

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

RESUMO

Joyce Emilia Machado Nunes

joyce_mi_nunes@hotmail.com

orcid.org/0000-0003-0887-4151

Centro Universitário do Cerrado Patrocínio
(UNICERP), advogada Pós-graduanda em
Direito Pública pela PUC Minas.
Patrocínio, Minas Gerais, Brasil.

INTRODUÇÃO: O presente trabalho discorre sobre a responsabilidade civil do advogado, com ênfase para a teoria da Perda de uma Chance e sua aplicação no exercício da advocacia.

OBJETIVO: Objetiva-se verificar a possibilidade ou não da aplicação da teoria da Perda de uma Chance no contexto jurídico profissional decorrente da relação advogado e cliente. Fazer uma breve análise do funcionamento da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio; Retratar a responsabilidade civil do advogado; Abordar a teoria da Perda de uma Chance no exercício da advocacia, estabelecendo os parâmetros do *quantum indenizatório*.

MATERIAL E MÉTODOS: Pesquisa bibliográfica nas disciplinas de Direito Civil; Responsabilidade Civil; Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90; Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei nº 8.906/94, Código de Ética e Disciplina da OAB – Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da OAB; Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; consulta jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, operando-se o método dedutivo.

RESULTADOS: A teoria da Perda de uma Chance pode ser aplicada no exercício da advocacia com a devida cautela. O advogado como profissional liberal, atua na prestação de serviços decorrente de uma relação contratual, estando sujeito a cometer erros e causar danos ao seu cliente, passível de reparação civil.

CONCLUSÃO: Conclui-se pela possibilidade de responsabilização do advogado pela teoria da Perda de uma Chance. Para tanto é indispensável à análise detida e circunstancial do caso concreto pelo magistrado, visando à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta desidiosa do advogado e o dano sofrido pelo cliente, a demonstração de culpa ou dolo e, ainda, a observância se a vítima/cliente possui chances sérias e reais de êxito em sua demanda. Somado todos esses elementos, é cabível a indenização contra o patrono da causa, cujo valor será arbitrado com base na proporção do dano final deflagrado e não de seu valor integral, valendo-se da ponderação contextualizada.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado; Indenização; Perda de uma Chance; Responsabilidade Civil; Responsabilidade Civil do Advogado.

Recebido em: 16/08/2021

Aprovado em: 25/03/2022

DOI: <http://dx.doi.org/10.17648/2525-278X-v1n6-4>

Correspondência:

Joyce Emilia Machado Nunes
Rua Elias Alves Cunha, Bairro Cidade
Jardim, Patrocínio, Minas Gerais, Brasil.

Direito autoral:

Este artigo está licenciado sob os termos
da Licença Creative Commons-Atribuição
4.0 Internacional.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE LAWYER FOR THE LOSS OF A CHANCE

ABSTRACT

INTRODUCTION: This paper discusses the civil liability of the lawyer, with emphasis on the theory of loss of a chance and its application in the practice of law.

OBJECTIVE: The objective is to verify the possibility or not of applying the theory of Loss of Chance in the professional legal context arising from the relationship between lawyer and client. Make a brief analysis of the functioning of civil liability in the national legal system; Depict the lawyer's civil liability; Address the theory of Loss of a Chance in the practice of law, establishing the parameters of the indemnity quantum.

METHODS: Bibliographic research in the disciplines of Civil Law; Civil responsibility; Consumer Protection Code - Law No. 8.078 / 90; Law of the Law and OAB - Law No. 8.906 / 94, Code of Ethics and Discipline of the OAB - Resolution No. 02/2015 of the Federal Council of OAB; General Regulations of the Statute of the Law and OAB; jurisprudential and doctrinal consultation on the subject, operating the deductive method.

RESULTS: The theory of losing a chance can be applied in the practice of law with due caution. The lawyer as a liberal professional, acts in the provision of services arising from a contractual relationship, being subject to making mistakes and causing damage to his client, subject to civil redress.

