternativa certa, dentre as quatro existente, de forma que a porcentagem seria de 25%(vinte e cinco por cento)¹³¹.

O STJ no julgamento do resp. 788.459/BA, a Turma deu provimento ao recurso interposto pela parte ré, de modo que a condenou ao pagamento de R\$ 125.000,00 (cento e

130 Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/21793/a-possibilidade-de-indenizacao-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/3>> acesso em 11 de novembro 2017

131 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.204

vinte e cinco mil reais) que é o equivalente a um quarto do valor máximo que poderia ser alcançado, que seria os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil) restantes¹³².

Esse julgamento foi um divisor de águas, tendo em vista que foi o primeiro caso de grande repercussão a considerar a perda de uma chance em si, como pode ser verificado no voto do Ministro Fernando Gonçalves:

“Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)”¹³³

Também é necessário fazer ressalvas principalmente em relação a quantificação do valor da indenização pela perda da chance, no caso apresentado o STJ conforme já mencionado condenou a parte ré ao pagamento de um quarto do valor máximo que poderia ser obtido, partindo da premissa que por ser uma questão múltipla escolha com quatro alternativas, em que uma correta seria correta, essa seria a chance da candidata de acertar a pergunta.

132 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. p.78

133 Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9>> Acesso em 12 de novembro 2017

O entendimento da corte não parece o mais indicado, pois ignora o fato da candidata ser conforme ficou evidente durante todo o programa uma pessoa com um conhecimento acima da média, de modo que a sua chance de acertar a questão seria majorada, e consequentemente o valor recebido também deveria, conforme afirmar Rafael Peteffi da Silva:

“O presente acórdão tem importância cabal, pois ratifica o entendimento do Tribunal com a responsabilidade de dar a última palavra em matéria civil infraconstitucional de aceitação da teoria da perda da chance. Apesar de a decisão ser digna de aplausos, acreditamos que a quantificação do dano poderia sofrer leve majoração. É forçoso admitir que, no caso em tela, qualquer pessoa, mesmo uma criança em tenra idade ou um amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a derradeira pergunta do programa televisivo. Como Aceitação da Teoria da Perda de uma Chance pelo Direito Brasileiro a vítima havia mostrado, durante o próprio programa, impressionante conhecimento enciclopédico, acreditamos que, mesmo levando em conta o elevado grau de complexidade da “pergunta do milhão”, a indenização poderia ter ficado um pouco acima dos 25% concedidos pelo julgamento final.”¹³⁴

O caso na analisado foi fundamental para a solidificação da jurisprudência do STJ, pois evidenciou a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito pátrio, para reparar subtração de uma oportunidade de obter um lucro ou evitar um prejuízo, firmando uma posição favorável a sua aplicação, desde que preenchidos os requisitos necessários.

4.2 – Pressupostos para a aplicação da perda de uma chance

Após a abordagem de como a doutrina e a jurisprudência se manifestam em relação a aceitação da aplicação da teoria da perda de uma chance na reponsabilidade civil, agora é necessário abordar os pressupostos para a sua aplicação, nesse capítulo não vamos passar pelos requisitos gerais que já foram destacados nesse trabalho, haverá o enfoque apenas em pressupostos que diferenciem a reparação do dano pela perda de uma chance, dos demais casos de responsabilidade civil.

¹³⁴ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.204

4.2.1- Chance real e séria

É muito comum encontrar na doutrina o posicionamento de que o dano indenizável tem que ser certo e atual, a princípio o dano considerado certo é aquele que sobre determinado fato preciso e não sobre uma hipótese e o atual é aquele que já ocorreu. Com a mudança de paradigma da responsabilidade civil o foco passou a ser que o dano não ficasse sem reparação, desse modo ficou evidente que nem todos os casos dotavam de certeza.

De acordo com Anderson Schreiber embasado na doutrina alemã a reparação do dano, é em sua essência um exercício de imaginação, segundo a qual a ocorrência do fato danoso corta o desenrolar natural dos fatos, de modo em que a reparação não busca reconstituir o estado anterior, mas aquele mais próximo da situação frustrada, ou seja, da situação projetada. Sendo assim a responsabilidade civil não colocaria o indivíduo na posição em que ele se encontra, mas naquela que provavelmente se encontraria¹³⁵.

