

# OMNIA

HUMANAS

Faculdades Adamantinenses Integradas (FAI)

[www.fai.com.br](http://www.fai.com.br)

MARTINS, Hanna Antunes David Alves; Teoria da perda de uma chance: Reflexões Jurídicas acerca da responsabilidade civil na advocacia. Omnia Humanas, v.4, n.2, p.76-93, 2011.

# **Teoria da perda de uma chance: reflexões jurídicas acerca da responsabilidade civil na advocacia**

*Theory of the loss of a chance: reflections on the legal liability in the law*

**Hanna Antunes David Alves Martins**

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE

## **RESUMO**

O presente estudo está voltado à análise da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Busca-se identificar a responsabilidade civil do advogado, pela ótica da Teoria da Perda de uma Chance, bem como as consequências causadas ao cliente lesado e o possível dever do procurador de indenizar o cliente pela chance perdida. Ao firmar contrato, o advogado passa a ser responsável por determinada causa e assume não a obrigação de resultado, mas de meio. Assim, é necessário que o advogado faça o acompanhamento processual adequado, observe os prazos, cumpra as imposições que possam surgir no decorrer do mesmo, caso contrário pode levar a causa ao insucesso. O estudo compreende reflexões acerca da perda de qualquer chance do cliente de obter um benefício ou evitar um prejuízo, tida como dano emergente. Ao fixar a responsabilidade civil do advogado, deve-se examinar a repercussão da omissão ou do ato praticado e sua influência no resultado da demanda. Diante desta análise, a responsabilidade civil pelo malogro da causa é do procurador a quem foi confiado o encargo, por não ter cumprido sua obrigação de meio. Contudo, a vítima, neste contexto, o cliente, tem o direito a ver o seu prejuízo reparado por aquele que lhe deu causa, sendo passível de indenização, não o dano, mas a chance perdida. E é baseando-se no valor econômico desta chance e em suas consequências, levando em consideração critérios de probabilidade que deverá ser fixado o valor a ser pago a título de indenização.

Palavras-chave: chance perdida; responsabilidade; advogado; dano; indenização.

## **ABSTRACT**

This study is aimed to the analysis of the theory of liability for the loss of a chance. We seek to identify the liability of the lawyer, from the perspective of the Theory of Loss of a Chance, and the consequences caused to the victim client and a possible duty of solicitor to indemnify the customer for the lost chance. By signing the contract, the lawyer shall be responsible for a specific question and not assume the obligation of result, but in the middle. It is therefore necessary that the lawyer follow up on appropriate procedural note the time, obey the constraints that may arise in the course of it, otherwise it may lead to cause the failure. Our studies are aimed to miss any chance to get a benefit or avoid loss, considered consequential damages. In determining the liability of the lawyer, one must examine the impact of the act or omission committed and its influence on the result of demand. Given this analysis, the liability for the failure of the prosecutor in the case is entrusted with the task, for not having fulfilled his obligation to the middle. However, the victim in this context, the client has the right to see the damage repaired by him that gave cause, being liable for compensation, not harm, but lost the chance. It is based on the economic value of this chance and its consequences, taking into account the criteria of probability that the value should be set to be paid as compensation.

Keywords: lost chance; responsibility; lawyer; damage; compensation.

## **INTRODUÇÃO**

O tema proposto versa sobre a Teoria da Perda de uma chance, tendo como delimitação do tema a responsabilidade civil na advocacia. O interesse pela pesquisa, sem pretensão de esgotar o tema, residiu na perspectiva de se obter informações a permitirem reflexões sobre o assunto, assim como acerca da utilização da Teoria no ordenamento jurídico brasileiro, no contexto teórico e prático.

O exercício da advocacia exige, além de conhecimento, muita responsabilidade. Neste contexto, questiona-se: Qual a responsabilidade civil do advogado diante de uma negligência ou omissão que possa gerar a perda de uma chance do cliente? Quais as principais consequências causadas à vítima/cliente pelo seu procurador na perda de uma chance? Como aferir o valor a ser pago à vítima a título de indenização pelo dano causado por culpa de seu procurador?

A pesquisa considera a hipótese de que, ao firmar contrato com o cliente, o advogado assume obrigação de meio, e não a obrigação de resultado, de bom êxito, por mais evidente que seja o resultado, contudo, tal fato não exclui a possibilidade de responsabilização do causídico. A perda de uma chance pode ficar caracterizada através de ato omissivo, quando o profissional deixar de cumprir qualquer de suas obrigações, e tal conduta impedir que o cliente tenha possibilidade de obter um benefício ou evitar um prejuízo. Também pode ficar caracterizada mediante ato comissivo, quando uma conduta culposa impedir uma chance do cliente. A vítima tem o direito a ver seu prejuízo reparado por aquele que lhe deu causa, podendo o advogado ser responsabilizado por sua falta, sendo passível de indenização, não o dano, mas a chance perdida, baseando-se no valor econômico do benefício perdido, levando em consideração critérios de probabilidade a fim de ser fixado o valor indenizatório.

Diante deste contexto, a presente pesquisa se justifica e se apresenta de forma relevante, por permitir a identificação acerca da responsabilidade do advogado numa relação contratual, com seu cliente/vítima, diante da perda de uma chance. No exercício das atividades profissionais, a inviolabilidade do advogado é restrita aos seus atos e manifestações dentro dos limites legalmente impostos.

Dessa forma, o objetivo geral desse trabalho é verificar a possibilidade de responsabilização civil do advogado no exercício de suas atividades diante da perda de uma chance de seu cliente no processo.