CONCLUSION: It is concluded that the lawyer can be held responsible for the theory of loss of a chance. To this end, it is indispensable to the detained and circumstantial analysis of the concrete case by the magistrate, aiming at proving the causal link between the lawless conduct of the lawyer and the damage suffered by the client, the demonstration of guilt or intent and also the observance if the victim / customer has serious and real chances of success in their demand. Adding all these elements, it is appropriate to indemnify the patron of the case, whose value will be arbitrated based on the proportion of the final damage and not on its full value, using the contextualized weighting.

KEYWORDS: Lawyer; Indemnity; Loss of a Chance; Civil Liability; Civil Liability of the Lawyer.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, abordou-se a responsabilidade civil do advogado, com ênfase para a teoria da perda de uma chance e sua aplicação no exercício da advocacia.

Tendo em vista a amplitude dos deveres condicionados ao advogado no âmbito profissional e considerando o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem; indaga-se: É possível, no ordenamento jurídico brasileiro, responsabilizar o advogado por dano causado ao seu cliente, com base na teoria da Perda de uma Chance?

Objetiva-se verificar a possibilidade ou não da aplicação da teoria da Perda de uma Chance no contexto jurídico profissional decorrente da relação advogado e cliente. Em um segundo momento, fazer uma breve análise do funcionamento da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio; retratar a responsabilidade civil do advogado e, posteriormente, abordar a teoria da Perda de uma Chance no exercício da advocacia, estabelecendo os parâmetros do *quantum* indenizatório.

O estudo da responsabilidade civil é tema que há muito nos toca, sobretudo pela sua aplicabilidade nos corredores forenses e escritórios de advocacia, devido à relevância de seus efeitos na sociedade. A teoria da Perda de uma Chance, aqui tratada, é de suma importância na medida em que, afeta conjuntamente, os profissionais do Direito em seus diversos níveis e esferas, como também, as partes envolvidas em uma demanda judicial, estas que poderão sofrer danos injustos na seara jurídica que se devidamente comprovado, ensejará a reparação cabível.

MATERIAL E MÉTODOS

O trabalho pode ser contemplado por meio de pesquisa bibliográfica nas disciplinas de Direito Civil; Responsabilidade Civil; Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90; Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei nº 8.906/94; Código de Ética e Disciplina da OAB – Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da OAB; Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; consulta jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, operando-se o método dedutivo para se chegar ao resultado pretendido.

No desenrolar do artigo científico serão as explicações fragmentadas, dispendo sobre análise da responsabilidade civil em nosso ordenamento, retratando o exercício da advocacia,

as situações e os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do advogado. Na sequência, se abordará a responsabilidade civil do advogado pela Perda de uma Chance e, ao final, a conclusão.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Pátrio

A responsabilidade vem corporificando o cuidado como modelo ético e virtuoso a ser implantado, verdadeiro fundamento para a consolidação de um ambiente seguro e justo nas relações jurídicas, com vista a prevenir a intensidade dos conflitos de ordem social e a corriqueira propagação de eventos danosos em nosso meio.

No Direito Civil, surge com o descumprimento da obrigação tida como originária, sendo a responsabilidade o dever jurídico secundário, em que a primeira (obrigação) justifica a segunda (responsabilidade), resultando no *munus*¹ indenizatório. Em resumo, a infração gera a reprovação que por sua vez conduz a retribuição, isto é, a indenização.

Consiste a responsabilidade civil na reparação de danos injustos resultantes do inadimplemento contratual ou violação a uma obrigação geral de cuidado de bens jurídicos tutelados. Em outras palavras, a responsabilidade é o dever de indenizar, ou seja, subtrair o(s) dano(s), sendo este(s) um dos elementos essenciais à consecução da responsabilidade. A função corretiva ou repressiva tem como objetivo a restauração da situação anterior ao dano injusto, a fim de que a vítima seja realocada ao *status quo ante*.² Ao contrário da responsabilidade penal e administrativa, a responsabilidade civil tem como escopo a reparação do dano sofrido.

Subsistem na doutrina divergências acerca dos pressupostos/elementos da responsabilidade civil. Não obstante, é pacificada a necessidade de configuração de todos para que haja a fixação do montante indenizatório. São pressupostos/elementos da responsabilidade civil: a) ato ilícito decorrente de uma conduta; b) dano; c) nexo causal.

