



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

A L I N E S I Q U E I R A D A S I L V A

R E S P O N S A B I L I D A D E C I V I L D O A D V O G A D O P E L A *P E R T E*
D ´ U N E C H A N C E

B R A S Í L I A

2 0 1 4

A L I N E S I Q U E I R A D A S I L V A

R E S P O N S A B I L I D A D E C I V I L D O A D V O G A D O P E L A P E R T E
D ' U N E C H A N C E

Monografia apresentada como um dos requisitos necessários para obtenção do título de bacharelado em Direito no Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luis de Araujo Ciarlini

B R A S Í L I A

2 0 1 4

A L I N E S I Q U E I R A D A S I L V A

R E S P O N S A B I L I D A D E C I V I L D O A D V O G A D O P E L A P E R T E

D ' U N E C H A N C E

Monografia apresentada como um dos requisitos necessários para obtenção do título de bacharelado em Direito no Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luis de Araujo Ciarlini

B r a s í l i a ,

B A N C A E X A M I N A D O R A

Prof. Dr. Alvaro Luis de Araujo Ciarlini
Professor orientador

José Rossini
Professor Examinador

Carlos Holando
Professor Examinador

A G R A D E C I M E N T O S

Agradeço, primeiramente, a Deus por me proporcionar todas as condições necessárias para o desenvolvimento deste projeto.

Aos meus pais, meu irmão e meu namorado por todo apoio e paciência.

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a concretização desta monografia.

RESUMO

A teoria da perda de uma chance teve sua origem na França com o escopo de reparar os danos causados pela perda de uma oportunidade séria e real, que caso não tivesse sido interrompida haveria possibilidades de se obter determinada vantagem ou de se evitar determinado prejuízo. Nessa modalidade de reparação, as chances perdidas deverão ser sérias e reais e nunca hipotéticas. Sendo necessária, com o requisito da responsabilidade civil, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa ou dolosa do advogado com o dano sofrido pelo cliente. Nessa linha, a presente monografia estuda a aplicação da teoria da perda de uma chance na atuação negligente do advogado. Ao longo do projeto serão estudadas as nuances e especificidades da teoria da *perte d'une chance*, os pontos ainda não consolidados pela doutrina e pela jurisprudência, bem como os casos de aplicação da teoria a responsabilidade do mandatário.

Palavras-chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano. Dolo ou culpa. Indenização. Advogado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 Bases de formação do pensamento na responsabilidade civil	10
1.2 Ato-fato jurídico	13
<i>1.2.1 Conceito</i>	13
<i>1.2.2 Do ato-fato jurídico indenizativo</i>	13
1.3 Ato ilícito	14
<i>1.3.1 Conceito</i>	14
<i>1.3.2 Ato ilícito indenizativo</i>	14
1.4 Pressupostos da responsabilidade civil	15
<i>1.4.1 Conduta humana</i>	15
<i>1.4.2 Nexo de causalidade</i>	16
<i>1.4.3 Dano</i>	17
1.5 Espécies de responsabilidade civil	19
<i>1.5.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva</i>	19
<i>1.5.2 Responsabilidade contratual e extracontratual</i>	19
2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	21
2.1 Aspectos propedêuticos da teoria da perda de uma chance	21
2.2 Conceito	31
2.3 Natureza jurídica	34
2.4 Espécies de perda de uma chance	37
<i>2.4.1 Perda da chance de obter uma vantagem futura</i>	37
2.5 Quantificação do dano	42
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	46
3.1 Responsabilidade civil do advogado	46

3.2 Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance	48
3.3 Algumas hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance	50
3.4 Análise da aplicação da teoria da <i>perte d'une chance</i> no âmbito jurisprudencial.....	52
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá analisar a aplicação da teoria da *perte d'une chance* sob a óptica da responsabilização civil do advogado, quando ele agir com negligência na atuação de seu mandato.

O tema é de extrema relevância e bem atual, pois apesar da ausência de um dispositivo de lei expresso que regule a aplicação da teoria da perda de uma chance, há entendimento jurisprudencial e doutrinário que versam sobre a possibilidade de aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da perda de uma chance surgiu no ordenamento jurídico Francês e tem como escopo reparar os danos causados pela perda de uma chance séria e real, que caso não fosse interrompida, grandes seriam as possibilidades de se obter determinada vantagem ou de se evitar determinado prejuízo.

O objetivo principal do trabalho é analisar as peculiaridades da aplicação da teoria, bem como as hipóteses de aplicação da perda de uma chance a atuação do mandatário. Dessa forma, julgados foram colacionados, ao longo do projeto, para facilitar a compreensão de como os aspectos referentes à perda de uma chance vêm sendo aplicados no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, aborda-se a base de formação da responsabilidade civil para permitir a sua atual concepção e os elementos necessários a sua caracterização.

Mais tarde, serão analisados os aspectos propedêuticos da teoria da perda de uma chance, sua conceituação, suas espécies e a análise para a quantificação dos danos oriundos das chances perdidas.

Após a compreensão dos aspectos que envolvem o nascimento da teoria, será realizado um estudo sobre a caracterização da responsabilidade civil do advogado, quais as obrigações por ele assumidas, em que casos a teoria da perda de uma chance poderá ser aplicada para demonstrar sua responsabilização e a possibilidade de o mandatário perceber os honorários advocatícios frente a uma condenação por sua atuação profissional negligente.

Por fim, as vertentes trabalhadas serão analisadas em consonância com o atual posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

Para tanto, o projeto será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas, utilizando doutrina, revistas jurídicas, artigos jurídicos, jurisprudências, cujas informações irão subsidiar a compreensão do presente estudo.

Nesse diapasão, a teoria da perda de uma chance será estudada em relação às questões atinentes à responsabilidade do advogado, quando for negligente no exercício profissional do mandato, sendo possível entender os entraves que dificultam a aplicação da teoria aos casos concretos, os limites da responsabilização do mandatário, bem como o problema para se determinar um *quantum* indenizatório e a repercussão sobre a percepção dos honorários.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Bases de formação do pensamento na responsabilidade civil

A responsabilidade civil passou por diversos momentos até chegar ao seu enquadramento atual.

Inicialmente, surge a ideia da vingança coletiva, na qual o agressor era punido fisicamente pelo grupo adverso. Aqui, prevalecia a máxima de que a força física era capaz de sanar o prejuízo que a vítima sofreu.¹

Mais tarde, a vingança coletiva perde espaço e inicia-se a vingança privada, aqui a vítima realizava a justiça pelas próprias mãos. Como salienta Maria Helena Diniz:

[...] vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja da reparação do mal pelo mal, sintetizada na fórmula 'olho por olho, dente por dente', 'quem com ferro fere, com ferro será ferido'.²

Na vingança privada começaram a surgir as primeiras interferências estatais. Todavia, a interferência estatal se limitava a estabelecer quando e onde ocorreria a retaliação. Aqui, a responsabilidade independe da culpa do agressor.³

Após essa fase, a responsabilidade civil passou a apresentar algumas características vinculadas ao seu atual conceito. Iniciou-se o período de composição, no qual invés de a vítima reagir com violência, tentava-se compensar os danos sofridos por meio de pagamento de uma determinada quantia em dinheiro.

A *Lex Aquilia de damno* sedimentou e firmou a ideia de que a reparação do dano ocorre de forma pecuniária. Percebeu-se que a retaliação com violência não reparava o dano, mas sim repercutia em um segundo dano. Nesse momento, surgiu outro ponto determinante, pois a reparação apenas ocorre na presença de culpa, ou seja, caso o agente agisse sem culpa não responderia pelo dano causado.

O Estado começou a intervir mais ativamente nessas relações privadas, impedindo qualquer tipo de vingança e determinando uma forma de reparar o dano sofrido por meio do pagamento de uma determinada quantia.

Já na Idade Média, surge a diferenciação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, estabelecendo-se distinção entre o dolo e culpa, no caso deste

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

² *Ibidem*, p. 27.

³ *Ibidem*, p. 28.

estaríamos nos referindo a uma responsabilidade civil, já em relação àquele estamos adentrando ao poder Punitivo do Estado, no âmbito da responsabilidade penal.⁴

Quando falamos de responsabilidade civil é importante frisar a necessidade de três elementos para sua caracterização, quais sejam: culpa ou dolo, dano ou prejuízo, e nexo de causalidade entre a conduta e o dano.⁵

No ordenamento jurídico brasileiro há duas teorias para caracterização da responsabilidade civil. A primeira delas refere-se à Teoria da Culpa, neste caso, só haveria necessidade de reparação quando o agente lesado provar a vontade do agente em provocar o dano por culpa ou dolo. A regra é que para haver uma reparação se faz necessária a presença da culpa. Todavia, a lei estabelece casos em que a culpa não será necessária, e a responsabilidade basear-se-á no dano e no prejuízo, é o que chamamos de responsabilidade legal ou objetiva, caracterizando a segunda teoria para a responsabilidade civil.⁶

Nesse sentido:

A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar do risco ocasionado deverá arcar com suas consequências.⁷

Rafael Peteffi ao tratar sobre a responsabilidade objetiva:

Os danos causados por aquelas atividades que se caracterizam por apresentar um risco intrínseco, ou seja, um potencial danoso que não poderia ser totalmente eliminado pela conduta diligente e perita do agente, não mais seriam imputados à fatalidade e, portanto, suportados pela vítima.⁸

A teoria objetiva é aquela em que quem desenvolve uma atividade assume os possíveis riscos que ela causar, independente da existência de culpa. Essa ideia foi desenvolvida após a Revolução Industrial, período em que houve uma inversão do eixo da responsabilidade civil,

⁴ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

⁵ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

⁶ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28-29.

⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

até então preocupada em determinar a culpa do agente e hoje voltada para a reparação do dano.⁹

A responsabilidade civil subjetiva, por sua vez, exige alguns elementos que devem ser analisados na relação, quais sejam o dano, o nexo causal e a conduta do agente, no enfoque da culpa gerada por uma ação ou omissão.

Hoje, a responsabilidade civil pode ser entendida como uma obrigação em que o causador do evento danoso deve reparar a vítima, pelos danos patrimoniais ou morais que lhe causar, em decorrência de sua própria conduta, ou seja, quando age com culpa ou devido a uma imposição legal.

Ao analisarmos a responsabilidade civil é nítido que poderá haver a responsabilidade sem culpa, mas que não poderá haver responsabilidade sem a presença do dano, conforme ensinamentos de Stoco.¹⁰ O dano é o que caracteriza o dever de indenizar.

Stoco afirma, ainda, que para um determinado dano ensejar uma reparação econômica, é necessário que esse dano não seja apenas patrimonial, mas também enseje um dano jurídico, ou seja, o bem que foi lesado deverá estar amparado pelo ordenamento jurídico e, uma vez, descumprido aquele preceito normativo haverá margem para uma responsabilização.¹¹

Além disso, caso haja um dever de indenização sem a existência de dano estar-se diante de um caso de enriquecimento ilícito.¹²

Para Corrêa e Schio “a responsabilidade civil advém do inadimplemento de uma obrigação [...], de atos ilícitos e da própria lei [...] e tem como fundamento o não lesar a outrem”.¹³ Assim, a responsabilidade civil surge como um dever de reparar os danos causados a terceiros.

⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹² CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. **Revista das Faculdades Integradas Claretianas**, Rio Claro, nº 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

¹³ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. **Revista das Faculdades Integradas Claretianas**, Rio Claro, nº 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

1.2 A to-fato jurídico

1.2.1 Conceito

É o ato que se materializa com a conduta humana, todavia, a vontade ou não do agente em praticar aquele determinado fato não importa para análise. Assim, abstrai-se da conduta o elemento volitivo do agente.

1.2.2 Do ato-fato jurídico indenizativo

O ato-fato jurídico indenizativo é toda conduta humana não contrária ao direito, ou seja, lícita, que causa um prejuízo a outrem e, devido a isso, enseja a obrigação de reparar.

Bem conceitua Marcos Bernardes de Mello “Os atos-fatos jurídicos indenizativos [...] configuram-se naquelas situações em que, de um ato humano *não contrário ao direito* (= lícito) decorre prejuízo a terceiro, com dever de indenizar”.¹⁴

É importante ressaltar, que os atos que decorrem normalmente no dever de indenizar são os atos ilícitos, ou seja, contrários ao direito. Aqui, no ato-fato jurídico indenizativo há um ato legal, todavia como há dano a um terceiro, faz-se necessária a reparação, com o fim de restabelecer o *status quo ante* do indivíduo.

Marcos Bernardes de Mello afirma que:

[...] no sistema jurídico brasileiro, há casos em que o ato praticado no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade, quando causa dano a patrimônio de terceiro, gera o dever de indenizar, independentemente da ilicitude.¹⁵

Tais hipóteses estão caracterizadas no art. 188 combinado com os arts. 929 e 930 do Código Civil.¹⁶

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.

¹⁵ *Ibidem*, p. 135.

¹⁶ BRASIL. Código Civil. **Art. 188**. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a 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. **Art. 930**. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

No ato-fato jurídico indenizativo prevalece a conduta do agente, ou seja, o elemento fático, excluindo de sua conduta qualquer intenção, assim, não há análise do elemento volitivo na atuação do agente. Dessa forma, basta que o indivíduo cause o dano a outrem, mesmo que em conformidade com a lei, para haver o dever de indenizar.

Marcos Bernardes de Mello caracteriza os elementos necessários para o ato-fato jurídico indenizativo, sendo eles, “ato não contrário ao direito mais (+) dano a patrimônio alheio (igual (=) fato danoso)”.¹⁷

1.3 A to ilícito

1.3.1 *Conceito*

O ato ilícito com bem definido pelo art. 186 do Código Civil, caracteriza-se quando alguém por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que moral, comete ato ilícito.¹⁸

Insta ressaltar que, diferente do ato-fato jurídico, em que não há infração a lei, o ato ilícito tem como elemento a violação a um preceito legal.

São decorrência do ato ilícito a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

1.3.2 *Ato ilícito indenizativo*

O ato ilícito indenizativo existe quando há um dever de indenizar decorrente dos danos causados.

Marcos Bernardes de Mello ensina que:

Desde a vigência do Código Civil de 2002, art. 928, os incapazes têm capacidade para obrigar-se por ato ilícito (=respondem, civilmente, pelos danos que causarem) desde que seus responsáveis não sejam obrigados a ressarcir os danos ou, se o forem, não disponham de meios para satisfazer a indenização. Mas, mesmo capaz de obrigar-se por ato ilícito, o relativamente incapaz por idade não comete ilícito penal até os 18 anos [...].¹⁹

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

¹⁸ BRASIL. Código Civil. **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.

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *op. cit.*, 251.

Outro fato importante é que o relativamente incapaz, que constitui casamento, torna-se civilmente capaz e, assim, responderá pelos danos que causar.

1.4 Pressupostos da responsabilidade civil

Ao analisarmos o art. 186 do Código Civil, percebemos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, sendo eles a conduta humana, relacionada à culpa ou ao dolo, o nexo de causalidade e o dano.²⁰

1.4.1 Conduta humana

A conduta humana se caracteriza por uma ação, comissiva ou omissiva, que decorre da prática de um ato ilícito devendo indenizar o prejuízo suportado pela vítima.

Importante salientar que essa conduta humana não decorre apenas de um ato ilícito. A teoria do risco, consubstanciada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, determina que independentemente da culpa, nos casos tipificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos aos direitos dos outros haverá a obrigação de reparar.²¹

Essa ideia pode ser observada nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (Código Civil, arts. 186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (Código Civil, art. 389). Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano a ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco.²²

Outro fato importante a ser observado é que a ação ou omissão humana pode decorrer de um ato próprio ou de terceiro a quem o agente é responsável e está vinculado ou por coisa ou por animal que estavam sob sua guarda.

Ademais, o causador do dano pode ser pessoa física ou jurídica. Nas hipóteses em que houver abuso da personalidade jurídica, a reparação do dano poderá se estender aos bens particulares dos sócios ou administradores da pessoa jurídica, conforme art. 50 do Código

²⁰ BRASIL. Código Civil. 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.

²¹ BRASIL. Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito [arts. 186 e 187], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53.

Civil. No art. 28 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, também há a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa nos casos de abuso de direito.²³

Maria Helena Diniz aponta: “Não cabe à vítima intentar ação diretamente contra administradores ou sócios, pois a extensão da responsabilidade se faz no curso do processo ajuizado contra a pessoa jurídica”.²⁴

1.4.2 *Nexo de causalidade*

O nexo de causalidade é o elemento que liga a ação ou omissão ao dano. Dessa forma, o ele só será indenizável se decorrer de determinada conduta. Não há como existir uma obrigação de reparar o dano se não for decorrente de uma determinada ação ou omissão.

As excludentes da responsabilidade civil rompem o nexo causal entre o prejuízo e a conduta humana. Registram-se os casos excepcionais, que mesmo existindo o dano, este não será indenizado, pois houve uma elisão do liame causal.

São casos de excludentes da responsabilidade civil: força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

Na culpa exclusiva da vítima há uma elisão do nexo causal, embora haja uma conduta que acarretou dano, esse dano decorreu exclusivamente de ação ou omissão da vítima. Insta ressaltar que na culpa exclusiva da vítima não haverá obrigação de reparar, diferentemente da culpa concorrente da vítima, neste caso haverá ponderação entre a conduta do agente causador do dano e a conduta da vítima que concorreu para o evento danoso, assim, neste último há a obrigação de reparar. Frisa-se que haverá um juízo de ponderação entre a atuação do causador do dano e a da vítima. O Conselho de Justiça Federal no Enunciado nº 458, aprovado na V Jornada de Direito Civil, que dispõe: “A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade objetiva”.²⁵

No fato exclusivo de terceiro há a ocorrência do dano, mas esse dano decorre da conduta de um terceiro (estranho à relação), assim, o agente responsabilizado pelo dano poderá ajuizar ação de regresso contra o terceiro, pois ele é quem realmente ocasionou o prejuízo.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.

²⁴ *Ibidem*, p. 66.

²⁵ Enunciados do Conselho de Justiça Federal aprovados *in* Jornadas de direito civil I, III, IV e V. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Centro de Estudos Judiciários. 2012, Brasília. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/com-pilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 2/6/2014.

O caso fortuito e a força maior estão regulamentados pelo art. 393 do Código Civil.²⁶ No caso fortuito e na força maior ocorre um evento imprevisível e inevitável que não pode ser impedido, nessas circunstâncias não haverá a obrigação de reparar.

O caso fortuito é um evento imprevisível. Já a força maior é um evento previsível, porém inevitável.

As excludentes de responsabilidade rompem o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, retirando a obrigação de reparar, mesmo existindo o prejuízo.