Especificamente, busca-se, caracterizar a perda de uma chance, assim como analisar, diante do ato ilícito, conduta (ação ou omissão), e os parâmetros para a responsabilidade civil do advogado pela chance perdida pelo cliente e verificar os critérios utilizados para fixar o valor do “dano” a ser indenizado, apresentando, ainda, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Os dados são derivados da análise de fontes indiretas de pesquisa bibliográfica, doutrinas, artigos de revistas e da internet. O tipo de pesquisa é o jurídico exploratório, que trata de uma abordagem preliminar acerca de um problema jurídico, ressalta características, percepções e descrições sem se preocupar por suas raízes explicativas, abrindo caminho a investigações mais profundas ou a hipóteses mais precisas.

O texto está dividido em seis partes, além desta introdução. O capítulo dois define e expõe aspectos gerais acerca da responsabilidade civil. O terceiro capítulo traz considerações sobre o surgimento e elementos constitutivos da Teoria da Perda de uma Chance. O quarto capítulo aborda a responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance e no quinto, analisa-se a forma de quantificação do dano pela chance perdida a título indenizatório, o *quantum debeatur*. Já no sexto é feito um estudo jurisprudencial acerca da possibilidade de responsabilização civil do advogado na perda de uma chance. E, por fim, as referências que deram fundamento para este estudo.

## **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

### **Surgimento e evolução da teoria**

A perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu na França por volta do ano de 1965. Foi conceituada pela primeira vez, em uma decisão realizada pela corte de Cassação Francesa, na área médica.

O caso, diz respeito à acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de pensão à paciente Vetina, por ter sido verificada falta grave contra as técnicas de medicina. O médico adotou procedimento considerado desnecessário, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto, o que acarretou no médico condenação a uma indenização de 65.000 francos.

A corte Francesa considerou haver um erro de diagnóstico e consequente aplicação inadequada da técnica da medicina, com uma grave seqüela: a invalidez do menor. O médico poderia ter agido de modo diverso, de forma que, diante do erro, a paciente perdeu a chance de viver uma vida normal sem ter seus braços amputados caso o médico não tivesse, o que motivou a decisão em responsabilizá-lo.

Diante do precedente, tal posicionamento passou a se consolidar perante a Corte de Cassação Francesa e a doutrina estrangeira passou a reconhecer a Teoria da Perda de uma Chance. (BIONDI, 2008).

A perda de uma chance surge, atualmente, como uma nova categoria de dano indenizável, sendo que a apreciação dos tribunais sobre o tema ainda é pouco utilizada.

No Brasil, esta nova espécie de responsabilização é fundamentada em doutrinas e jurisprudências, uma vez que o Código Civil/2002 e legislação alguma, fazem menção à mesma.

### **Definição e elementos constitutivos**

Para Dias (1999 apud DAMIAN, 2008) a perda de uma chance é uma forma de dano em que o cliente perde a oportunidade de ver sua pretensão examinada pelo órgão julgador de 1º grau ou de instâncias superiores, em decorrência de ato ou omissão de advogado.

A perda de uma chance aparece, então, integrada à necessidade de se alargar a seara de reparação dos novos danos. Existem casos em que o dano facilmente é detectado, como nos casos em que se percebe que, por alguma conduta (ofensiva) ou por omissão do profissional, alguém é privado da oportunidade de almejar um determinado benefício ou até mesmo de evitar um prejuízo.

Para que se possa verificar realmente uma chance perdida, é imprescindível que esta seja séria e real, excluindo-se as meras expectativas e possibilidades hipotéticas. Não deve ser algo que certamente iria ocorrer, pois, o que se discute não é o dano e sim a chance, a oportunidade perdida, pois, quando se tratar de ganho futuro e certo, não seria chance perdida e sim lucro cessante, não se admitindo expectativas incertas ou pouco prováveis. Assim, havendo uma oportunidade perdida, desde que séria e real, ela integrará o patrimônio da vítima, possuindo valor econômico. (BIONDI, 2008).

Nesta Teoria o dano é tido como dano emergente e não como lucro cessante, pois não é algo que a vítima deixou de lucrar. No momento do ilícito, essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo dessa relação jurídica, logo, ela efetivamente perdeu no momento do ato ilícito.

Na responsabilidade civil, é preciso existir um fato danoso causado por uma conduta ilícita do agente, e a necessária relação de causa e efeito, o chamado nexo de causalidade. Cavaliere Filho (2006) sintetiza como sendo necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato.

Rosenvald (2008, p.05), em uma de suas aulas sobre a Teoria da Perda de uma Chance:

É uma subclasse do dano emergente. É a oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto (Resp. 788.459). É o meio caminho entre dano emergente e lucro cessante. O benefício não era certo, era aleatório, mas havia uma chance e esta tinha um valor econômico. O valor da indenização deve ser menor que do lucro cessante. O juiz calcula com base na razoabilidade ou probabilidade, desta forma, ele faz uma proporcionalidade.

Assim, pode-se dizer que, a perda de uma chance é uma nova concepção de dano indenizável pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura de obter um benefício ou evitar um prejuízo.

### O caso “show do milhão”

O STJ apreciou o caso do “Show do milhão” e reafirmou entendimento favorável à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A ementa do acórdão está assim escrita:

Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL, 2006, p.01).

Uma participante do programa Show do Milhão, transmitido pelo SBT, teria que responder a uma série de perguntas e, a cada resposta certa, aumentava o montante do prêmio, até chegar à última pergunta, a qual, se respondida corretamente, daria ao candidato o direito de receber o prêmio máximo de um milhão de reais. Se respondesse incorretamente, a candidata perderia tudo que conquistou, e se a candidata preferisse não responder à pergunta do milhão, receberia o prêmio acumulado até então, meio milhão de reais.

No presente caso, a candidata, autora da ação, chegou à pergunta do milhão, no entanto, achou por bem não respondê-la, por entender que não existia resposta correta. Perguntava-se qual percentual do território brasileiro a Constituição Federal reconhece aos índios, dando-se como possíveis respostas 04 (quatro) alternativas, 22%, 2%, 4% ou 10%.