¹Dever, ônus, encargo.

²Situação anterior.

O Código Civil esboça com precisão no tocante ao ato ilícito gerador de reparação, nos artigos 186 e 927, *in verbis*:

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

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

O ato ilícito é definido como fato jurídico oriundo da natureza ou vontade humana, que ao repercutir na esfera jurídica, desencadeia a produção de efeitos variados. Considera-se fato ilícito àquele que está em consonância com o ordenamento jurídico, de modo que aquele cujo efeito viola a ordem jurídica é caracterizado como fato ilícito ou antijurídico.

Ato contínuo cabe esclarecer que o ilícito civil comporta dois elementos: Um objetivo e outro subjetivo, correspondente à antijuricidade e imputabilidade, respectivamente. A antijuricidade impõe-se pela conduta do agente contrária a norma, isto é, proibida pelo Direito, independentemente das condições pessoais do ofensor, enquanto a imputabilidade refere-se à capacidade compreensiva do agente sobre o caráter ilícito da conduta praticada. Nessa perspectiva, bem pondera Cavalieri (2012, p.22) que o ato ilícito é “o ato voluntário e consciente do ser humano, que transgride um dever jurídico”.

Noutro norte, alguns casos também podem ensejar a reparação do dano proveniente de atos lícitos, como por exemplo, em estado de necessidade, cujo dano recai sobre terceiro, conforme dispõe os artigos 188, inciso II e 929 do Código Civil, senão vejamos:

Art.188. Não constituem atos ilícitos:

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art.188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

É perfeitamente possível a obrigação de reparo oriunda da prática de ato lícito, proveniente da violação a uma norma ou pelo risco atinente ao exercício de certa atividade, pautada na teoria objetiva da responsabilidade civil, em que o ilícito culposo é irrelevante, sendo dispensável para a estipulação de futura indenização, embora a maioria dos casos

previstos para reparação do dano englobe a prática de atos civis ilícitos, derivados da responsabilidade civil aquiliana/extracontratual.

O dano é *conditio sine qua non*³ para a configuração da responsabilidade passível de reparação civil. “O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. (CAVALIERI, 2012, p.76).

O último pressuposto/elemento da responsabilidade civil é o nexo causal, sendo o mais delicado deles a ponto de ser determinante para a configuração do dever de reparo e para a definição e aplicação das teorias subjetiva e/ou objetiva. Sua demonstração não é tarefa fácil de ser comprovada, pois se submete a duas funções essenciais. A primeira função (*an debeatur*⁴) consiste em imputar a obrigação de indenizar àquele que deu causa a produção do dano, com base na culpa ou risco da atividade para verificação da responsabilidade em subjetiva ou objetiva, respectivamente. Dessa forma, o nexo causal constitui-se no liame entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, ao passo que a segunda função (*quantum debeatur*⁵), tem por finalidade estipular o valor indenizatório pela extensão do dano sofrido, como alude o artigo 944 do Código Civil, assentado na relação de causalidade.

De outra banda, merecem destaque as excludentes de responsabilidade civil, cujo efeito é a interrupção/rompimento do nexo causal, ou seja, da relação de causalidade, gerando assim, a exclusão do dever de reparação em certas hipóteses, quais sejam: a) caso fortuito ou força maior; b) fato exclusivo da vítima e c) fato de terceiro. Para fins de exclusão da responsabilidade civil, alegando qualquer uma destas excludentes, faz-se indispensável que o lesante comprove não ser o responsável pelos danos sofridos pela vítima, justificando que sua conduta não foi à causa necessária e tampouco guardou conexão para a produção do resultado, tendo em vista o rompimento do nexo causal, o que torna inexistente a responsabilidade civil.

De modo bastante sucinto esclarece Cavalieri (2012), que a força maior pode ser entendida como um evento produzido pelas forças da natureza, ao passo que o caso fortuito se enquadraria ao fato humano não individualizado. Em ambos, força maior ou caso fortuito, o fato externo caracterizado como inevitável, produz efeitos irresistíveis capaz de romper de

³Condição sem o/a qual não pode ser, indispensável, essencial.

⁴Obrigação a ser indenizada.