Sendo assim para o mencionado doutrinador a responsabilidade civil sempre é pautada por um juízo hipotético futuro, de modo que a certeza utilizada, não é a certeza de fato. Portanto o dano certo é considerado o que possui um elevado grau de probabilidade.

Nesse novo contexto em que o enfoque da responsabilidade civil é a reparação, e que a certeza é vista com algo muito provável, a reparação pela perda de uma chance ganhou espaço, como já exposto anteriormente, nela a vítima é indenizada pela perda da chance de obter um lucro ou de evitar um prejuízo, desse modo a reparação não é decorrente de um dano ocorrido, mas da subtração de uma oportunidade.

A teoria da perda de uma chance como já vimos vem sendo aceita pelos tribunais do nosso país, sendo cada vez mais utilizada na responsabilidade civil, nessa nova perspectiva se faz necessário que a mencionado doutrina seja aplicada de forma correta, para isso é fundamental o estudo dos pressupostos necessários.

135 SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 194

Segundo Rafael Peteffi para avaliarmos a sua aplicação temos que partir do grau de certeza de que caso a chance não tivesse suprimida, seria sido obtido lucro ou determinado prejuízo seria evitado, pois não é qualquer chance perdida que pode ensejar uma indenização, de modo que só será indenizável, caso não seja uma mera esperança subjetiva¹³⁶.

Nessa esteira que entra a análise sobre a seriedade e a realidade da chance perdida, a teoria fonte do nosso objeto de estudo, como já exposto teve a sua origem França, onde os Tribunais observam esses dois aspectos para distinguir os danos potenciais e prováveis, que são indenizáveis dos danos hipotéticos ou meramente eventuais, que não devem ser objeto de reparação¹³⁷.

A doutrina Francesa que foi o berço da perda de uma chance, aceita a aplicação dessa teoria de forma bem abrangente, incidindo em diversos campos do direito, porém tem ressalvas em relação a casos em que a probabilidade de resultado favorável não são tão elevadas, o que vem influenciando a jurisprudência. Rafael Peteffi cita o caso da corretora de valores que administrou de forma fraudulenta o montante investido por um cliente, o entendimento que prevaleceu foi que mesmo com uma gestão correta, por se tratar o mercado de ações, de um meio instável, a chance perdida não era dotada de seriedade¹³⁸.

Os tribunais de origem Anglo-saxônica também apresentam a mesma preocupação de evitar que demandas meramente hipotéticas, virem objeto de reparação, como pode ser visto no caso *Hotson Vs Filtzgerald*, em que há a exigência da seriedade da oportunidade perdida, devendo a chance ser substancial para que seja indenizável, na decisão do caso a Corte asseverou que quando a chance for menor que 25 %(vinte e cinco por cento) a análise da seriedade da chance deve ser mais minuciosa, para que as ações de caráter especulativos não sejam incentivadas¹³⁹.

136 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.138

137 Idem.

138 Idem.

139 Idem.

Segundo Philippe Le Tourneau a análise da seriedade da chance perdida é uma questão de grau e não de natureza, de modo que seria precipitado tentar chegar a um resultado partindo de um conceito fechado de chance real e séria, sendo fundamental a análise de cada caso¹⁴⁰.

De acordo com Anderson Schreiber para entendermos a perda de uma chance é necessário dividir a sua análise em dois planos diferentes, sendo eles: a existência da perda e a quantificação da perda. No primeiro plano é verificada se a perda da chance foi séria e real, enquanto que no plano da quantificação da perda, é avaliada a qual seria a probabilidade de alcance do resultado desejado, para que posteriormente possa calcular um valor pela perda da chance de alcançá-lo. Essa distinção é fundamental no seu entendimento, tendo em vista que a perda da chance pode ser indenizável mesmo que não seja altamente provável, o doutrinador cita o exemplo do célebre caso do “Show do Milhão” em que mesmo o Superior Tribunal de Justiça entendendo que a chance de obter o resultado pretendido era de cerca de 25% (vinte e cinco por cento) a perda da oportunidade era reparável¹⁴¹.

Em relação aos casos em que a chance de alcance do resultado desejado é irrisória, o entendimento predominante é que o dano não é indenizável, como por exemplo em casos em que a vítima perde a chance de concorrer a loteria, sendo a sua probabilidade de ganhar é ínfima, de modo que não mereça tutela jurisdicional. No mencionado caso ocorre “tecnicamente” a perda da chance, porém não há o exercício da pretensão indenizatória¹⁴².