Considerando que nenhuma dessas respostas encontrava amparada no artigo 231 da Constituição Federal, a candidata ajuizou ação pleiteando exatamente o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que, segundo ela, deixara de ganhar em razão da questão erroneamente formulada pelo réu.

A sentença de primeira instância acolheu a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance e concedeu o pedido de R\$ 500.000,00. Embora aplicando a referida teoria, o juiz de primeiro grau fixou equivocadamente a indenização, pois levou em conta não a possibilidade de a autora acertar a resposta da pergunta e ganhar o prêmio total, mas, a própria chance, ou seja, o resultado esperado. Contudo, o valor da indenização não poderia ser o prêmio perdido, uma vez que não se poderia afirmar que a autora realmente acertaria a resposta, se a pergunta tivesse sido formulada corretamente. Por isso, a indenização a ser fixada deveria ser inferior ao montante final que a autora receberia, se exitosa. (HIGA, 2011).

O STJ, ao apreciar o Recurso Especial do réu, aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas acolheu em parte o inconformismo do réu, entendendo que as chances matemáticas que a autora tinha de acertar a resposta da pergunta do milhão, se formulada corretamente, eram de 25%. Assim, reduziu a condenação para R\$ 125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais).

A seguir, importantes fundamentos do voto vencedor, relatado pelo ministro Fernando Gonçalves:

Na hipótese dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta, no dizer do acórdão, sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares,

considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão". ... Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a 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 da oportunidade pela recorrida ... 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 da outra. A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida". (BRASIL, 2006, p.04).

Como importantes pontos abordados no acórdão pelo STJ, pode-se dizer que a incerteza do acerto da resposta foi o que motivou a decisão de condenar o réu a valor inferior ao pedido pela autora. Isto porque, repita-se, o que se indeniza não é a chance em si, ou seja, o resultado final, mas, a perda da oportunidade de se tentar chegar àquele resultado.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE**

O mandato é uma das formas de contrato previsto no Código Civil. O mandato judicial impõe responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seus clientes. (GONÇALVES, 2005).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) adotou regra única para seus subordinados, impondo a estes a teoria do risco pela atividade que exerce, de modo a consagrar o princípio da responsabilidade objetiva ou sem culpa, que afastou de sua abrangência os profissionais liberais. O profissional liberal é citado quando o próprio Código o exclui do regime de responsabilidade objetiva, estabelecendo que estes só responderão por dano na verificação do elemento culpa. O CDC em seu art. 14, § 4º, dispõe que, estes, terão sua responsabilidade apurada mediante a verificação da culpa (BRASIL, 2010b).

Para Stoco (2007), os legisladores, tanto os que redigiram o CDC como os que elaboraram o CC/2002, agiram com acerto e correção, deixando os profissionais liberais sobre a égide e regência de lei especial própria, ou seja, no caso do advogado, o art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906, de 04.07.94): "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa." (BRASIL, 2010c, p.1083). Assim como os juízes e membros do Ministério Público cujas obrigações estão estabelecidos no Código de Processo Civil e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, todos assumem responsabilidade por seus atos, tendo a culpa como fonte da responsabilidade.

Seguindo a esteira do Código Civil e do art. 32 do Estatuto da Advocacia e da OAB e do Código de Consumidor, art. 14, § 4º, o advogado será responsabilizado civilmente, no exercício da advocacia, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, por violar direito ou causar prejuízo ao seu patrocinado.

Para Santos (1999) o advogado será responsável, portanto:

- a. pelos erros de fato e de direito que cometem no exercício da advocacia;
- b. pela prática de fatos e atos prejudiciais ao patrocinado;
- c. pelas omissões;
- d. pelo desvio de poder outorgado pelo patrocinado;

e. pela falta de ética profissional.

A advocacia, dada a relevância de seu papel social, foi colocada na Constituição Federal, ao lado do Ministério Público e da Defensoria, entre as funções sociais da justiça. Visando proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição Federal, em seu artigo 133, lhes assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações nos limites da Lei. Mas, em contrapartida, deve responder pelos seus atos quando violadores dos deveres profissionais (CAVALIERE FILHO, 2006).

A profissão de advogado, não obstante a ética que o envolve, é lucrativa, na medida em que provê a necessidade de sustento de quem a exerce, tendo como correspondente aos benefícios pecuniários recebidos, o risco do dever de indenização àqueles que, tendo recorrido aos seus serviços, foram prejudicados por uma conduta culposa ou dolosa do profissional.

Pode-se lembrar da responsabilidade civil que aduz o artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2010a, p.163).

Com relação ao cliente, a responsabilidade civil do advogado é contratual salvo quando atua como defensor público ou procurador de entidades públicas (Estados, municípios, Autarquias, advocacia da União, etc.), casos em que pelos danos que causar a terceiros, responde a pessoa jurídica de Direito Público em nome da qual atua, de acordo com as regras que disciplinam a responsabilidade do Estado.

Não é o advogado obrigado a aceitar o patrocínio de uma causa, mas, a partir do momento em que consentir, assumirá a obrigação de meio, e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la, nem a absolver o acusado. Tomará obrigação de instruí-lo, defendê-lo, com o máximo de atenção, diligência e técnica, sem qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa.

Assim, por não ser obrigado a aceitar a causa, pode o advogado renunciar ao mandato sempre que, no curso do processo, surgir impedimento pessoal ou qualquer outro motivo de convicção íntima. A quebra de contrato, não constitui nenhum ato ilícito, entretanto, não terá importância, desde que o advogado deverá dar ciência da renúncia ao cliente, para que este possa o substituir (CAVALIERE FILHO, 2006).