⁵Valor da indenização, quantia devida.

imediatamente o nexo causal gerando, como consequência, a exclusão da responsabilidade civil do agente. Entretanto, sendo comprovado que o dano guarda relação com o risco atinente ao desempenho de certa atividade no mercado, não há que se cogitar de exclusão da responsabilidade civil, pois inexistente o atributo da externalidade, cabendo, portanto a indenização.

Outra excludente de responsabilidade civil é o fato exclusivo da vítima, evidenciado quando esta pratica conduta determinante para a configuração do dano, de modo a neutralizar o comportamento do agente, que se torna apenas o aparente responsável, servindo de instrumento para o desfecho final. Nesta hipótese, também haverá a exclusão do dever de reparo, porquanto ausente o liame responsável por relacionar o comportamento do suposto agente e o dano verificado pela vítima.

Por fim, o fato de terceiro poderá ser invocado como excludente de responsabilidade civil, pela interrupção do nexo causal, provando-se que o comportamento do terceiro causou exclusivamente o dano experimentado pela vítima, de forma a exonerar o aparente lesante da obrigação de indenizar. O terceiro se interpõe entre o suposto agente e a vítima, culminando no evento danoso, ao passo que o agente é mero instrumento de sua atuação.

O Exercício da Advocacia e a Responsabilidade Civil do Advogado

A Advocacia lida de perto com os conflitos humanos, fazendo do seu ofício a luta incansável pela verdade e pelo Direito. Embora seja natural e descendente da atividade desempenhada, a zona de riscos e disputas no ambiente jurídico acaba por transfigurar uma arena judicial, onde os atores, advogados, juízes, membros do Ministério Público, dentre outros, buscam por meio de suas funções, apaziguar embates, promover a Justiça, o bem comum e a garantir a aplicação de normas fundamentais neste constante desafio de resolver conflitos advindos do meio social. É neste cenário que o advogado, no desempenho de seu mister, poderá causar danos e vir a sofrer sanções, tanto na seara cível como nas demais.

Antes de adentrar na responsabilidade civil do advogado, é imprescindível a elucidação entre os principais pontos divergentes da responsabilidade contratual e extracontratual, sob a óptica do inadimplemento obrigacional.

A responsabilidade contratual ou negocial pressupõe um vínculo obrigacional, relacionado a uma prestação de dar, fazer ou não fazer descumprida, gerando por consequência,

o inadimplemento. É importante frisar que o inadimplemento tanto pode resultar de um contrato como de um negócio jurídico unilateral, não estando, portanto, limitado à natureza jurídica dos contratos. Em contrapartida, a responsabilidade *stricto sensu* ou extracontratual, se infere da violação ao princípio basilar do Direito – *neminem laedere*, que condiciona o respeito aos direitos alheios, a boa fé e a dignidade humana, pregando à máxima “não lesar e nem ofender a outrem” no contexto social que, uma vez violado, enseja, para o causador do dano, o dever de indenizar. Em ambas as responsabilidades, contratual e extracontratual, a comprovação do dano é motivo crucial para a fixação da indenização.

O exercício da advocacia é regido pela Constituição Federal de 1988, Estatuto da OAB – Lei nº 8.906/94, Código de Ética e Disciplina da OAB e Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todavia, excluiu os advogados do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 entendendo se aplicar ao contrato de serviços advocatícios norma específica (Estatuto da OAB) e também por serem as prerrogativas da atividade desenvolvida incompatíveis com a relação de consumo prevista na legislação consumerista. Tal posição é bastante criticada pela doutrina, entretanto, são aplicáveis aos serviços de advocacia, princípios e regras gerais do Código Civil, especialmente no que se refere aos contratos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 133, sustenta que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Por sua vez, a Lei nº 8.906/94 – Estatuto da OAB, em seu artigo 32, dispõe que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Assim sendo, embora a imunidade presente no artigo 133 da Constituição Federal seja de matéria penal, ela não é absoluta, sofrendo restrições legais, visto que, pretende assegurar-lhe somente a garantia da liberdade no exercício da profissão e não isentá-lo de eventuais ofensas ou irresponsabilidades em matéria cível. Nessa linha, como bem assevera o artigo 32 do Estatuto da OAB, o advogado poderá ser alvo de reparo ao seu cliente, respondendo por suas ações ou omissões no decorrer da profissão, desde que cause um dano e haja inegável ligação entre sua conduta e este último.