1.4.3 Dano

O dano é o prejuízo suportado pela vítima. Não há que se falar em responsabilidade sem a presença do dano. Salieta Maria Helena Diniz que “Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem jurídico ou interesse, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”.²⁷

Stoco afirma que poderá haver a responsabilidade sem culpa, mas que não poderá haver responsabilidade sem a presença do dano. O dano é o elemento caracterizador do dever de indenizar. Ademais, aduz que para que um determinado dano enseje em reparação econômica é necessário que esse dano não seja apenas patrimonial, mas que também alcance em um dano jurídico, ou seja, o bem que foi lesado deverá estar amparado pelo ordenamento jurídico e, uma vez, descumprido aquele preceito normativo haverá margem para uma responsabilização.²⁸

Carlos Alberto Gonçalves assevera que para o dano ser reparável, ele deverá ser injusto, pois caso o agente ocasione um dano, mas este se encontre em consonância com o ordenamento jurídico não haverá a obrigação de reparar, por fim, o dano não poderá está abrangido por uma das excludentes de ilicitude.²⁹

O principal objetivo da indenização é estabelecer o *status quo ante*, ou seja, restabelecer o estado em que se encontrava a vítima antes do prejuízo sofrido.

²⁶ BRASIL. Código Civil. Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

²⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

Existem algumas espécies de dano, quais sejam moral, patrimonial e, mais recentemente, a acepção do dano estético.

O dano moral é aquele em que há uma violação à honra, à intimidade da vítima, ou seja, viola diretamente o direito de personalidade do indivíduo. Maria Helena Diniz ao tratar sobre o tema, explica que a reparação do dano moral tem natureza compensatória, uma vez que a indenização funciona como forma de compensar a dor e o sofrimento da pessoa.³⁰ Vale frisar que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem sofrer danos morais, conforme verbete sumular nº 227, do Superior Tribunal de Justiça-STJ.³¹

Diferentemente, o dano material tem como objetivo restituir na mesma proporção do dano causado a um bem material. O dano material poderá repercutir no dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) ou no lucro cessante (o que o lesado deixou de auferir em razão do evento danoso).

Há ainda o dano social, e dispõe Maria Helena Diniz que esse tipo de dano “alcança toda a sociedade, podendo provocar insegurança, intranquilidade ou redução na qualidade de vida da população”. É um dano que atinge valor social do trabalho, meio ambiente, infância, educação, além de outros.³²

E, por fim, o dano estético, que é uma construção recente, que consiste em um dano que causa prejuízo ao aspecto físico do indivíduo, ou seja, pode ocasionar deformidade na vítima.

Pode-se conceituar com o:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeimento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.³³

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78.

³¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sum_ula_stj/stj_0227.htm >. Acesso em: 2/6/2014.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

³³ OLIVA, Bruno Karaoglan. **Dano estético: Autonomia e cumulação na responsabilidade civil**. in: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6920 . Acesso em 2/9/2013.

1.5 Espécies de responsabilidade civil

1.5.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas teorias para caracterização da responsabilidade civil. A primeira delas refere-se a Teoria da Culpa, neste caso, só haveria necessidade de reparação quando a vítima provar a vontade do agente em provocar o dano por culpa ou dolo. A regra, é que para haver uma reparação se faz necessário a presença da culpa. Porém, a lei estabelece casos em que a culpa não será necessária, e a responsabilidade basear-se-á no dano e no prejuízo, é o que chamamos de responsabilidade legal ou objetiva, caracterizando a segunda teoria para a responsabilidade civil.³⁴

A responsabilidade subjetiva caracteriza-se pela ação ou omissão, culposa ou dolosa, que causa determinado dano a uma pessoa. Ensina Maria Helena Diniz que “a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar”.³⁵ Assim, se não há comprovação da culpa ou do dolo não haverá obrigação de reparar.

No tocante a responsabilidade objetiva, que independe de culpa, a pessoa responde pelos danos que causar a outrem em razão dos riscos da atividade que assumiu ou quando a lei determinar. Maria Helena Diniz sustenta que “é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.³⁶

1.5.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

Conforme ensinamento de Venosa, a responsabilidade civil poderá incidir no âmbito contratual e extracontratual.³⁷

A responsabilidade civil contratual é aquela em que há um descumprimento de determinada cláusula do contrato e, dessa forma, surge para o inadimplente uma obrigação de indenizar, salvo se esta pessoa age amparada por uma das excludentes - culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.³⁸

³⁴ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 150.

³⁶ *Ibidem*, p. 150.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. 8. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁸ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

Na obrigação contratual observa-se a responsabilidade daquele que fornece o serviço, podendo ser uma obrigação de meio ou resultado.

A obrigação de meio é aquela que o fornecedor do serviço se obriga a utilizar todos os meios que dispõe para a melhor consecução do serviço, não se obrigando, contudo com o resultado. Já na obrigação de resultado, a finalidade maior é garantir que o resultado almejado seja alcançado.

Importante salientar que nesse tipo de responsabilidade há a possibilidade de estipular cláusulas que liberem da obrigação de reparar o causador do dano, desde que não ofenda os bons costumes e a ordem pública.³⁹

Maria Helena Diniz assim estabelece a responsabilidade contratual:

A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação. [...] O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar (CC, arts. 389 e 393).⁴⁰

A responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*, conforme entende Corrêa e Schio, existe “quando o agente transgride um dever legal”, nesse caso o agente se enquadraria nos arts. 186 a 188 e 927 do Código Civil.⁴¹ Na responsabilidade extracontratual, o agente prejudicado deverá com provar que o terceiro agiu com o intuito de prejudicá-lo. Não há aqui, uma relação pré-contratual estabelecida, mas surge o dever de indenizar quando um agente descumpre determinada norma e esse descumprimento atinge a esfera privada de um terceiro, causando-lhe dano.

Existe, ainda, a responsabilidade advinda do Código de Defesa do Consumidor, a qual aquele que fornece o produto, ainda que sem culpa, assume os riscos dos prejuízos que poderão ser causados ao consumidor.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. v.7. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 149.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 149.

⁴¹ CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. **Revista das Faculdades Integradas Claretianas**, Rio Claro, nº 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Aspectos propedêuticos da teoria da perda de uma chance

Rafael Peteffi, ao tratar sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, discorre sobre um peão famoso que foi impossibilitado de participar de uma final de rodeio devido à falta do pagamento de sua inscrição, que deveria ter sido feita pelo seu agente. Frisa que “aqui, não se observa o nexo de causalidade necessário entre a falha do agente e a perda da vantagem esperada pelo peão, representada esta pelo prêmio concedido ao vencedor do certame.” Nessa situação, não havia como ter certeza sobre a vitória do peão, pois há variantes que influem no momento da competição, contudo não se pode negar que o não pagamento da inscrição ocasionou prejuízo.⁴²

O autor ensina, ainda, que com o progresso do estudo da probabilidade houve a criação das “leis do acaso”. Dessa forma, seria lícito calcular quais as chances de vitória do referido peão e como elas foram perdidas. “Este novo aspecto probabilístico da chance perdida foi férreo fértil para o advento de um instrumento dogmático utilíssimo, capaz de criar uma nova categoria de dano indenizável: as chances perdidas”.⁴³

Pietroski afirma que a responsabilidade civil pela perda de uma chance foi uma construção do direito francês, e que posteriormente, foi espalhando-se para outros países romano-germânicos, como a Itália, e, recentemente, vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁴ Nessa mesma linha, Rafael Peteffi ensina que o ordenamento jurídico francês foi o mais evoluído no trato da teoria da perda de uma chance.⁴⁵

Sobre o tema Sérgio Savi:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da própria vantagem perdida.⁴⁶

⁴² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

⁴³ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁴ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 52.

⁴⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ SÁVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

O exemplo mais antigo sobre o tema ocorreu no século XIX, na Corte de Cassação francesa onde conferiram indenização a uma demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu qualquer possibilidade de a demanda obter êxito, no curso normal do processo.⁴⁷

No sistema *common law*, o primeiro julgamento envolvendo a aplicação da teoria foi em 1911, no caso inglês *Chaplin v. Hicks*, na qual a vítima foi impedida pelo réu de participar de um concurso de beleza no qual era finalista. O concurso contava com 50 finalistas concorrendo a 12 prêmios distintos. Com sua impossibilidade de participar do concurso, o juiz, para resolver o deslinde, utilizou-se da “doutrina das probabilidades” e entendeu que a autora teria vinte e cinco por cento de chances de ganhar um dos prêmios.⁴⁸

Na Itália a aplicação da teoria da perda de uma chance começou timidamente, inicialmente, em 1940, Giovanni Pacchioni escreveu em sua obra que a França estava reconhecendo e aplicando a indenização por perda de chances, manifestou sua não concordância e afirmou a impossibilidade de aplicação da teoria no ordenamento jurídico italiano, uma vez que apenas se admitia a indenização por danos patrimoniais. Mais tarde, em 1965, Francesco Donato Busnelli analisa a aplicação da teoria na mesma linha de Pacchioni.⁴⁹

Em 1966, Adriano De Cupis, começou a mudar o entendimento da aplicação da perda de uma chance na Itália, passou a observá-la como um dano autônomo, emergente e que seria possível no caso de chances sérias e reais.⁵⁰

De Cupis entendeu que no caso do cavalo que deixou de ganhar o prêmio por culpa do jockey, não há como falar que o dano consistiria no valor a ser pago ao vencedor da corrida. Uma vez que não há como prever com certeza que aquele cavalo seria o vencedor. Afirma que “*La vittoria è assolutamente incerta*”, dessa forma, não há como exigir a totalidade da indenização, uma vez que não há a certeza exigida pelo ordenamento com o intuito do dever de indenizar.⁵¹

Nesse mesmo sentido, De Cupis ressalta que:

Não há como afirmar que, caso o quadro tivesse chegado em tempo à exposição, ou o recurso tivesse sido interposto no prazo correto, o pintor venceria a exposição, ou o recurso tivesse sido interposto no prazo correto, o

⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **R esponsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁹ S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8-10.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁵¹ *Ibidem*, p. 10.

pintor venceria a exposição e o recurso seria provido, respectivamente. Dessa forma, não é possível reconhecer um dano passível de indenização relativo ao prêmio pago ao vencedor da exposição e ao benefício que o cliente do advogado teria auferido se a sua pretensão fosse acolhida pelo Tribunal. Mais uma vez, o dano nestes casos é meramente hipotético e, portanto, não indenizável.⁵²