Também devemos ressaltar que para ficar caracterizada a perda de uma chance é preciso que esteja evidente o caráter palpável da chance, de modo que se não houvesse a ocorrência do ato que quebrou a sequência natural dos fatos a chance realmente existiria, como podemos no seguinte trecho:

140 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.139

141 SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 194

142 Idem.

“Para se falar em perda da chance, é preciso demonstrar que "está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico”, sendo de se provar, ainda, que "esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída”.¹⁴³ A chance perdida integraria a esfera jurídica da vítima, não fosse o fato gerador da responsabilidade.”¹⁴³

Podemos observar o caso citado pela doutrina em que o pecuarista perde o seu melhor bezerro devido a uma erro médico, no caso sendo indenizável a perda da chance, pois o bezerro estava inscrito e vinha fazendo uma boa preparação para o concurso. No mencionado caso entretanto não haveria dever de indenizar pela perda de uma chance de obter um rebanho de alta qualidade proveniente do bezerro. Segundo a doutrina as duas hipóteses diferem, pois na primeira já havia um processo em andamento, em que o simples transcorrer dos fatos geraria a oportunidade da ocorrência do resultado esperado, tendo em vista que o animal de boa procedência estava inscrito no concurso e fazia uma preparação adequada¹⁴⁴.

Já na segunda hipótese seria leviano afirmar que a oportunidade de geração de um rebanho de qualidade era uma consequência natural do desenrolar dos fatos, tendo em vista que dependeria de muitos fatores, como por exemplo a fertilidade do bezerro e a genética das fêmeas, sendo assim a perda seria hipotética e portanto não indenizável.

A jurisprudência nacional vêm tratando da seriedade das chances perdidas, o tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também foi pioneiro em relação a análise desse requisito. Abordando o tema em diversos acórdãos, como podemos observar na Apelação Cível n. 70001076986 de 2001, em que o autor aposentado por invalidez, devido a danos sofridos durante uma rebelião em um presídio, busca reparação baseada na perda de uma chance de obter promoções, tendo em vista que perdeu essa chance ao ter que se aposentar. No voto da Desembargadora Mara Larsen Chechi foi destacado a questão da seriedade da chance como requisito para que a perda da chance seja indenizável, como podemos verificar no trecho abaixo¹⁴⁵:

143 SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 197

144 Ibidem, p.198

145 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.221

É evidente que as chances, hipoteticamente perdidas, por Edinei, só podem ser consideradas no contexto do funcionalismo, já que a ação veio dirigida contra o Estado e não consta nenhum registro de que tivesse trabalhado em outra atividade privada, com possibilidade de ascensão. Assim, representaria simples exercício especulativo atribuir-lhe indenização por perda de chance na esfera privada, sem prova nesse sentido. Se do fato não resulta frustração de expectativa séria de evitar uma perda, não é possível conferir ao apelante Edinei a reparação correspondente.

A seriedade e a realidade são de acordo com a melhor doutrina requisitos para a aplicação da perda da chance, na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, foi elaborado o enunciado 443 que prevê.

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos¹⁴⁶.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça Também é evidente a preocupação com a seriedade e a realidade das chances perdidas, como podemos observar no trecho retirado no voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no Recurso Especial 1.079.185/MG:

É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas (REsp 965.758/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe 03/09/2008).¹⁴⁷

146 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.220

147 Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>> Acesso em 17 de novembro 2017

Desse modo o STJ preza pela distinção das chances séria e reais em relação a mera esperança subjetiva, apontando que só deve ser indenizável as chances que não dependerem de outros fatores alheios aos presentes no caso, de forma que a mencionada oportunidade não pode ser apenas um sonho da vítima, mas deve ser palpável. Sendo consideradas hipotéticas as chances que dependem de fatores alheios para se concretizar.

Ainda é necessário destacar que apenas as chances que realmente foram perdidas podem ser objeto de reparação, a doutrina cita o exemplo do apostador por algum motivo é privado de ter acesso ao bilhete de aposta, mas a lotérica lhe fornece uma 2 via, fica evidente que não houve a perda da oportunidade de concorrer ao prêmio. Também no Recurso Especial 1.079.185/ MG em que a parte requer a reparação pela perda da chance em face do advogado, porém a 3 turma entendeu que no referido caso não ficou caracterizada a perda da chance, tendo em vista que ainda havia meios para evitar a perda¹⁴⁸.