Para Cavaliere Filho (2006, p.388) “o cliente só poderá responsabilizar o advogado pelo insucesso da causa provando que ele obrou com dolo ou culpa”. O que é claramente expresso no artigo 32 da Lei nº.8.906 de 1994, que disciplina o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, já citado no capítulo anterior.

O referido jurista relaciona a responsabilidade do advogado à atividade médica, dando lugar a erros grosseiros, de fato ou de direito, cometido no desempenho do mandato, e exemplifica tais erros: o ajuizamento de ações inviáveis, o desconhecimento do texto legal ou de jurisprudência dominante, etc. Para o autor, mais comuns são os casos de omissão negligente no exercício de sua atividade, que é o caso de quando se perde prazo para contestar, recorrer, fazer preparo de recurso e pleitear alguma diligência importante.(CAVALIERE FILHO, 2006).

O advogado deve ser diligente e atento, não deixando perecer o direito do cliente por falta de medidas ou omissão de providências acauteladoras, devendo, inclusive, ser responsabilizado quando der causa ao “dano”.

Para Ernesto Lippmann (2005, p.141 apud GONÇALVES, 2005, p. 396):

A responsabilidade civil do advogado significa que este deverá, se considerado culpado, arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou, ainda, com

os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofrer em função da má atuação do profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral.

Utiliza-se neste caso a expressão “perda de uma chance”, simbolizando a perda, pela parte, da oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento de algum direito.

Nas palavras de Zulani (2002, p.08 apud GONÇALVES, 2005, p.396) na Teoria da Perda de uma Chance o cliente:

Não perde uma causa certa; perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance.

Embora admita ser impossível prever, com absoluta certeza em todos os casos, o resultado de um julgamento, porque o ato de julgar envolve juízo de valor e há sempre a irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz, Karl Larenz (1997 apud STOCO, 2007, p. 512) deixa claro que o advogado, na perda de uma chance é realmente responsável pelo dano sofrido pelo cliente, desde que exista uma relação de causalidade adequada entre o ato ou omissão do advogado e o dano, ou seja, que em termos de probabilidade, numa análise feita posteriormente, os danos tenham decorrido necessariamente, direta e imediatamente da falha cometida pelo advogado.

É importante notar que, ao analisar a perda de uma chance, além do dano que a vítima possa ter tido e da culpa do advogado no evento danoso, é preciso que se verifique no caso concreto se existia uma chance séria e real.

Existem julgados que se limitam a enquadrar como espécie de dano moral o dano causado pela perda de uma chance; outros determinam a indenização pela chance perdida, sem que esta seja considerada séria ou real, ou sequer exista (SAVI, 2006).

Ao analisar um acórdão no qual se discutiu a responsabilidade civil do advogado em razão da perda de um prazo para a interposição de recurso, apesar de enorme trecho de aplicação da Teoria nesta seara, a conclusão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi a de se indenizar a perda de uma chance como dano moral, mesmo após afirmar que as chances de erros do recurso eram muito remotas.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL.CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DE GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. [...]

Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pelo impetrante. (RIO GRANDE DO SUL, 2003, p.01).

A seguir, trecho do julgado:

Perda de uma chance é a expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde prazo, não promove ação, celebra acordos pífios o cliente, na verdade, perdeu a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa de seus direitos (art. 5º, XXXV, da CF) não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputa-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a

probabilidade ou grau de perspectiva favorável dessa chance. (RIO GRANDE DO SUL, 2003, p.04).

Analisando o mencionado caso, Savi (2006) aduz que o juiz de 1º grau de jurisdição firmou corretamente o modo de se avaliar a seriedade da chance perdida em caso de perda de prazo pelo advogado negligente, e todavia, mesmo tendo estabelecido a seriedade da chance e, portanto, de certeza do dano, o Tribunal determinou a indenização da chance perdida após ter chegado à conclusão de que as chances de êxito do recurso eram remotas e, portanto, que estas não eram sérias.

Em outra ocasião, o Tribunal de Justiça do Paraná, apesar de ter desenvolvido corretamente o raciocínio acerca das hipóteses de configuração da responsabilidade civil por perda de uma chance no caso de perda de prazo para interposição de recurso pelo advogado negligente, percebe-se que não foi feito o exercício necessário para averiguar se, naquele caso concreto, as chances de reforma da decisão contrária aos interesses do cliente poderiam ser consideradas sérias e reais, portanto, passíveis de indenização. O acórdão tem a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E APELAÇÕES INTERPOSTAS FORA DO PRAZO LEGAL – DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE DILIGÊNCIA – PERDA DE PRAZOS – NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS – DANO – EXISTÊNCIA – FORMA DE LIQUIDAÇÃO – AÇÃO PROCEDENTE.

O advogado tem o dever de manifestar recurso ordinário *oportune tempore*, respondendo por sua interposição intempestiva. A perda do prazo, como ensina José Aguiar Dias, constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são de direito expresso e não se tolera que o advogado o ignore' (Da responsabilidade civil, Vol1, p. 348, Forense – 1987 – 8ª edição). *O prejuízo da parte consiste na perda da possibilidade de ver apreciado o mérito da causa na instância superior.* Não se configurando qualquer causa de exclusão de responsabilidade civil do advogado, *impõe-se a procedência do pedido indenizatório, com fixação da indenização através de arbitramento em liquidação de sentença, levando-se em conta que o dano corresponde apenas à perda de uma chance.* (PARANÁ, s/d apud SAVI, 2006, p.58).

Constata-se, pela leitura da ementa, que o Tribunal não fez o reexame das chances de êxito da ação em que a vítima restou derrotada em razão da negligência do advogado. Dessa forma, pode-se perceber que o Tribunal reconheceu ser um caso de perda de uma chance, remetendo para liquidação de sentença o arbitramento da indenização a ser concedida à vítima, contudo, não esclareceu se o presente caso era de probabilidade ou de mera possibilidade de reforma da decisão contrária aos interesses da vítima a partir do julgamento do recurso interposto intempestivamente.