No exercício da advocacia, a observância e o respeito ao sigilo profissional é considerado dever de prudência, o qual uma vez violado poderá ensejar a responsabilidade civil do advogado. O sigilo é norma de Ordem Pública e interesse social, não comportando em

renúncia pré-estabelecida na relação contratual entre advogado e cliente, em eventual tentativa de eximir-se de responsabilidades. Sobre o tema, o artigo 34, inciso VII do Estatuto da OAB – Lei nº 8.906/94 assevera que: “Constitui infração disciplinar, violar, sem justa causa, sigilo profissional”.

O advogado, como profissional liberal atua na prestação de serviços de natureza contratual, são eles que gozam de capacidade postulatória para agir em juízo. O mandato judicial ou cláusula ad judicium, é o instrumento de procuração que confere poderes ao advogado habilitando-o a atuar em juízo em nome do cliente. Esse contrato de prestação de serviços possui natureza *intuitu personae*⁶, cuja base é a confiança entre as partes, ora outorgante e outorgado.

O advogado une-se ao cliente por vínculo de confiança, o que gera uma identidade jurídica confirmada pelos limites do mandato, de modo que, em situações normais, não poderá o advogado, mesmo depois de findo o contrato de trabalho, prestar depoimento revelando situações que possam comprometer seu cliente (ZULIANI, 2003, p.127).

O mandato, instrumento de procuração, pode ser renunciado pelo advogado, em decorrência de seu direito potestativo e sem a necessidade de declinar razões, desde que cientifique o mandante e permaneça o representando pelos 10 (dez) dias subsequentes, sendo dispensada a comunicação se houver outros advogados na defesa da causa. É o que dispõe o artigo 112 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 112. O advogado poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor.

§ 1º Durante os 10 (dez) dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

§ 2º Dispensa-se a comunicação referida no caput quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia.

Da mesma forma, o mandato pode ser revogado pelo cliente, respeitado em ambos os casos, renúncia e/ou revogação do mandato, o direito de recebimento dos honorários advocatícios proporcionais aos serviços prestados. Cabe salientar que, o advogado suspenso de

⁶Em consideração à pessoa, personalíssimo.

suas atividades não possui capacidade postulatória para agir em juízo, por isso, ao praticar ato privativo da profissão, este será nulo, podendo causar dano indenizável ao cliente.

Imperioso se faz o destaque ao dualismo das obrigações de meio e obrigações de resultado que permeiam a atividade jurídica, sobretudo quanto à responsabilidade do(s) advogado(s). Pois bem, sobre o assunto, há entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante, afirmando que o advogado exerce obrigação de meio, já que não faz parte dos deveres do advogado, enumerados no rol do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, sair vitorioso das causas que patrocina.

A responsabilidade do advogado se assemelha à do médico, pois não assume ele a obrigação de sair vitorioso da causa. [...] Admite-se, no entanto, que a obrigação assumida pelo advogado possa, em determinados casos, ser considerada, em princípio, de resultado, como na elaboração de um contrato ou da minuta de uma escritura pública, por exemplo, em que se compromete, em tese, a ultimar o resultado. Somente o exame do caso concreto, todavia, poderá apurar a ocorrência de eventual falha do advogado e a extensão de sua responsabilidade (GONÇALVES, 2017, p.316).

Ademais, segundo posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) “a responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato”. No entanto, há que se cogitar que em certos casos, a obrigação do advogado possa ser entendida como de resultado em razão da finalidade almejada pelo cliente, ou seja, quando o propósito da contratação pressuponha a atividade finda, o resultado propriamente dito, como por exemplo, a elaboração de um contrato

Sintetiza Venosa (2013) a necessidade de ser analisada a conduta do advogado, sobretudo se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar, acrescentando que, a indenização, como consequência da falha funcional do advogado, é cabível na hipótese de erro grosseiro e injustificável. Sobre o tema, aduz o artigo 667 do Código Civil que “O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”. No mesmo norte, o artigo 34, inciso IX, do Estatuto da OAB – Lei nº 8.906/94 dispõe que “Constitui infração disciplinar; prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio”.