4.2.2- Quantificação

Após abordarmos a seriedade e a realidade das chances perdidas, chegou a hora de tratarmos de outro ponto substancial que é a questão da quantificação da reparação da perda de uma chance. Em um primeiro momento é preciso considerar que nesse caso não há a reparação pelo dano em si, mas pela perda da oportunidade de obter um resultado favorável ou de diminuir um prejuízo, tendo em vista que não existe a certeza de que o resultado iria se confirmar, sendo apenas uma oportunidade.

A doutrina aponta para o entendimento de que pelo fato de ser uma hipótese, mesmo que provável, a indenização deve ser inferior a que seria caso fosse sobre o dano em si. É destacável o posicionamento de que a indenização deve ser equivalente a probabilidade de obter o resultado esperado, caso não houvesse ocorrido o fato frustrou a oportunidade. Desse modo quando a probabilidade de consumação do resultado esperado for pequeno, o valor da indenização pela perda de uma chance deve ser proporcionalmente reduzida em relação ao

148 SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 197

valor total, enquanto que nos casos que tiverem uma alta probabilidade de sucesso a referida reparação deverá se aproximar do valor máximo. É bom ressaltar que na hipótese da chance seja ínfima a subtração da oportunidade não deve ser reparável¹⁴⁹.

É importante salientar que embora o valor da perda da chance seja autônomo em relação ao que seria o dano final, esse deve ser tomado como base, como explicita Rafael Peteffi, citando a doutrina francesa¹⁵⁰:

“Jean-Pierre Couturier, utilizando-se de um conceito matemático, ilustra com precisão o processo de quantificação na teoria da perda de uma chance ao afirmar que “a ‘função chance perdida’ é a derivada da ‘função vantagem esperada’, (dano final)” e varia conforme esta, mesmo mantendo a sua autonomia.”

A jurisprudência estadunidense de certa forma adota posição semelhante em relação a quantificação, como podemos observar no caso Falcon Vs Memorial Hospital, em que uma mulher entrou em óbito logo após o parto, em decorrência de uma embolia, a Suprema Corte de Michigan entendeu que o médico, não poderia prevê esse problema seguindo o procedimento padrão. Porém caso tivesse tomado as medidas adequadas quando o referido problema apareceu a vítima teria chances de sobreviver, que lhe foram subtraídas pela não utilização da técnica adequada. Sendo assim com base em uma estimativa de que 37.5% (trinta e sete e meio por cento) das pessoas que se encontram na situação semelhante a que a vítima estava sobrevivem caso sejam submetidas ao tratamento correto, desse modo a corte entendeu que o valor da indenização deveria ser o mencionado percentual em relação ao dano final¹⁵¹.

É relevante ressaltar que na jurisprudência estadunidense diferente da brasileira há diversos casos de reparação integral até mesmo em casos de perda de uma chance, tendo em vista que o nexo de causalidade entre a conduta e o dano final é menos rígida. Sendo assim algumas cortes entendem que uma possibilidade de 55% (cinquenta e cinco por cento)

149 Ibidem, p.201

150 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.144

151 Idem.

representa uma “conditio sine qua non”, ou seja, uma condição fundamental para a ocorrência do dano final¹⁵².

No sistema Common Law também há a previsão da chamada “conjunction”, na maioria dos casos ocorre um evento aleatório que modifica a situação, como por exemplo quando o advogado deixa de interpor um recurso, de modo que o cliente perde a chance de obter o resultado esperado. Já no mecanismo denominado de “conjunction” ocorre uma combinação de eventos aleatórios¹⁵³.

De acordo com Joseph King Jr. nesses casos podem ser utilizados ambos os eventos para calcular a probabilidade da chance, segundo o autor a jurisprudência estadunidense não justifica adequadamente a quantificação nessa situação. Ainda afirma que em casos que acontecem a combinação de eventos, fica evidente a notável diminuição da chance, que regride de forma exponencial, pois para calcular a probabilidade de ambos os eventos ocorrerem, deve ser a probabilidade do primeiro evento multiplicada pelo segundo evento, e caso haja outros eventos aleatórios também deveria ser multiplicada por todos.