Na decisão em comento, seria mais coerente que a motivação do julgado tivesse enfrentado e analisado as reais chances de êxito do recurso, pois só assim seria possível averiguar a perda de uma chance séria e real passível de indenização. Seria razoável considerar a responsabilidade civil quando a chance de êxito for superior a 50% tendo como parâmetro a análise acerca do posicionamento dos tribunais superiores ou do órgão julgador estadual em casos similares, cuja matéria de direito seja idêntica.

Portanto, não é qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. É preciso que a mesma seja considerada séria e real e não uma mera possibilidade. Savi (2006) diz ser indenizável aquela chance em que for possível fazer prova de uma possibilidade de no mínimo 50% de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), então, só assim se pode falar em reparação da perda de uma chance como dano material emergente.

Tomando outro rumo, não se pode esquecer a diferença entre o dano causado pela perda de uma chance e o dano moral. Diversos Tribunais aferem corretamente a certeza de ter havido a chance perdida, mas acabam enquadrando esse dano como modalidade de dano moral, casos em que é ignorado o dano

material causado pela perda de uma chance, exatamente pelo fato de se considerar a perda da chance como modalidade de dano moral.

Não há dúvidas de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá também, ser considerada um agregador do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de uma chance como sendo um dano exclusivamente moral. Pode-se condenar ao pagamento de indenização por danos morais, referente à frustração decorrente do ato ilícito, não deixando de lado os valores a serem pagos por danos materiais emergentes, decorrentes da configuração da perda de uma chance.

Por outro lado, há casos em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas que, ainda assim, poderá considerar a perda de mera expectativa como sendo apta a gerar dano moral.

Como exemplo desta situação, um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO INDENIZATÓRIA – Pleito fundado na alegação de conduta culposa do advogado no curso de outra demanda judicial, culminando com o não recebimento de recurso de apelação, em razão da extemporânea devolução ao cartório dos autos do respectivo processo – Configuração de dano moral, mercê da frustração da legítima expectativa quanto à possibilidade de acolhimento do recurso – Caracterização da perda de uma chance – Inocorrência, todavia, de dano material indenizável, posto que o suposto prejuízo econômico da autora resultou de decisão judicial, cuja hipotética possibilidade de reforma não enseja a caracterização de dano material certo e diretamente decorrente da conduta do réu – Reconhecimento da sucumbência recíproca – Recurso provido em parte. (SÃO PAULO, 2004, p.02).

Uma primeira leitura dessa ementa poderia dar a entender que o relator deste acórdão não é a favor da possibilidade de indenização das chances perdidas como dano material em nosso ordenamento, o que ocasionaria somente indenizações por danos morais.

Contudo, ao analisar o voto do relator, no caso concreto, em que o advogado negligente perde prazo recursal, é possível constatar que, de acordo com a conclusão daquela Câmara, a hipótese era de mera expectativa, e não de uma chance séria e real de reforma do julgado. Ainda que o recurso tivesse sido regularmente processado, as chances de o mesmo ser provido, eram mínimas. Por isso entendeu-se correta a decisão da não indenização por dano material decorrente da chance perdida, mas que a perda daquela mera expectativa de reforma da decisão lhe teria causado danos morais. (SAVI, 2006).

Através de trechos do voto do relator do referido acórdão, pode-se entender o raciocínio desenvolvido pelo mesmo.

Posta questão nesta ordem fática e jurídica de fundamentação, mister concluir-se, por primeiro, descaber realmente a indenização por danos materiais; mas, não obstante, irrecusável a configuração de sua responsabilidade por danos morais.

[...]

Assim, é que as teses sustentadas pela apelante na ação de cobrança foram todas rejeitadas por sentença que julgou procedente a demanda e improcedente a reconvenção. Restou judicialmente desacolhida, portanto, a pretensão de restituição ou compensação dos valores pagos, cuja eventual reforma da sentença, em sede recursal, inseria-se no campo da *mera expectativa*.

Porém, no que se refere ao sustentado dano moral, impõe-se o reconhecimento de sua efetiva configuração, com fixação, entretanto, da indenização em quantia inferior à almejada.

Com efeito, embora não se possa presumir ou tomar como certo o provimento do apelo e conseqüente reforma da sentença proferida na ação de cobrança, o fato juridicamente relevante e inarredável é que a autora teve frustrada, em razão da omissão culposa do

r eu, o seu legítimo direito de submeter ao segundo grau de jurisdi o a aprecia o de teses jurídicas sustentadas por ela, a seu prol, na referida reconven o. Essa frustrada supressão da via recursal, pela perda do prazo respectivo teve o condão de causar   autora inegável abalo moral, tanto mais em face da sua compreensível crença na possibilidade de reforma daquela sentença, concernentemente ao pleito reconvençional, contrária aos seus interesses. (SÃO PAULO, 2004, p.06/07).

Por entender não estarem presentes os requisitos que configurem o dano material decorrente da perda de uma chance, neste caso concreto, o dano indenizável foi o dano moral causado pela perda da *mera expectativa* da autora ver reformado o julgado.

A perda de uma chance, além do dano material, também opoder  ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que, em razão da falta de requisitos necessários, não será possível indenizar o dano material da chance perdida, mas será indenizável a frustrada expectativa em razão dos danos morais. Para Savi (2006, p. 56):

O que não se pode admitir   considerar o dano da perda de uma chance como sendo *exclusivamente* moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, o mesmo poderá configurar um dano material, uma subespécie de dano emergente.