Por outro lado, De Cupis reconhece que não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória antes do evento danoso ou da interrupção do curso normal do processo. Assim, “diz ser justo afirmar que, em relação à exclusão da possibilidade de vitória, existe um dano jurídico passível de indenização.”⁵³

Savi aponta que Adriano De Cupis funcionou como um divisor de águas em relação a aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito Italiano, o autor menciona um trecho da obra de Adriano:

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.⁵⁴

Savi afirma que De Cupis ao considerar o dano da perda de uma chance como dano emergente, entende a perda da chance de vitória e não na própria perda da vitória, excluiu as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano.⁵⁵

Ademais, outro ponto importante abordado pelo autor é que Cupis verificou a necessidade de que a indenização por chances tenha valor menor do que a vitória futura, frisando, ainda, que nem todos os casos de perda de uma chance são passíveis de indenização. Nesse sentido, ele fixou a ideia de que uma “simples *esperança aleatória*” não seriam passíveis de indenização.⁵⁶

⁵² S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

⁵³ Nas palavras de Adriano Cupis: “*R iguardo a tali casi, deve però aggiungersi: se non può parlarsi di un danno consistente dela mancata vittoria (dela corsa ippica, dela gara pittorica, dela causa giudiziaria) non può, d'altra parte, contestarsi che la prestazione del fantino, del corriere, dell'avvocato, assicuri una possibilità di vittoria, e che proprio in vista di questa sai stata dedotta in una convenzione impegnativa. In conseguenza, sembra giusto ammettere che in relazione all'esclusione dela possibilità di vittoria sussista un Danno giuridico.*” D E C U P I S, Adriano. II D anno, cit, p. 264.

⁵⁴ S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

Mais uma vez Savi observa que De Cupis trouxe uma compreensão da aplicação da teoria da perda de chances, mas que a adequada aplicação da teoria ocorreu com Maurizio Bocchiola que expõe:

É inútil esperar para saber se haverá ou não um prejuízo, porque seu concretizar não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e incerto. A situação é definida e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos, que poderia dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado.⁵⁷

Dessa forma, é importante observar que, caso fosse possível afirmar com absoluta certeza que aquela chance ocorreria, então teria a prova da certeza. Nesse diapasão, caberia ao autor do evento danoso a reparação dos prejuízos, por outro lado, se fosse possível comprovar que a chance não se realizaria, então teria a certeza de que não haveria dano e, assim, não há obrigação de reparar.⁵⁸

Nessa linha pode-se dizer que na perda de uma chance não há como ter certeza absoluta se aquela chance seria alcançada ou se haveria algum outro evento que interromperia o seu curso normal. Aponta Savi que a perda de uma chance se assemelha ao lucro cessante ao passo de que há dificuldade da vítima em comprovar a existência de um dano e, assim, com o não há uma prova da certeza, a vítima teria uma prova que não poderia ser mais do que uma prova de verossimilhança.⁵⁹

Cattaneo ao tratar da responsabilidade civil do advogado, como no caso do mandatário que perde o prazo para a interposição de um recurso, o autor afirma que o juiz ao analisar a lide, percebeu que o cliente teria obtido êxito na demanda, caso o recurso fosse interposto. Ele aponta que nessa celeuma, caberia ao advogado indenizar o cliente por todos os prejuízos sofridos em decorrência de sua negligente atuação, sustentando que o cliente receberia todos os lucros cessantes que deveria receber na ação. Diante de tal exemplo, Bocchiola então se questiona sobre a existência de diferença entre perda de uma chance e lucros cessantes.⁶⁰

Acredita, Bocchiola, que caso não existisse diferença entre esses dois institutos, não seria necessário classificar a perda de uma chance, pois esta se caracterizaria como uma espécie do próprio lucro cessante.⁶¹

⁵⁷ S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁶¹ S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

Estabeleceram-se, então, algumas diferenças entre os dois institutos. A primeira delas está relacionada à natureza dos interesses violados. “A perda de uma chance decorre de uma violação a um *mero interesse de fato*, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão ao um *direito subjetivo*”.⁶²

Essa interpretação poderia ser estabelecida pela conceituação da injustiça do dano, no aspecto Savi dispõe:

Isto porque, a se entender que o termo *injustiça* do dano abarca tão somente as lesões a direitos subjetivos das vítimas, a chance, compreendida como interesse de fato, não poderia ser considerada um dano indenizável. Por outro lado, a se atribuir a este termo uma interpretação mais elástica e abrangente, assegurando a indenização mesmo no caso de lesão a interesses diversamente tutelados, pelo simples fato de ser consequência direta e imediata do evento danoso, aí a perda de uma chance poderia ser considerada um dano indenizável.⁶³

A jurisprudência italiana da *Corte di Cassazione* começou a interpretar de outras formas a ideia de *injustiça* dos danos nos casos em que a pessoa por ato culposos de outrem morre. A Corte entende nesse caso que os danos não são devidos apenas a quem é titular do direito subjetivo de receber os alimentos, mas também aquele que tem um interesse de fato, como a expectativa de como a vítima contribuiria economicamente para o sustento do lar.⁶⁴

Nessa situação, é nítida a superação de apenas um direito subjetivo e a possibilidade de se aplicar um dever de ressarcir sobre uma mera expectativa.

De outro lado, o único critério que poderá diferenciar as hipóteses de perda de uma chance do lucro cessante é o da certeza dos danos. A propósito Bocchiola discorre sobre o tema:

Mas, de um ponto de vista teórico, as duas *fattispecie* são bastante individualizáveis em suas respectivas características. De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração impossível.⁶⁵

⁶² SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

⁶³ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 17.

Nesse sentido, quando falamos em lucros cessantes, caberá à vítima do dano a comprovação dos pressupostos e requisitos do lucro, enquanto na perda de uma chance, não há como demonstrar o dano final, pois este é desconhecido.⁶⁶

Com base nessas análises Bocchiola chega à conclusão, já defendida por Adriano De Cupis, de que a perda de uma chance não pode ser indenizada com o lucro cessante.⁶⁷

Nesse diapasão, um meio de resolver os problemas de aplicação da teoria da perda de uma chance é vê-la não como um lucro cessante, mas sim como um dano emergente.⁶⁸

Mais tarde, na Itália, surge o pensamento de Calamandrei, que traz a ideia de “recurso à estatística”, esse entendimento surge quando ele examina casos em que o advogado faz com que seu cliente perca a chance em determinado momento processual, como a perda de um prazo para interposição do recurso. Assim, o autor defende que deveria ser feita uma “estatística judiciária para o cálculo da chance de êxito que o recurso teria caso interposto”.⁶⁹

Bocchiola ao demonstrar a possibilidade de indenizar as chances perdidas, diz que em alguns casos não será possível vislumbrar um valor patrimonial na indenização do dano, seja pela natureza da vantagem ou pela própria chance perdida, mas aponta que isto não é a regra.⁷⁰

Ao final do seu estudo Bocchiola conclui:

Indenizando a perda de uma chance não são violados as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. De fato, vale repetir, em tais hipóteses não indeniza-se a perda de um resultado favorável, mas uma coisa completamente diversa, isto é, indeniza-se apenas a perda daquela possibilidade atual de conseguir aquela determinada vantagem, a qual, com base na normal prova de verossimilhança exigida pela lei, resultava realmente existente no patrimônio da vítima no momento que ocorreu a lesão. Então, se a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente.

Além disso, Bocchiola afirma que não são todas as chances que são passíveis de indenização. Assim, para que houvesse o dever de reparar, deveria ficar demonstrado que a

⁶⁶ S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17-18.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 21.

probabilidade de conseguir determinada vantagem é superior a 50% (cinquenta por cento), pois caso contrário o juiz deveria julgar improcedente a demanda.⁷¹

Savi ensina que o estudo realizado por Bocchiola pode ser sintetizado da seguinte forma:

[...] (i) a chance, desde que com uma probabilidade de sucesso superior a 50%, pode ser considerada um dano certo e, assim, ser indenizável; (ii) será indenizável como dano emergente e não como lucro cessante; (iii) a certeza de tal dano será valorada segundo um cálculo de probabilidade.⁷²

A aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil é relativamente nova. Há poucas obras trabalhando o tema e a jurisprudência começou a resolver alguns casos jurídicos tomando-a como base. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem desenvolvendo a aplicação da teoria e sua interpretação está se espalhando aos demais tribunais, alcançando até as instâncias extraordinárias.⁷³

Faz-se importante salientar que a aplicação da teoria no Brasil deriva da doutrina e de jurisprudência, pois não há dispositivos expressos que abordem sobre sua aplicação.

O primeiro caso de menção e referência a teoria ocorreu na jurisprudência brasileira em 12/6/1990 em um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo relator desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior.⁷⁴ A controvérsia cingia ao fato de a autora ter realizado uma cirurgia corretiva de miopia e tal procedimento ter lhe causado hipermetropia e cicatrizes na córnea, na solução o Tribunal entendeu não se tratar de caso de perda de uma chance, mas sim de um dano direto e imediato com relação de causa e efeito entre a conduta do médico e os danos suportados.⁷⁵

Nota-se que, no caso em comento, a teoria da perda de uma chance foi mencionada no acórdão, contudo não foi utilizada para o deslinde do caso.

⁷¹ S A V I, Sergio. **R esponsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

⁷² *Ibidem*, p. 22.

⁷³ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 54.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/6/1990. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=589069996&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25AItica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso: 2/6/2014.