O mencionado doutrinador cita o caso de um médico que ao observar o quadro clínico do paciente deixa de solicitar um exame médico que poderia detectar um câncer que só foi diagnosticado 1 ano e meio depois, quando o paciente já estava em estado terminal. Sendo relevante destacar que caso o exame tivesse sido realizado não era certo que a doença seria diagnosticada, devido ao local que o tumor se encontrava. Sendo assim para concluir a probabilidade da chance seria necessário multiplicar a chance do exame detectar o tumor pela probabilidade que o paciente teria de sobreviver caso tivesse recebido o tratamento quando a doença ainda estivesse em estágio inicial. A doutrina norte-americana costuma considerar como certa a ocorrência de um desses eventos aleatórios, quando chance for maior de que 90% (noventa por cento), de forma que não ficaria caracterizada a “conjunction”¹⁵⁴.

152 Ibidem, p. 145

153 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.144

154 Idem.

Para realizar a quantificação de forma adequada é preciso levar em consideração as condições específicas do caso concreto, pois cada caso é diferente do outro, apresentado as suas particularidades, a doutrina cita o exemplo do cavalo de corrida, que devido falhas no seu transporte, não é apresentado para a disputa nas suas melhores condições, sendo esse cavalo reconhecidamente acima da média a sua chance de vencer a corrida deveria ser maior que o dos demais, no caso apresentado em que há 10 cavalos na disputa, em uma probabilidade simples a sua chance de trinar seria de 10% (dez por cento), porém devido as suas qualidades deveria ser maior¹⁵⁵.

Parece simples o raciocínio de que caso o advogado deixe de interpor recurso que era cabível, o cliente tem subtraída a chance de alcançar um resultado mais favorável, de modo que a quantificação da chance perdida seria o equivalente a probabilidade de alcançar o resultado esperado, por exemplo se estatística diz que 70%(setenta por cento) dos casos semelhantes que são interpostos os mencionado recursos são providos, esse seria o percentual do dano final que a parte deveria receber. Porém caso haja o entendimento pacificado, com súmula do tribunal ad quem dirimindo a questão, a teoria da perda de uma chance não deve ser aplicada.¹⁵⁶

Como demonstrado a doutrina vêm fazendo grandes avanços em relação a indenização pela perda de uma chance, havendo o entendimento de alguns doutrinadores como por exemplo Sérgio Savi, que entendem que apenas é indenizável a perda da oportunidade quando a probabilidade de confirmação do resultado esperado era de pelo menos 50% (cinquenta por cento), porém o entendimento mais razoável é nesse casos é que tem que ser analisada a seriedade e a realidade das chances, com a probabilidade influenciando diretamente na quantificação.

5. Conclusão

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou um melhor entendimento sobre a perda de uma chance e sobre a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, com ênfase na

155 SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p. 202

156 SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009. P.227

responsabilidade dos advogados, sendo abordados diversos aspectos dessa figura essencial para o funcionamento da justiça.

A responsabilidade civil tradicionalmente foi pautada pela certeza, de modo que apenas os danos considerados certos poderiam ser objetos de reparação, porém pode ser observada uma mudança de paradigma nesse campo do direito, em que foco estava na persecução da culpa do agente e passou para a reparação do dano, de forma que nenhum dano deve ficar sem reparação. Sendo assim os danos incertos e intangíveis também podem ser objeto de indenização, ao contrário do que acontecia antes quando somente os danos certos e tangíveis poderiam ser objetos.

A perda de uma chance chegou a ser confundida com outros institutos da responsabilidade civil, mas pode ser diferenciada pelo grau de proporcionalidade, tendo em vista que nos lucros cessantes a possibilidade do fato se concretizar é altíssima, sendo “quase certa”, podemos citar como exemplo o caso do taxista que sofre uma avaria no seu carro de trabalho, ficando impedido de trabalhar por alguns dias, de forma que é possível pela sua média de ganho, traçar uma quantia que muito possivelmente ele lucraria, isso sem prejuízo dos danos emergentes.

Enquanto que nos danos hipotéticos a possibilidade é tão baixa que o dano não chega a ser indenizável, sendo muitas vezes ínfimo. Nesse ponto temos que fazer observações como destacado durante o trabalho alguns doutrinadores defendem que a perda de uma chance somente deve ser aplicada quando a possibilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento), porém o entendimento mais razoável é o que permite que a perda de chance com probabilidade menor que a referida seja objeto de reparação, desde que sejam sérias e reais, conforme a jurisprudência aponta.