Cabe ressaltar, ainda, que para subsistir o dever de se indenizar pela perda de uma chance,   necessário que estejam presentes todos os requisitos ensejadores da responsabilidade civil: conduta culposa ou dolosa (a o ou omissão) do advogado, um dano, caracterizado pela perda de uma chance (não uma mera possibilidade) e a liga o entre os dois anteriores, o nexo de causalidade. A perda de uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo configura um dano material e possui valor econômico, que poderá ser quantificada desde que presente a possibilidade séria e real.

### **A INDENIZA O PELA PERDA DE UMA CHANCE – *QUANTUM DEBEATUR***

A possibilidade de responsabiliza o civil pela perda de uma chance   tema bastante relevante, pois amplia a área de atua o da responsabilidade civil, uma vez que possibilita a indeniza o da vítima por uma nova espécie de dano, sendo este fundado na perda da oportunidade de alcançar o resultado esperado. Independente de um resultado final, a a o ou a omissão de um agente capaz de privar outrem da oportunidade de tentar obter um direito pode ser passível de indeniza o, ainda que este evento futuro não seja objeto de certeza absoluta.

A responsabilidade decorre do fato de se privar alguém da obten o da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Assim, percebe-se que um fato em si não ocorre, por ter sido interrompido pela a o ou omissão do agente. Então, o que se quer indenizar aqui não   a perda da vantagem esperada, mais sim a perda da chance de tentar a obten o daquele direito, chance esta que possui um valor econômico e pode ser quantificada.

A indeniza o pela perda de uma chance não recai sobre o objeto esperado, mas sim, pela chance perdida. Para Pignata (2009), na mensura o deste evento danoso, realmente não há como se provar a extensão do dano, pois v  como desarrazoado indenizar por aquilo que não ocorreu, porém vislumbra-se a existência de mecanismos probabilísticos capazes de aferir as chances do lesado em conseguir o benefício.

  preciso que se analise a probabilidade do determinado evento ocorrer, e a partir disso, mensurar o valor da indeniza o pela chance perdida.

Se um determinado evento não ocorreu,   claro que não há como precisar de forma absoluta o que aconteceria, mais ao menos saber-se-  a probabilidade do evento ocorrer. Não são raros os julgados que

ainda cometam equívocos ao mensurar os danos advindos da perda de uma chance. Merece transcrição a ementa de um acórdão proferido pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. AJUIZAMENTO DE DEMANDA TRABALHISTA DEPOIS DE TRANSCORRIDO O PRAZO PRESCRICIONAL. ADVOGADO INDICADO PELO SINDICATO. CULPA IN ELIGENDO. Tendo o associado perdido a chance de ver sua pretensão apreciada pela Justiça obreira, em face do transcurso do prazo prescricional para o ajuizamento da ação decorrente da desídia do profissional indicado pelo sindicato, deve a entidade de classe ser responsabilizada pelos prejuízos originados pela perda da chance experimentada pelo autor. Responde o sindicato por culpa *in legiendo*. Ainda que não houvesse obrigatoriedade de aceitação, era dever do sindicato a fiscalização dos serviços prestados pelo advogado indicado. Apresentada a prova de que o profissional estava autorizado a prestar serviços para o associado, era ônus do sindicato a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC). Valores buscados na demanda trabalhista, não impugnados pelo requerido, que devem servir de base para o quantum indenizatório. APELO PROVIDO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.01).

No caso em tela, pode-se perceber que o erro, resultou, não dos motivos que deram origem à reparação, mas sim do quantum indenizatório, pois foram fixados com base nos valores pretendidos na demanda trabalhista. Pelo fato de não se saber, no caso, se o demandante receberia todas as verbas trabalhistas pedidas, o que se poderia aferir seria a probabilidade do demandante em recebê-las, caso o advogado não tivesse agido com desídia. O valor a título de indenização seria a multiplicação do montante dos valores pretendidos na demanda original com o valor da probabilidade calculada.

Savi (2006, p. 63) ao discorrer sobre a equivocada quantificação do dano na perda de uma chance destaca que:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

[...]

Quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Para Lopes (2007) o juiz deve, no caso concreto, ao delimitar o valor da indenização, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide. Sendo assim, após verificar qual o valor da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, “porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada”. (LOPES, 2007, p. 03)

Rosenvald (2009), em uma aula sobre responsabilidade civil exemplifica a forma de se fixar o *quantum debeat* citando o caso da participante do programa “Show do milhão” anteriormente citado. A chance de ganhar o prêmio máximo, já se integrara ao patrimônio da autora quando do ato danoso do réu, que formulou incorretamente a questão final. O valor da indenização pela perda de uma chance será arbitrado pelo juiz, que, para isso, levará em conta, com base nos fatos provados nos autos e na sua convicção, as probabilidades reais de atingimento, pelo autor da ação, do resultado esperado. Portanto, aplicando o critério matemático o percentual de chances tendo 04 (quatro) alternativas é de 25%, o que corresponde a R\$125.000,00 a título indenizatório.

## **POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE**

A pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho demonstra como o tema da responsabilidade civil por perda de uma chance vem se tornando cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990, relatado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Tratava-se de ação indenizatória por danos decorrentes de erro médico, em que a autora se submetera a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro o qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea.

Ao analisar o caso, o Tribunal concluiu que os danos eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia, tendo sido possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, entretanto, os desembargadores entenderam que não seria o caso de indenização por chance perdida. Neste caso, a análise da teoria foi feita justamente para dizer que não se aplicava ao caso concreto. (SAVI, 2006).

### **Pedidos procedentes**

Existem julgados no sentido de que, desde que comprovados os elementos caracterizadores do dever de indenizar, deve ser reconhecida a possibilidade de responsabilidade civil do advogado. A seguir, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL ADVOGADO ROL DE TESTEMUNHAS APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA AÇÃO PREVIDENCIÁRIA IMPROCEDENTE (PERDA DE UMA CHANCE).