Mais tarde, o mesmo Tribunal de Justiça e tendo como relator o mesmo desembargador, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 29/9/91, resolveu a lide com base na aplicação da teoria da perda de uma chance.⁷⁶ Ademais, aquela Corte entendeu que o advogado sabendo do extravio dos autos do processo judicial, não promoveu sua restauração, bem como não informou ao seu cliente sobre a situação, pois era responsável pelos danos causados pela perda da chance de obter a prestação jurisdicional.⁷⁷

Abaixo segue o voto do Ministro relator no momento em que fundamenta a indenização com base nas chances perdidas:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a *perda de uma chance* e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: ‘Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la’ (*‘La Perte d’une chance em Droit Français’*, conferências na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS em 23/5/1990)

[...]

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a *fixação da indenização*, através de arbitramento, em liquidação de sentença, *deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance*.⁷⁸

Hoje, já é possível observar a aplicação da teoria da perda de chances nas instâncias extraordinárias. Um dos casos considerados como um *leading case* em relação a essa matéria é o caso do “Show do Milhão” que foi analisada e julgada, em 8/11/2005, pela Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.⁷⁹

Na situação em comento, a autora participou de um programa de televisão “Show do Milhão”. O programa era um concurso de perguntas e respostas em que os concorrentes poderiam alcançar a premiação de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). A autora respondeu corretamente as perguntas as quais foi submetida, chegando a última pergunta que correspondia a pergunta do milhão. Quando o apresentador lhe mostrou o enunciado da

⁷⁶ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 55.

⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível. n. 591.064.832, Quinta Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 29/8/1991. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=591064832&tb=jurisnova&pesq=em entario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A7tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&asq=>>>. Acesso: 2/6/2014.

⁷⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n. 591.064.837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/9/1991.

⁷⁹ SÁVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

pergunta, a autora optou em não respondê-la, assim escolheu por parar e recebeu um valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Contudo, posteriormente, observou que a “pergunta do milhão” não possuía uma resposta e, dessa forma, acreditou que o programa agiu com má-fé. Nessa esteira, a autora ajuizou uma demanda requerendo a reparação pelos danos materiais e morais sofridos.

Ao analisar o caso, verificou-se que a pergunta não possuía uma resposta correta e que não havia possibilidade de ser respondida, inviabilizando a possibilidade da participante alcançar o prêmio máximo do programa.

A questão posta em discussão era: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?” as opções de respostas foram: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%.⁸⁰

A resposta não teria como ser respondida, na forma que foi colocada, pois a Constituição nada fala em percentual de território brasileiro reservado aos índios.

Dessa forma, ao resolver a lide, a sentença entendeu que a pergunta não teria uma resposta e que a Constituição não possui nenhum dispositivo que determina o percentual das terras indígenas.

Bem consignou a decisão “[...] até hoje a União não concluiu o processo de levantamento e de demarcação do território indígena, havendo, inclusive, até os dias atuais, tribos ainda desconhecidas vivendo nos grotões das selvas brasileiras”.⁸¹

Savi salienta que a Juíza ao analisar o caso fundamentou a sentença com base na aplicação da teoria da perda de uma chance, todavia julgou procedente o pedido de indenização de danos materiais em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ou seja, na totalidade da questão não respondida.⁸²

Conforme já salientado nesse trabalho, a autora só poderia receber a totalidade se o caso tratar de dano final certo, ou seja, se houver certeza de que a autora responderia a pergunta corretamente, contudo não existe essa certeza, assim sendo, a indenização por chances deveria ser inferior ao montante que a parte efetivamente receberia.

⁸⁰ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76.

⁸¹ *Ibidem*, p. 77.

⁸² *Ibidem*, p. 77.

Ensina Savi “Como jamais se teria a certeza absoluta de que a autora acertaria a pergunta que lhe fosse apresentada, a indenização não poderia ser no valor equivalente aos quinhentos mil reais”.⁸³

O réu não conformado com a sentença, interpôs recurso de apelação, a qual teve seu seguimento negado para manter a decisão em sua integralidade.

Em razão do acórdão de apelação, o réu interpôs recurso especial, alegando que a chance da autora responder corretamente a questão era de 25%, tendo em vista que para a pergunta possuía quatro alternativas.

Savi expõe:

Com base neste argumento, requereu que, na hipótese de manutenção da condenação, fosse ‘minorado o valor fixado, pois considera como se a Recorrida tivesse respondido a última pergunta corretamente’, devendo, no entanto, ser utilizado ‘critério da Matemática, qual seja, chance igual a 25% (vinte e cinco por cento) em questão tendo quatro alternativas, perfazendo o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)’.⁸⁴

O Ministro Fernando Gonçalves ao analisar as razões do recurso especial, entendeu que assistia razão ao recorrente e que deveria ser aplicada a teoria da responsabilidade civil por chances ao caso. Assim, fixou a indenização com base no percentual de chances que teria a recorrida se respondesse corretamente a pergunta. Dessa forma, deu provimento ao apelo especial reduzindo o valor da indenização.⁸⁵

Assim transcreve-se parte do voto do Ministro relator no REsp 788.459/BA:

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 questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, [...].

⁸³ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 78.

⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 788.459/BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ 13/3/2006, p. 334). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/CON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=show+com+milh%E3o&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso: 2/6/2014.

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Esse voto bem observa a chance perdida pela participante do programa e afirma que já existiam as possibilidades de acerto antes do dano que lhe foi causado, contudo ressalta que não há como ter certeza do dano final e assim não há como determinar o pagando do valor total correspondente, mas sim uma análise matemática sobre o possível valor da chance.

2.2 Conceito

A perda de uma chance é a frustração de uma possibilidade futura, certa e esperada de determinado fato que em decorrência de uma ação ou omissão do causador do dano não ocorreu em seu fluxo normal.

Verifica Flávio Tartuce que “a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal”.⁸⁶

Cavaliere afirma:

[...] a teoria da ‘*perda de uma chance*’, desenvolvida pela doutrina francesa para aquelas situações em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude de uma conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilita um benefício futuro para a vítima, como deixar de obter uma sentença favorável pela omissão do advogado.⁸⁷

É necessário ressaltar que essa chance deve ser séria e real, não apenas uma possibilidade, que geraria ao lesado condições futuras favoráveis.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. v. II. São Paulo: Método, 2008, p.422.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 390.

Rafael Peteffi da Silva ensina que a ideia da perda de uma chance sempre foi tratada como um problema de certeza, pois o sistema francês já exigia que o dano fosse certo para gerar o dever de indenizar.⁸⁸

O autor ainda afirma:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.⁸⁹

Como bem expõe Cavalieri, a indenização pela perda de uma chance deve pautar-se na chance perdida, ou seja, na “perda da possibilidade de auferir alguma vantagem”. Assim, na perda de uma chance não se pleiteia a própria vantagem, mas a possibilidade de auferir algo em determinada situação. “(...) Não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar.” Dessa forma, o valor auferido na indenização por chances será proporcional a chance perdida, não o valor total do evento.⁹⁰

Uma característica essencial para diferenciar a perda de uma chance das outras espécies de dano é a falta de prova de vínculo causal entre a perda da chance e o ato danoso.⁹¹

Rafael Peteffi da Silva verifica que não há como ter certeza se o agente causador do dano é necessariamente aquele que ocasionou a perda da chance. “Portanto, o ato do demandado na ação de reparação não é uma condição *sine qua non* para a perda da aposta”.⁹²

Cavalieri aponta que “A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”.⁹³ Por outro lado temos Raimundo Simão Melo que entende que não há como definir um percentual da probabilidade da vantagem perdida, uma vez que não há uma disposição legal a respeito e, em segundo, esse percentual funcionaria como limitador e, assim, teríamos alguns casos com

⁸⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 14.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 390.

⁹¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁹² *Ibidem*, p. 13.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

chances sérias e reais que não seriam indenizadas injustamente.⁹⁴ Rafael Peteffi da Silva segue a mesma linha e acredita que deverão ser analisadas estatisticamente as possibilidades, estabelecendo percentuais da chance perdida.

Diante dessa celeuma, o entendimento que parece ser mais ponderado é que caberá ao magistrado na análise do caso concreto, verificar as chances sérias e reais de o indivíduo obter êxito em determinado evento.

Savi afirma que Adriano De Cupis em sua obra ensina que:

Quanto à quantificação do dano, Adriano De Cupis afirma que a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz sem, contudo, estabelecer adequadamente os critérios que devam embasar a atividade do julgador. Ressalta, todavia, que a cotação das apostas, onde houver, facilitará a quantificação do dano da perda da chance.⁹⁵

Nesse diapasão, observa-se que não será a totalidade do dano a ser indenizada, mas o percentual da probabilidade da obtenção da vantagem esperada.

Rafael Peteffi da Silva frisa que:

[...] o caráter danoso do ato do responsável que gerou a perda das chances é puramente casual. Assim, a indicação de um terapêutica errada pode não causar um dano, pois se o paciente curar-se em um tempo normal, mesmo depois da falha médica, não poderá intentar demanda para a reparação da falha. O erro médico somente é considerado quando o juiz determina em qual medida ele causou a enfermidade ou a morte do paciente.⁹⁶

No mesmo sentido precedente do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1079185/MG, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual a recorrente requereu a aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que em razão dos erros cometidos por seu procurador, teve que postular nova ação e só bem posteriormente obteve êxito na demanda com o consequente depósito dos valores indenizatórios. O STJ entendeu que devido a tal afirmação, a recorrente não teve a perda de uma chance, pois a chance foi exercida com sucesso, ainda que em momento posterior, por meio de uma ação indenizatória.⁹⁷

⁹⁴ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 435.

⁹⁵ S A V I, Sergio. **Responsabilidade civil por perda um a chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

⁹⁶ S I L V A, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de um a chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 52.

⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Recurso Especial nº 1079185/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgada em 11/11/2008.