Diante disso, é possível se cogitar da responsabilidade civil contratual do advogado quando a técnica usual da atividade não é observada, tampouco o desempenho consciente e cuidadoso do mandato, como por exemplo, se não aconselha seu cliente, cujo conselho se faz essencial para um provável resultado positivo na demanda, ou quando deixa de propor ação ou interpor recurso. Somente o exame apurado do caso concreto poderá decidir se houve dano e determinar a imediata indenização.

Sustentam Farias, Rosenvald e Netto (2018), que as denominadas cláusulas de não indenizar previstas nos contratos de prestação de serviços não são válidas nos contratos advocatícios, devido à desigualdade processual que norteia as partes, uma vez que o cliente lesado não possui, na maioria dos casos, informação e técnica necessárias para se defender de forma adequada aos argumentos apresentados pelo causídico.

Não obstante o entendimento predominante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 nas relações entre advogado e cliente, é possível, segundo a doutrina, cogitar do diálogo das fontes, importando-se a técnica regulamentada naquele dispositivo legal na busca pela decisão judicial mais justa e/ou correta do ponto de vista da Hermenêutica. Tem-se, tradicionalmente, a responsabilidade civil do advogado como subjetiva, nos moldes *do artigo 14*, parágrafo quarto do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, o qual dispõe “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Superada a natureza subjetiva da responsabilidade civil do advogado, imperioso se faz a menção a divergência doutrinária acerca do ônus probatório existente na relação jurídica pactuada. Nesse sentido, a corrente majoritária clássica defende que o ônus da prova compete à vítima, devendo provar o dano causado pelo advogado e sua culpa ou dolo que, por exemplo, foi negligente com os interesses da demanda. Já a segunda corrente e minoritária, expõe tratar-se de culpa presumida *juris tantum*⁷ a responsabilidade civil do advogado, cabendo a ele provar, além das excludentes de responsabilidade civil, que não agiu com culpa ou dolo no seu labor, visando isentar-se de futura reparação. A inversão do ônus da prova poderá ser concedida, caso entenda o magistrado pela hipossuficiência ou verossimilhança na alegação da vítima/cliente, utilizando-se de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 à luz do diálogo das fontes.

⁷Presunção relativa de veracidade. Admite-se prova em contrário.

A Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance

Consiste a Perda de uma Chance em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em face da prática de um dano injusto. Trata-se de uma teoria que tem como escopo o direito francês – *perte d'une chance*. Menciona Almeida (2015) que o instituto da Perda de uma Chance teve origem na França, sendo comum também em países como Estados Unidos e Itália, dispondo que esta teoria, adotada em matéria de Responsabilidade civil, vem gerando interesse no Direito Brasileiro.

A chance aqui delineada refere-se a situações que possibilitam a uma pessoa a oportunidade de vir auferir no futuro um benefício. Para efeito de responsabilidade civil, a Perda de uma Chance é a interrupção desse processo por determinado fato antijurídico, destruidor de tal oportunidade. A chance perdida pode, em um primeiro momento, vir a traduzir a frustração pela eliminação da oportunidade de se conseguir uma vantagem, que poderá não mais ocorrer e, em um segundo momento, se traduzir na frustração da oportunidade de deter um dano, que se verificou posteriormente.

A chance frustrada caracteriza-se pela perda de oportunidade de obtenção de uma vantagem ou pela frustração da oportunidade de evitar um dano. Enfim, a perda da chance é de modo genérico, a frustração de probabilidade de obtenção de um benefício na esfera jurídica de quem foi o lesado, moral ou patrimonialmente, por um ato omissivo ou comissivo do lesante (DINIZ, 2019, p.77).