A apresentação intempestiva do rol de testemunhas em ação previdenciária julgada improcedente, impedindo a rurícula de comprovar o tempo de serviço rural, objetivando a obtenção de aposentadoria, caracteriza desídia do causídico-mandatário, gerando a obrigação de indenizar os prejuízos ao mandante em razão da teoria perda de uma chance. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2011, p.02).

No caso supramencionado, a ação é indenizatória em desfavor de uma advogada (Apelante Luzia Aparecida) por ter apresentado intempestivamente o rol de testemunhas em ação previdenciária de aposentadoria rural, o que acabou prejudicando a Autora da ação (Apelada Yolanda Melzani). A advogada apelou da decisão, mas não teve sua pretensão reconhecida, o Recurso não foi provido e a advogada foi condenada à indenizar por perda de uma chance.

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

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

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

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

[...]

Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 2009, p.01).

O Superior Tribunal de Justiça também manteve decisão condenatória de um advogado pela perda de prazo para apelar, reconhecendo, ainda, que a oportunidade perdida, além de danos materiais, acarretou danos morais.

Tem-se mais um exemplo de responsabilidade civil por perda de uma chance através do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu o dano material, fixando valor indenizatório.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA EM RELAÇÃO AO DANO MATERIAL. A responsabilidade civil do advogado é subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC. A obrigação assumida pelo profissional do direito é de meio e não de resultado. Neste tipo de contrato o objeto da obrigação não é o êxito na causa ou a absolvição do cliente, e sim o desempenho cuidadoso e consciente do mandato, dentro da técnica usual. Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Hipótese de perda de uma chance, a configurar o nexo causal a dar ensejo a reparação do dano material, sendo razoável, no caso, reduzir o valor da indenização fixada na sentença. Apelo parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2009, 02).

### **Pedidos improcedentes**

O tema em estudo é polêmico e bastante discutido, sendo que, inclusive, a legislação brasileira não faz menção ao mesmo, que tem amparo no dever genérico de indenizar e tem sido tratado em doutrinas e jurisprudências. Em muitos casos, mesmo existindo o reconhecimento deste tipo de responsabilização, alguns Tribunais não reconhecem o dever de indenizar:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. ADVOGADO CONTRATADO PARA PROPOR AÇÃO. PROPOSITURA DA AÇÃO. DEMORA. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DECRETADA. DANO. NÃO CONFIGURAÇÃO. A perda de uma chance, nova modalidade de dano, é caracterizada quando o seu titular possuía uma chance real, objetiva e séria de obter um benefício ou um ganho patrimonial. Estes, por esta teoria francesa, somente não foram obtidos em razão de tal oportunidade ter sido frustrada, por culpa de terceiro. Apelação principal provida e apelação adesiva julgada prejudicada.

Súmula:

DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E JULGARAM PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA. (MINAS GERAIS, 2010, p.02)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no caso acima, reconheceu, em ação indenizatória que o advogado demorou para propor a ação, o que acarretou prescrição do direito do autor, mas acabou conhecendo e dando provimento à Apelação do advogado e julgando prejudicada a apelação adesiva. O Tribunal entendeu que a desídia do advogado ocorreu por culpa de terceiro, o que excluiu o dever de indenizar.

Também merece análise um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ADVOCACIA. PERDA DE PRAZO PARA RECORRER. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. O só fato do advogado ter perdido o prazo para recorrer da sentença que fora desfavorável ao seu cliente não enseja a sua automática responsabilização civil, por danos materiais e morais, com fulcro na teoria da perda de uma chance. No caso dos profissionais da advocacia, as demandas que invocam essa teoria devem ser analisadas tendo em conta as reais possibilidades de êxito no processo, eventualmente perdidas em razão da negligência do causídico. Recurso de apelação conhecido e provido. Unânime. (DISTRITO FEDERAL, 2011, p. 01).

O advogado perdeu prazo para recorrer e teve que responder em ação indenizatória movida pela prejudicada. O Tribunal reconheceu a aplicabilidade da Teoria, mas acabou conhecendo e provendo a Apelação do advogado, deixando de condená-lo.

Os tribunais brasileiros ainda apreciam de forma tímida essa teoria, existindo muitas divergências quanto a sua aceitação no nosso ordenamento jurídico por não existir previsão específica para esse tipo de responsabilidade civil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em dias atuais, o objetivo da justiça e o anseio da reparação integral dos prejuízos sofridos pelo lesado levaram a doutrina e a jurisprudência pátrias a criarem mecanismos, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos. Dentro desses mecanismos, surgiu a corrente jurisprudencial e doutrinária fundamentada na reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

A perda de uma chance surge, atualmente, como uma nova categoria de dano indenizável, sendo que a apreciação dos tribunais sobre o tema ainda é pouco utilizada no Brasil, pois legislação alguma, faz menção à mesma.

Para que se possa verificar realmente uma chance perdida, é imprescindível que esta seja séria e real, excluindo-se as meras expectativas e possibilidades hipotéticas. Não deve ser algo que certamente iria ocorrer, o que se discute não é o dano e sim a chance, a oportunidade perdida, pois, quando se tratar de ganho futuro e certo, não seria chance perdida e sim lucro cessante, não se admitindo expectativas incertas ou pouco prováveis. Assim, havendo uma oportunidade perdida, desde que séria e real, ela integrará o patrimônio da vítima, possuindo valor econômico.

No caso específico do advogado, sua responsabilidade civil perante o cliente é contratual, sendo assim, responde como qualquer outro profissional liberal pelos prejuízos que vier a ocasionar a seu cliente no exercício do seu mandato, inclusive pela perda da chance.

A aplicabilidade da teoria em comento no exercício da advocacia é indiscutível. Situação exemplificativa que demonstra esta possibilidade é aquela em que o advogado perde o prazo para interpor recurso em determinada ação judicial, retirando assim definitivamente as chances que o seu cliente tinha de ver seu recurso apreciado pelo tribunal competente, chances estas que nunca mais serão recuperadas pelo cliente, afinal nunca se saberá se o referido recurso teria êxito ou não.