Trecho do voto da Ministra relatora:

Com esta afirmação, a recorrente reconhece que não perdeu a chance de ser ressarcida pelas benfeitorias introduzidas no imóvel do qual desapossada. Ao contrário, a chance ainda foi exercida com sucesso em momento posterior, em uma ação indenizatória.

Dessa forma, nota-se que a chance deve ser séria e real e não apenas mera possibilidade, ademais, caso a vítima do dano consiga, ainda que posteriormente, a vantagem perdida, então não há o que se falar em perda de uma chance, pois obteve êxito na demanda.

2.3 Natureza jurídica

Rafael Peteffi analisa que, com o surgimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, alguns autores começaram a associar sua concepção com a utilização menos sedimentar do nexo de causalidade, “ora se manifestando em forma de causalidade parcial, ora em forma de presunção de causalidade nos moldes da responsabilidade coletiva ou grupal.” Aponta a existência de uma outra corrente que nota a perda de uma chance como uma ampliação do dano reparável, mantendo firme a aplicação do nexo de causalidade.⁹⁸

Existem algumas correntes que tentam explicar a natureza jurídica da perda de uma chance. A corrente unitária é dividida em duas, a primeira delas entende que existe um dano autônomo e independente do dano final; já a segunda subdivisão afirma que há um nexo de causalidade parcial entre a conduta do agente e o dano final, assim, o nexo de causalidade seria abrandado. E por fim, a corrente mista, que mescla as anteriores e afirma que haverá um dano específico e outro dano que decorre no âmbito médico, neste último, haveria a aplicação da causalidade parcial.⁹⁹

A primeira subdivisão da corrente utilitarista trata a perda de uma chance como um dano autônomo e independente do dano final, isso se dá pelo alargamento do conceito de danos indenizáveis, não se fazendo necessária a comprovação de nexo de causalidade entre a conduta e o dano, conforme Silva:

[...] grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexo de causalidade alternativa para ser válida. Apenas uma maior abertura conceitual, em

⁹⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

⁹⁹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 56.

relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance [...].¹⁰⁰

A segunda subdivisão da corrente utilitarista defende a necessidade de um nexo de causalidade parcial entre o dano e o resultado final. Seus seguidores afirmam que não poderá haver um dano independente do resultado final, uma vez que, as chances perdidas não se separam do dano final, ou seja, estão interligadas.¹⁰¹ Essa segunda corrente quer expandir o conceito de nexo de causalidade com o pressuposto para a responsabilidade civil.¹⁰² É válido ressaltar que esta corrente se aplica apenas aos casos médicos, pois não seria possível uma mitigação do nexo de causalidade em outros casos de responsabilidade civil.¹⁰³

Por fim, a terceira corrente que em alguns momentos considera a perda de uma chance como dano autônomo e em outros como um caso de causalidade parcial, dependendo do caso concreto. Expõe Pietroski que a maioria da doutrina francesa divide a terceira corrente em casos “clássicos” e os casos em que ocorre em âmbito médico. Nos casos “clássicos” tem-se um dano autônomo, já no caso da seara médica observa-se o nexo de causalidade parcial, não existindo um dano autônomo.¹⁰⁴

Nos casos “clássicos”, como no caso do advogado que perde um prazo para a interposição do recurso, há uma interrupção da demanda em que não há como prever seu resultado final, seja ele vitorioso ou não, mas há um dano causado ao cliente que consiste na perda da chance da prestação da tutela jurisdicional para aquele processo. Esse dano é autônomo e passível de indenização.

Há outros doutrinadores, como o Venosa, que consideram a perda de uma chance como algo intermediário entre o dano emergente e o lucro cessante.¹⁰⁵ E nesse mesmo sentido, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro,

¹⁰⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 74.

¹⁰¹ *Ibidem*, 74.

¹⁰² PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 57.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 58.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 59.

¹⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. 8. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2011, p.324.

precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.¹⁰⁶

Em regra, a perda de uma chance encontra-se no âmbito de um dano material, ou seja, um dano causado ao patrimonial de determinado agente, uma vez que, ele perde a chance de obter determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. Contudo, existem casos em que a perda da chance poderá recair sobre um dano moral, quando o dano final possuir essa mesma natureza. Insta ressaltar que raros são os casos em que a perda de uma chance não ensejem uma reparação patrimonial.

Venosa afirma “pode ocorrer que a atividade danosa do advogado também ocasione em danos morais, cuja parcela é autônoma e não se confunde com a perda de chance ou danos materiais efetivos”.¹⁰⁷ Savi também explica:

[...] haverá casos em que a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, **também**, ser considerada um ‘agregador’ do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano **exclusivamente** moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, o mesmo poderá configurar um dano material, uma subespécie de dano emergente.¹⁰⁸ (grifo do autor)

Nessa mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão de relatoria do desembargador Eugêno Facchini Neto, fez uma diferenciação entre os tipos de dano, sendo válido apresentar:

[...] no tocante à reparação por danos morais imposta à ré na origem, estou por mantê-la. Na verdade, não se trata propriamente de danos morais, mas sim de perda de chance - a chance de participar do certame e de, eventualmente, vir a ser selecionado. [...] a perda de uma chance não se configura exatamente uma hipótese de danos morais. Trata-se de uma espécie de danos materiais, que fica a meio caminho entre os danos hipotéticos e os lucros cessantes.¹⁰⁹

Conforme mencionado, na perda de uma chance o dano final é incerto e devido a essa característica não será passível de indenização, porém surge um dano intermediário,

¹⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. 8. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2011. P. 297.

¹⁰⁸ SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56.

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Recurso Inominado n. 71002171478, 2009, Rel. Eugêno Facchini Neto, julgado em 12/11/2009.

autônomo do dano final, que consiste na própria perda de uma chance e este sim, ensejará reparação civil. Afirm a Noronha:

[...] para que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada, é suficiente que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado, em termos em que esse fato antijurídico não possa ser tido como de todo indiferente ao prejuízo alegado; basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstância extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente.¹¹⁰

2.4 Espécies de perda de uma chance

Pietroski aborda as espécies da perda de uma chance com base nas ideias de Fernando Noronha, que as divide nas seguintes subespécies: perda da chance de obter uma vantagem futura e perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido. Esta última é subdividida em perda da chance de evitar que sofresse um prejuízo e perda de uma chance por falta de informação.¹¹¹

2.4.1 Perda da chance de obter uma vantagem futura

Também chamada de caso clássico de perda de uma chance. Conforme definição de Pietroski, essa espécie surge quando “uma conduta (ação ou omissão) do agente interrompe um processo aleatório que poderia trazer benefício ou evitar prejuízo futuro à vítima”.¹¹²

Nessa modalidade, o dano final é incerto, assim, o resultado final nunca será conhecido, não há como saber se a vítima lograria êxito ou não. Diante da incerteza do dano, esse não poderá ser indenizado. Contudo, salienta que aparece um dano intermediário, distinto do dano autônomo do dano final, que seria a própria perda da chance e, este sim seria passível de indenização.¹¹³

Rafael Peteffi da Silva entende que “a perda faz com que um resultado futuro, que já era em certa medida aleatório antes do acidente ou da perda do prazo final, reste absolutamente impossível”. O autor aponta ainda que o ato culposo na teoria encontra-se na

¹¹⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹¹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 63.

¹¹² *Ibidem*, p. 63.

¹¹³ *Ibidem*, p. 63.

causalidade necessária com a interrupção do processo, pois não há como afirmar com certeza que os resultados seriam positivos ou negativos para a vítima do evento.¹¹⁴

Nessa linha, o autor exemplifica que no caso em que o advogado perde o prazo recursal ou no caso em que uma jovem sofre um acidente e perde as chances de conseguir emprego de aeromoça, fatos estes que são aleatórios, não há como precisar se o recurso interposto tempestivamente permitiria ao autor êxito na demanda, bem como que a jovem alcançaria o emprego. “Logo, as chances são uma ‘suposição legítima do futuro’, que podem ser mensuradas através das características do fato concreto e das estatísticas e presunções a ele aplicadas”.¹¹⁵

Rafael Peteffi da Silva assim ensina:

Nesses casos, a chance pode ser isolada como uma propriedade anterior da vítima, que está incluída no seu patrimônio e se encontra totalmente independente do dano final. Aqui o fato do ofensor impossibilita totalmente a ‘aposta’, rompido antes de chegar ao seu fim. Desse modo, resta absoluta a relação de causal entre o fato danoso e a perda das chances, caracterizando essas chances como um dano específico distinto do dano final.¹¹⁶

Nas palavras de Jean Penneau, Rafael Peteffi da Silva cita:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão desse ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.¹¹⁷

Afirma Pietroski que nessa modalidade de perda de chance é necessária a presença do nexo de causalidade, assim a conduta do agente é condição necessária para o dano consistente na chance perdida.¹¹⁸

¹¹⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 86-87.

¹¹⁸ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 64.

Entre os casos citados pela autora tem-se o advogado que não interpõe o recurso tempestivamente e, assim, seu cliente perde a oportunidade de ter sua demanda apreciada; do pintor que envia sua obra pelos correios, mas que por culpa deste tem sua pintura destruída.