Em um primeiro momento foram levantadas muitas dúvidas em relação à reparação pela perda de uma chance, porém diversos Tribunais trazem julgados favoráveis a sua aplicação, sendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pioneiro, sendo seguido por diversos tribunais estaduais, poucos tribunais não apresentaram um posicionamento relativo ao instituto, não sendo possível encontrar entendimento pacificado contrário a sua aplicação, apenas a favor, desde que preenchidos os requisitos.

É fundamental destacar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que já reconheceu a efetividade da perda de uma chance em diversos julgados, como foi destacado ao longo desse trabalho, sendo o de maior destaque o célebre “Caso do Show do milhão”.

Em relação à quantificação da indenização o entendimento predominante é que é precioso avaliar a probabilidade da chance para se chegar à indenização, sendo necessário analisar as individualidades de cada caso.

Dessa forma, a perda de uma chance já é aplicada na reparação em muitos campos inclusive na responsabilização dos advogados, evitando que muitas lesões fiquem sem a sua devida reparação. Sendo fundamental ressaltar que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência estão em um movimento de constante evolução.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015.

AMIN, Luciano de oliveira. **O exame de ordem à luz da Constituição Federal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19623/o-exame-de-ordem-a-luz-da-constituicao-federal> Acesso em 7 de maio 2017

BRAGA, Fernanda. **Qual a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado?** Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/959725/qual-a-diferenca-entre-clausula-geral-e-conceito-juridico-indeterminado-fernanda-braga>> Acesso em 15 jun. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AGINT no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 895.899 – SP. Relator: Luís Felipe Salomão. Disponível em <https://brasil.mylex.net/jurisprudencia/stj-agint-em-resp-demanda-possibilidade-cdcnbspas-decorrentes_11598.html> Acesso em 23 maio 2017

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**.10 ed. São Paulo.Editora Atlas,2013.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método. 2013, p.12.

CARVALHO, Breno Tessinari de. **A boa-fé objetiva impõe deveres anexos aos negócios jurídicos, ainda que não haja previsão expressa das partes?** Disponível em

<<https://brennotessinari.jusbrasil.com.br/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos/artigos/372992572/a-boa-fe-objetiva-impoe-deveres-anexos>> Acesso em 4 maio 2017

DIAS, José de Aguiar, **Da responsabilidade civil**, ed. Lumen juris. Rio de Janeiro, 2011.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v.VII, 30 ed. São Paulo. Saraiva, 2016

FIGUEIREDO, Maiara Caliman Campos; GOMES, Janaína dos Santos. A origem dos cursos jurídicos no Brasil. Disponível: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12351. Acesso em 6 maio 2017

GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** V.III. 10 ed. Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V.IV. 7 ed. São Paulo. Saraiva. 2012

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao Estatuto da advocacia**. Brasília. Brasília jurídica. 1994.p.20

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do advogado**. São Paulo. Editora LTr. 2014.

MARTINS, João Paulo Nery do Passos. **O Advogado e a sua responsabilidade civil**. 2004.

PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

SANCHES, Antonio. O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ/SP e do STJ. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230978,51045-O+princípio+da+boafe+objetiva+e+a+violacao+positiva+do+contrato+na>> Acesso 6 maio 2017.

SARAIVA, Paulo Lobo. **O advogado não pede advoga**. 2 ed. São Paulo. Icone. 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2007

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 1 ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo. Editora revista dos tribunais. 2007.

TAKEDA, Tatiane de Oliveira. A origem e missão do advogado. Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7667 Acesso em 7 de maio 2017

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo, Editora Método, 2014.

ULHOA, Fabio. **Curso de direito civil, direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva 2002

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 4 Ed., São Paulo: Atlas, 2004.

Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>> Acesso em 7 de novembro 2017.

Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5434026/apelacao-civel-ac-591064837-rs-tjrs>> Acesso em 7 de novembro 2017.

Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/21793/a-possibilidade-de-indenizacao-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/3>> acesso em 11 de novembro 2017

Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>> Acesso em 17 de novembro 2017

Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=OBRIGAÇÃO+DO+ADVOGA+DO+É+DE+MEIO+E+NÃO+DE+RESULTADO&p=2>> Acesso em 18 maio 2017.