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.

O valor da indenização pela perda de uma chance será arbitrado pelo juiz e, para isso, levará em conta, com base nos fatos provados nos autos e na sua convicção, as probabilidades reais de atingimento, pelo autor da ação, do resultado esperado.

Assim, muito embora a responsabilidade civil pela perda de uma chance não se encontre positivada no ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo aplicada com amparo nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: VadeMecum Saraiva. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

\_\_\_\_\_. Lei nº CDC. In: VadeMecum Saraiva. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

\_\_\_\_\_. Lei n 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB . In: VadeMecum Saraiva. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010c.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo REsp 788459/BA. Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. Recurso Especial 2005/0172410-9. Relator Ministro Fernando Gonçalves (1107). Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento 08/11/2005. Data da Publicação 13/03/2006. Ementa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=recurso+especial+show+do+milh%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo. REsp 1079185 / MG. Recurso Especial. 2008/0168439-5. Relator(a) Ministra Nancy Andrighi (1118). Órgão Julgador. T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento 11/11/2008. Data da Publicação 04/08/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=perda+de+uma+chance+indeniza%E7%E3o+advogado&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=perda+de+uma+chance+indeniza%E7%E3o+advogado&b=ACOR)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da Perda de uma Chance na Responsabilidade Civil. Direito Net. Publicado em 04 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civi>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

CAVALIERE FILHO, Sergio. Programa de reponsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DAMIAN, Karine. A Responsabilidade Civil do Advogado Pela Perda de Uma Chance. Universo Juridico. Rio de Janeiro, publicado em 28 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=5095>> . Acesso em: 23 jan. 2011. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Órgão: 2ª Turma Cível. Processo Apelação Cível 20060110426123APC. Apelante(s) Arnaldo Botelho Barboza. Apelado(s) Ronaldo Bastos Reis. Relato Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior. Revisor Desembargador J.J. Costa Carvalho. Acórdão Nº. 511.910. 03 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&I>

D=62365,85203,17304&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER> Acesso em: 23 jul. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil: de acordo com o Novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10-1-2002). 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIGA, Gabriela. A perda de uma chance no direito do trabalho. Web Artigos. Publicado em 19 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-perda-de-uma-chance-no-direito-do-trabalho/76748/>>. Acesso em: 25 set. 2011.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance. Direito Net. Publicado em 30 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de. Apelação Cível. Número do processo: 1.0105.06.194710-4/001(1) Numeração Única: 1947104-75.2006.8.13.0105. Acórdão Indexado! Precisão: 35. Relator: Des.(a) Pereira da Silva. Data do Julgamento: 25/05/2010. Data da Publicação: 15/06/2010. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=advogado+perda+de+uma+chance+dano+culpa+&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=12%2F09%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha\\_text=99392&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=advogado+perda+de+uma+chance+dano+culpa+&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=12%2F09%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=99392&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

PIGNATA, Carlos Eduardo Vinaud. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. Arcos. Distrito Federal, novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Número: 70006606487. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Comarca de Origem: Comarca de Pelotas. Decisão: Acórdão. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Porto Alegre, em 06 de novembro de 2003. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70006606487&num\\_processo=70006606487&codEmenta=720852&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70006606487&num_processo=70006606487&codEmenta=720852&temIntTeor=true)>. Acesso em: 20 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Apelação cível. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Dano material. Perda de uma chance. Ajuizamento de demanda trabalhista depois de transcorrido o prazo prescricional. Número: 70006227599. Seção: Cível. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível Decisão: Acórdão Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano Comarca de Origem: Comarca de Estrela Ementa: .Data de Julgamento: 29/09/2006. Disponível em: <[\\_\\_\\_\\_\\_. Tribunal de Justiça do. Apelação Cível. Direito Privado. Advogado. Dano causado à cliente. Recurso. Perda de prazo. Indenização. Dano material. Apelação Cível Nº 70026654293, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Data de Julgamento: 23/07/2009. Publicação: 04/08/2009. Disponível em: <\[92\]\(http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance+advogado+danos+materiais&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as\_q=&ini=10> Acesso em: 29 jul. 2011.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Tendo+o+associado+perdido+a+chance+de+ver+sua+pretens%3o+apreciada+pela+Justi%E7a+obreira%2C+em+face+do+transcurso+do+prazo+&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em: 20 ago. 2011.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

ROSENVOLD, Nelson. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Aulas exibidas nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/gabacunha/curso-de-responsabilidade-civil-nelson-rosenvald>>. Acesso em: 30 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Aula Vídeo Responsabilidade civil 1.3. Saber Direito. Enviado em 01.06.2009. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=bYMnyROceA0&feature=bf\\_next&list=PL010285873687BF91&lf=plpp](http://www.youtube.com/watch?v=bYMnyROceA0&feature=bf_next&list=PL010285873687BF91&lf=plpp)>. Acesso em: 30 set. 2011.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. Responsabilidade Civil na Defesa dos Direitos Individuais do Consumidor: técnica e teoria. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de. Apelação Cível. Indenização por danos morais. Processo nº 9176724-03.2000.8.26.0000. Relator: Sebastião Carlos Garcia. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado. Data de registro: 23/11/2004. Outros números: 179.675-4/6-00, 994.00.072215-0. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1661186>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de. Apelação Cível. APL 30489120068260022 SP 0003048-91.2006.8.26.0022. Relator: Clóvis Castelo. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento 04/07/2011. Data de publicação 11/07/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5246581&v1Captcha=TJrnF>>. Acesso em: 29 jul. 2011

SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. São Paulo: Atlas, 2006.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.ed. Local: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: responsabilidade civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2010.