2.4.2 *Perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido*

Essa segunda espécie também pode ser chamada de perda de uma chance na seara médica, em razão da maioria dos exemplos serem provenientes desse área.¹¹⁹

Pietroski afirma que este é um dano presente, ou seja, que já é verificado. Colaciona trechos dos ensinamentos de Fernando Noronha na mesma linha de pensamento:

[...] o dano surge exatamente porque o processo em curso (agora danoso) não foi interrompido, quando poderia ter sido; se tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem se poder saber agora se realmente isto teria acontecido.¹²⁰

Nessa espécie o dano final já é conhecido, mas não há como infirmar com certeza se a conduta do agente realmente contribuiu para a ocorrência do dano ou não, ou seja, não há como determinar exatamente a relação denexo de causalidade.¹²¹

Rafael Peteffi ensina que o juiz não pode fundamentar sua convicção com base em média abstrata encontrada por um perito. Ele deverá utilizar a estatística para embasar sua convicção, não a tomando como um fato absoluto:

Portanto, o juiz deve decidir de acordo com os fatos da causa, em que lado dessa média teoria se encontra a espécie que está sendo julgada, pois a simples apresentação da estatística não é dado suficiente para encontrar a causalidade necessária.¹²²

Os pensamentos de René Savatier, utilizados por Rafael Peteffi aponta que o autor afirma que a utilização da perda de uma chance na seara médica é um “paraíso para juiz indeciso”, devendo ser rechaçada, pois representa um “desvirtuamento dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema”. Dessa forma, assevera que caso

¹¹⁹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.64.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 64.

¹²¹ *Ibidem*. p. 64.

¹²² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

o juiz, ao analisar a demanda, não encontre com certeza elementos para condenar o médico ou o hospital deverá julgar im procedente ação.¹²³

Pietroski assentando a linha de que o nexo de causalidade nessa modalidade não é certo, exemplifica no caso em que um alarme defeituoso não funcionou no momento em que um furto foi realizado; bem como no caso de um erro no diagnóstico médico ou tratamento inadequado que levou os pacientes a perda da chance de cura ou de sobrevivência.¹²⁴

Não há como precisar que caso o alarme estivesse funcionando adequadamente o furto não teria ocorrido, nem que o paciente não teria sequelas ou teria sobrevivido caso o erro médico não tivesse ocorrido.

Pietroski salienta que:

[...] as principais diferenças existentes entre a perda de chance de obter uma vantagem futura e a perda de chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido são: o tipo de dano de cada espécie, que na primeira é futuro e distinto do prejuízo final, ao passo que na segunda é presente e consiste no próprio dano final; a relação de causalidade existe entre a conduta do agente e do dano causado à vítima, que na primeira espécie é plena enquanto na segunda é parcial;¹²⁵

Por fim, tem-se que a perda de uma chance por falta de informação, que é a chance perdida pela vítima não ter agido ou tomado a melhor decisão.¹²⁶

Rafael Peteffi da Silva afirma que “a reparação pela quebra do dever de informar ocorre sempre que a pessoa, que deveria ter sido bem informada, venha a sofrer um dano que poderia ter sido evitado pela informação adequada”.¹²⁷ Assim, a pessoa que tenha o dever de prestar informação é o agente causado da perda de uma chance.

Há um caso já decidido na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que foi concedida a indenização por perda de uma chance decorrente da ausência de informação, no qual um doador de sangue foi rejeitado por estar contaminado com o vírus da hepatite C. Ocorre que o hospital que realizou os exames apenas o rejeitou com o doador, mas nada o informou sobre os resultados dos exames a fim de que ele pudesse procurar

¹²³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

¹²⁴ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.65.

¹²⁵ *Ibidem*. p. 65.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 66.

¹²⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 162.

tratamento. Assim, ao não o informar, o hospital gerou a perda de uma chance de cura ou sobrevivência do doador.

Bem discutiu a matéria o relator:

[...] o réu tinha o dever de informar ao apelante que no seu exame de sangue havia constatado o vírus da hepatite C, o que possibilitaria o começo do tratamento necessário para amenizar a doença e evitar eventuais complicações. Assim, se vislumbra a perda de uma chance, a qual fica demonstrada pela frustração que o autor passou por não saber com antecedência o seu estado de saúde.

A respeito da perda de chances e também sobre a falta de informação, Fernando Noronha, afirma:

'Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado, fato antijurídico e, por isso a oportunidade ficou irremediavelmente destruída.

[...]

Já, vimos que esta situação ocorre quando alguém sofre um determinado dano por não ter tomado a melhor decisão, que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever, que incidia sobre ela, de informar ou aconselhar. Nestes casos, uma decisão mais esclarecida poderia eliminar o risco de o lesado sofrer o dano, ou pelo menos poderia reduzi-lo.'

(Noronha, Fernando. Responsabilidade por Perda de Chances. Revista de Direito Privado, Volume 23, ano 2005)

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado em qualquer circunstância. No caso dos autos, fica claro, o desrespeito do apelado no sentido de não prestar a informação devida no que se refere à saúde do apelante.¹²⁸

Pietroski afirma que essa modalidade de perda de uma chance se distingue das outras duas porque é necessária uma atitude da vítima a impedir ou não a concretização do dano.¹²⁹

Na mesma linha Rafael Peteffi.¹³⁰

¹²⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível nº 1999.71.00.029982-0/RS. 3ª Turma. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: < http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2755774&hash=6adbff64c3925097dfa77ebed7a50f66 >. Acesso: 3/6/2014.

¹²⁹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 68.

¹³⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 162.

2.5 Quantificação do dano

Uma grande controvérsia na aplicação da teoria surge sobre a forma de quantificar o dano oriundo da perda de uma chance, uma vez que não há uma regra específica para estabelecer o *quantum* devido a vítima pelo evento danoso.

Pietroski cita trecho do registro do Advogado Fábio Siebeneichler de Andrade ao tratar da perda de uma chance e aponta (1993, p.102):

É forçoso reconhecer, também, que não se estabelecem, com precisão, modelos para avaliar qual o montante do prejuízo a ser reparado pelo advogado. A dificuldade reside, sem sombra de dúvida, em como avaliar o dano pela perda de uma chance. Realmente, não há uma regra clara e definitiva. A doutrina já aludiu que o dano deveria ser estimado com base em uma avaliação estatística da probabilidade de vencer uma causa. A final, a simples existência de uma 'álea', comprovada estatisticamente, confirmaria a presença de um dano.¹³¹

A autora cita ainda a obra de Sérgio Novais Dias, em que ele aponta um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual o tribunal reconhece a responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, todavia ao tratar sobre a fixação do *quantum* indenizatório, determinou que esta fosse fixada em sede de liquidação de sentença por arbitramento:

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato que o dano corresponde apenas a perda da chance.¹³²

Nesse diapasão, nota-se que o tribunal transferiu ao juiz da execução o problema de estabelecer o valor da indenização.¹³³

Não há no ordenamento qualquer critério objetivo para que o juiz, diante da situação concreta, em base-se no valor a ser estabelecido, assim, deverá o magistrado se ater a questão reparadora do dano, observar que não se trata do valor do dano final e, assim, a indenização deverá ser arbitrada em valor inferior, fazendo todas ponderações valendo-se do princípio da equidade.

¹³¹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 68.

¹³² DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado - Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 55.

¹³³ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 69.

Pietroski aponta que um dos motivos para alguns doutrinadores não aceitarem a aplicação da teoria é justamente a dificuldade de quantificação do dano.¹³⁴ De outro lado, Sérgio Savi que assevera que a dificuldade de medir o dano não poderá ser utilizada como um mecanismo de não aplicação da teoria das chances perdidas.¹³⁵

A autora segue a orientação de Savi afirmando que não há como não impossibilitar a aplicação da teoria encontrando como fundamento o fato de não existir critério para a fixação do valor, pois estamos em um Estado que adota a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e da reparação integral dos danos.¹³⁶

Fernando Noronha “o que acontece é ter a chance perdida um valor menor do que o dano dito final”.¹³⁷ Acrescenta os ensinamentos de Sérgio Severo “deve ser levada em conta a probabilidade de que tal se sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privado a vítima”.¹³⁸

Na indenização por perda de uma chance, o valor da indenização deverá ser inferior ao dano final, ou seja, será menor que o valor que a vítima obteria caso o processo tivesse seguido o curso normal.

O valor da indenização deverá ser fixada equitativamente pelo juiz, ele deve tomar como premissa o dano final e fazer incidir sobre este o percentual da probabilidade de obtenção da vantagem esperada.¹³⁹

Fernando Noronha afirma que o valor da reparação dependerá do grau de probabilidade que deveria ser alcançada pela vantagem final esperada, assim deveria analisar a probabilidade do prejuízo causado.¹⁴⁰ Na mesma linha Raimundo Simão de Melo “o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado”.¹⁴¹

Conforme já mencionado nesse trabalho, o *leading case* “Show do Milhão” quando foi analisado pelo STJ em sede de recurso especial, obteve orientação no sentido de que a

¹³⁴ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 70.

¹³⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

¹³⁶ PIETROSKI, *op. cit.* p.70.

¹³⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.

¹³⁸ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14.

¹³⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda uma chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68.

¹⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 672.

¹⁴¹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.71.

recorrida não poderia obter a integralidade da indenização, pois tal circunstância só seria possível caso ela tivesse acertado a resposta, contudo, como não há como afirmar tal circunstância e sabendo que a pergunta final possuía quatro alternativas, ele deveria ser indenizada no percentual de 25% .

Rafael Peteffi afirma que a reparação pela perda de uma chance perdida deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada, inclusive nas espécies de dano moral. Exemplifica que “caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma percentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço”.¹⁴² No mesmo sentido Savi.¹⁴³

O autor, Rafael Peteffi, expõe, ainda que, antes a Corte de Cassação seguia o pensamento de que “a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado”.¹⁴⁴

Pietroski levanta a controvérsia no sentido de que a reparação da perda de uma chance não decorre do dano final, assim poderíamos dizer que a indenização pela perda de chances é parcial e dessa forma haveria uma incongruência com o art. 944 do Código Civil¹⁴⁵, contudo, Fernando Noronha explica:

Nota-se que o fato de a reparação ser concedida sob a forma de percentagem incidente sobre o valor que teria o dano final não significa que se esteja concedendo uma indenização parcial. A reparação, mesmo aqui, tem como medida a extensão do dano (cf. Código Civil, art. 944), ou seja, é integral.¹⁴⁶

Nesse diapasão Rafael Peteffi ensina que muitos doutrinadores e magistrados firmam que o fato de a perda de uma chance não ser reparada pelo dano final, não teria como ter uma reparação integral do prejuízo, mas ele mesmo estabelece que:

[...] isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda

¹⁴² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

¹⁴³ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68.