A teoria da Perda de uma Chance pressupõe um dano certo, este material ou moral, configurado pela lesão a um interesse jurídico devidamente tutelado. Já a oportunidade dissipada, apesar de incerta, possui razoabilidade e plausibilidade. Importante frisar que, as chances deverão ser sérias e efetivas, em que o dano se refletirá através de lesão a uma expectativa real, dando ensejo a uma reparação. Considera-se Adriano de Cupis:

(...) um dos autores mais importantes para a consolidação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano. Pois, reconheceu a existência de um dano autônomo consistente na chance perdida, inseriu a perda de chance no conceito de dano emergente e limitou a possibilidade de indenização às chances sérias e reais (SAVI, 2012, p.12).

Sobre o tema, Almeida (2015) relata posição conjunta de Sérgio Savi e Adriano de Cupis quanto à inserção da teoria da Perda de uma Chance como espécie de dano emergente. O primeiro justifica a sua colocação ponderando que deve ser observada a existência de uma propriedade anterior do lesado, ou seja, a perda da oportunidade de se conseguir a vantagem.

Em contrapartida, autores como Sergio Cavalieri Filho e Maria Helena Diniz a enquadram como espécie de lucro cessante por entenderem que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade dela de obter uma situação futura melhor.

Com efeito, o posicionamento da doutrina acerca da teoria em nosso ordenamento jurídico, na visão de Savi (2012), é de que embora uma parcela trate o tema de forma superficial, alguns autores, clássicos e contemporâneos, possuem maior aceitação a sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Ocorre que, o assunto em questão é bastante controvertido na jurisprudência e doutrina, tendo em vista as diferentes percepções dos autores acerca da natureza do dano correspondente a Perda de uma Chance, se lucro cessante ou dano emergente. A jurisprudência, por sua vez, inclui a teoria da Perda de uma Chance (*perte d'une chance*) como uma espécie intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante.

Por conseguinte, é preciso ter cautela diante da afirmação de que há inúmeros casos em que a Perda de uma Chance poderá ser configurada em relação aos profissionais da advocacia, visto que em primeiro lugar, deve ser analisado se o cliente detinha possibilidades reais e razoáveis de êxito na demanda, observando se as expectativas do cliente restaram frustradas em decorrência da performance do advogado. Outrossim, na lição de Cavalieri (2012, p.82) sobre o caso em baila, “devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento”.

Partindo desse pressuposto, como exemplo, a simples perda de um prazo processual ou a não interposição de um recurso, não ensejam à reparação civil do advogado com base na teoria da Perda de uma Chance, sendo fundamental a comprovação da existência do nexo de causalidade entre a sua conduta negligente e a chance perdida do cliente, a demonstração de culpa ou dolo do causídico e, ainda, que a vítima/cliente detenha a probabilidade real de vencer a causa.

A doutrina preconiza que o *quantum* indenizatório será verificado somente na hipótese em que a probabilidade de se atingir a vantagem esperada exceder a 50% (cinquenta por cento). Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais pátrios, observam para a fixação do valor da indenização, as particularidades de cada caso e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Segundo Savi (2012, p.102) “não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem”. Para fins de recebimento da indenização deve ser comprovada a perda da possibilidade de auferir

alguma vantagem em detrimento da perda da própria vantagem, pois não se trata de prejuízo direto à vítima, mas sim de uma probabilidade.

Nesse aspecto, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento em jurisprudência a seguir:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.

Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima. (REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 4/12/2012).

A chance da vitória terá sempre valor menor que a vitória em si. Sobre esse ponto, a Ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), avalia que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, bem como a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance de lucro’, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”. Desta forma, a busca pela reparação deve compensar a perda da chance e não o bem em si.

Registra-se que a Perda de uma Chance quando relacionada à desídia dos profissionais da advocacia, esbarra em circunstâncias condicionantes que, devem à luz do caso concreto, ser detidamente analisadas pelo magistrado, visando à verificação da existência do nexos causal entre a ação ou omissão do advogado e o dano experimentado pela vítima, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, em virtude da chance que se perdeu, bem como, neste caso específico, será necessária a demonstração de culpa ou dolo do advogado. De sorte, o julgador também deverá observar atentamente se a parte detém, no processo, chances sérias e reais de triunfo em sua causa. Havendo a comprovação de todos esses elementos, a responsabilidade civil do advogado pela Perda de uma Chance se configurará, dando ensejo à indenização.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, restou evidenciada que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos, ora ocasionado pelo descumprimento de uma obrigação contratual ora pela

violação a um dever geral de cuidado advindo do meio social devidamente tutelado, caracterizando a responsabilidade em contratual ou extracontratual, respectivamente. A indenização será cabível diante da prática de atos ilícitos ou lícitos, como meio remediador e corretivo cujo objetivo insere-se na recuperação da situação anterior a ocorrência do dano injusto, fazendo com que a vítima retorne ao seu *status quo ante*.

No caso dos profissionais da advocacia, constatou-se que o desempenho de suas funções se dá por meio de relação de natureza contratual, formalizada pela celebração do mandato (procuração), em que o advogado adquire poderes para representar o seu cliente, seja em juízo ou fora dele, comprometendo-se a observar a técnica, manter o sigilo profissional e a articular a melhor defesa em prol dos interesses do mandante.

Ao advogado são atribuídos certos encargos e compromissos provenientes do trabalho exercido, como por exemplo, agir com cuidado e diligência, configurando como regra, a obrigação de meio e não de resultado, uma vez que não é dever do advogado vencer a causa, mas sim proceder de forma digna e empenhada para que o cliente obtenha um resultado provável em sua demanda, informando com clareza sobre os riscos provenientes de sua pretensão a as futuras consequências advindas do processo.

No tocante, a teoria da Perda de uma Chance, a vítima é privada de uma chance que se diz séria e efetiva e não apenas flácida de se obter uma futura vantagem ou de evitar um possível prejuízo, em decorrência da prática de um dano certo, material ou moral. À luz da responsabilidade civil do advogado pela Perda de uma Chance, verificou-se a variável conduta negligente do patrono no exercício da profissão, que por via de consequência, poderá causar dano ao seu cliente, dando ensejo a uma reparação civil.

Malgrado, não basta que o advogado cometa um erro, ele deve frustrar as expectativas legítimas de seu mandante, todavia é indispensável à análise detida e circunstancial do caso concreto pelo magistrado, para que seja comprovado o nexo de causalidade entre a conduta desidiosa do advogado e o dano sofrido pelo cliente, a demonstração de culpa ou dolo e, ainda, a observância se a vítima/cliente possui chances sérias e reais de êxito em sua demanda. Somado todos esses elementos é cabível a reparação, com base na responsabilidade civil do advogado pela Perda de uma Chance.

Cabe salientar que, não são todos os casos em que se poderá aplicar a teoria da Perda de uma Chance visando o ressarcimento. Neste diapasão, a doutrina sustenta que a Perda de

uma Chance somente será indenizável se a probabilidade de sucesso do cliente na demanda exceder a 50% (cinquenta por cento), ao passo que, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais pátrios, consideram para a fixação do *quantum* indenizatório, as particularidades de cada caso e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça enquadrou a teoria mencionada em posição intermediária entre dano emergente e lucro cessante.

Dessa maneira, o *quantum* indenizatório será apurado mediante proporção do dano final experimentado pela vítima e não de seu valor integral, já que não se trata de prejuízo direto, mas sim de uma probabilidade, em que a chance de vitória acaba possuindo valor menor do que a vitória em si. Assim é que se poderá configurar a Perda de uma Chance no contexto jurídico profissional do causídico, o que torna aplicável o critério da ponderação contextualizada para a fixação do montante da indenização a ser arbitrada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Indenização pela Teoria da Perda de uma Chance: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. São Paulo: Juris Síntese Nº 111, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, 1988.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 junho 2019.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 05 maio 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 05 maio 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 19 agosto 2019.

_____. Resolução nº 02/2015. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: www.oab.org.br. Acesso em: 30 setembro 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.254.141-PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 4/12/2012. **Direito Civil. Responsabilidade Civil. Fixação do Valor da**

Indenização Pela Perda de Uma Chance. Brasília. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 24 junho 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.185.** Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 3ª T. DJ 4.8.2009. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 21 setembro 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 4 v.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas S.a, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 13. ed. São Paulo: Atlas S.a, 2013.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Responsabilidade Civil do Advogado.** 21. ed. São Paulo: Revista Síntese, 2003. 127 p.