¹⁴⁴ SILVA, *op. cit.* p. 143.

¹⁴⁵ BRASIL. Código Civil. **Art. 944**. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹⁴⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.

de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida.¹⁴⁷

A forma utilizada pela jurisprudência norte-americana para calcular o valor da indenização por perda de uma chance muito se assemelha a dos juristas franceses. Em *Falco v. Memorial Hospital*, a Suprema Corte ao analisar o caso em que uma gestante veio a óbito logo após o parto devido a uma embolia, obteve informações dos peritos que a possibilidade ou não de morte era imprevisível e o médico não poderia ser responsabilizado, entretanto 37,5% das pessoas que passavam pela mesma situação poderiam sobreviver desde que recebessem o tratamento correto. Assim, a Suprema Corte fixou o entendimento no sentido de que o dano representava 37,5% do valor que seria concedido caso o médico fosse responsabilizado.¹⁴⁸

Pietroski conclui que a indenização pela perda de uma chance é integral, uma vez que o dano oriundo dela é plenamente reparável. Todavia, é importante salientar que a reparação pela perda de uma chance é distinta e tem valor menor que a do dano final.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 144-145.

¹⁴⁹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.76.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

3.1 Responsabilidade civil do advogado

A Advocacia, em razão da relevância do seu papel social, foi estabelecida na Constituição Federal de 1988 entre as funções essenciais à Justiça, ao lado de institutos como a Defensoria Pública e o Ministério Público.¹⁵⁰

Corrêa e Schio afirmam que com o surgimento da Constituição de 1988, bem como com o estatuto da advocacia, o advogado passa a ter uma função indispensável à administração da justiça, além de tornar-se um *múnus público*.¹⁵¹

O art. 133 da Constituição Federal¹⁵² estabelece as condições necessárias para o advogado exercer plenamente sua profissão, com liberdade e independência, sendo-lhe assegurada a inviolabilidade por seus atos e manifestações, nos limites da lei.

Em contrapartida, Sergio Cavalieri salienta que o advogado responderá pelos seus atos quando violadores de seus deveres profissionais.¹⁵³

O autor leciona que a responsabilidade do advogado deverá ser analisada sob duas ópticas: em relação ao cliente e em relação a terceiros.¹⁵⁴

Em relação à responsabilidade a terceiros, o advogado responderá subjetivamente, ou seja, deverá ser comprovada a existência de culpa ou dolo na atuação do advogado.¹⁵⁵

A responsabilidade do advogado em relação ao cliente é caracterizada pela responsabilidade contratual, salvo os casos em que o profissional atue com vínculo empregatício, ou como defensor público e procurador de entidades públicas, casos em que quem responde pelos possíveis danos causados é a pessoa jurídica de Direito Público ou Privado em nome da qual atua.¹⁵⁶

¹⁵⁰ CAVALLIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 389.

¹⁵¹ CORRÊA, Lujane A. M. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. **Revista das Faculdades Integradas Claretianas**, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

¹⁵² BRASIL Constituição Federal. **Art. 133**. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁵³ CAVALLIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p.389.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 389.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 391.

¹⁵⁶ CAVALLIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 389.

O contrato firmado entre o advogado e o cliente estabelece-se por meio do mandato, gerando uma responsabilidade do advogado sobre os serviços que serão prestados.¹⁵⁷

Sérgio Cavalieri ensina que:

Não é obrigado o advogado a aceitar o patrocínio de uma causa, mas, se firmar contrato com o cliente, assume *obrigação de meio*, e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la, nem a absolver o acusado. A obrigação é defendê-lo com o máximo de atenção, diligência e técnica, sem qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa.¹⁵⁸

Excepcionalmente, a responsabilidade de meio do advogado poderá converter-se em responsabilidade de resultado, conforme entendimento de Corrêa e Schio. Essas exceções ocorreriam na elaboração de um testamento ou contrato, trabalhos estes que não dependem de uma tutela jurisdicional, estando mais ligados aos desejos das partes envolvidas.¹⁵⁹

Manica reafirma a independência funcional do advogado no qual ele poderá recusar causas que violem sua independência funcional, bem como a ética profissional. Salvo quando o defensor participa de uma sociedade de advogados, sem uma relação pessoal de contratação, nessa hipótese, aplica-se a responsabilidade objetiva.¹⁶⁰

O advogado pode atuar como profissional liberal, quando age com autonomia e sem subordinação, respondendo subjetivamente pelos danos que causar a terceiros. Para que o causídico seja responsabilizado pelos danos que der causa, faz-se necessária a comprovação de culpa ou dolo do profissional.¹⁶¹

O mandatário só responderá quando agir com dolo ou culpa na prestação de seu exercício profissional, assim, não poderá ser displicente, imperito. Nesse diapasão, poderá ser responsabilizado quando cometer erros no desempenho do mandato, porém não são todos os erros que ensejam uma indenização. Conforme Stoco, o erro deverá ser “grave, irrecusável e efetivamente lesivo”, e para que seja estabelecido o *quantum* indenizatório é necessário observar o nível de culpa do advogado, com fulcro no art. 944 do Código Civil.¹⁶²

¹⁵⁷ CORRÊA, Ludjane A. M. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 389.

¹⁵⁹ CORRÊA, Ludjane A. M. SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. *Revista das Faculdades Integradas Claretianas*, Rio Claro, n° 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.

¹⁶⁰ MANICA, Giovanni Carter. *A responsabilidade civil do advogado perante seu cliente por ato praticado no exercício da profissão*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n° 1427, 29/5/2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9942>. Acesso em: 26/9/2014.

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 390.

¹⁶² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A responsabilização do advogado, normalmente, decorre de erros grosseiros ou omissão por negligência no desempenho do mandato, como a perda do prazo para contestar, recorrer e realização de preparo.

Nessas situações, aplica-se a teoria da perda de uma chance, na qual o ato ilícito causado retira da vítima a oportunidade de obter uma vantagem futura melhor.¹⁶³

3.2 Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance

Quando o advogado atua com negligência, causando diversos prejuízos ao seu cliente em decorrência de erros grosseiros, como a perda do prazo recursal, não pleitear uma diligência importante, nesses casos, aplica-se a teoria da perda de uma chance.

Pietroski ensina que na perda de uma chance o cliente perde a possibilidade de obter uma vantagem futura em virtude da inércia ou imperícia de seu constituinte.¹⁶⁴

Sergio Cavalieri, ao tratar sobre a perda de uma chance, afirma que:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilita um benefício futuro para a vítima, como deixar de obter uma sentença favorável pela omissão do advogado.¹⁶⁵

Na responsabilidade pela perda de uma chance o advogado responde em razão da probabilidade ou da certeza, ou seja, “que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”.¹⁶⁶

Assim, é necessário que a chance seja séria e real, e não uma mera expectativa de vitória. Como bem salienta Cavalieri “[...] a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético”.¹⁶⁷

Em decorrência da liberdade profissional do advogado, este poderá analisar em que situação será conveniente ou não adotar determinada medida processual, como no caso de recorrer, caso o mandatário entenda que o recurso é manifestamente incabível poderá abster-se de interpor. Contudo, não pode deixar de recorrer quando houver real necessidade de

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 390

¹⁶⁴ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 86.

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, *op cit*, P. 390.

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 42.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, *op cit*, P. 390.

interposição ou quando for a vontade do cliente. Nesta última situação, caso o profissional tenha convicção jurídica diversa da do cliente, poderá renunciar.¹⁶⁸

Nessa linha, Sérgio Cavalieri dispõe:

Assim como não está 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. Não importa, isso, quebra do contrato, desde que o advogado dê ciência da renúncia ao cliente, para que este o substitua.¹⁶⁹

Importante ressaltar que é inválido qualquer ajuste firmado entre o advogado e seu cliente que isente o advogado da responsabilidade civil na prestação de seus serviços.¹⁷⁰

Sérgio Novais Dias leciona que a cláusula que exclui a responsabilidade do advogado é inválida, em razão do art. 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷¹ Saliendo, ainda, que haveria a possibilidade de uma cláusula que limita a responsabilidade do advogado, somente em situações excepcionais, como no caso de cliente pessoa jurídica.¹⁷²

Fato importante a ser observado é que, mesmo nos casos justificáveis, em que seja possível estabelecer uma cláusula de limitação da responsabilidade do advogado, esta cláusula não poderá excluir ou eximir o advogado de sua responsabilidade, mas apenas limitar e restringir a sua aplicação.¹⁷³

Outra situação a ser destacada é que o mandatário possui conhecimento técnico para a condução do processo, dessa forma, caso o cliente concorde com determinada conduta do advogado, relacionado ao andamento do processo, tal concordância nem sempre terá o condão de excluir a responsabilidade do causídico, pois caso se evidencie que naquela situação era conveniente que o advogado agisse de outra forma e que o cliente não tem

¹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 390.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 391.

¹⁷⁰ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado - Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 87.

¹⁷¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Art. 51**. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

¹⁷² DIAS, Sérgio Novais. *op. cit.* p. 87.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 87.

condições e conhecimentos suficientes para compreender o resultado da sua concordância, poderá ser responsabilizado o advogado pelos prejuízos que causar.¹⁷⁴

Ponto crucial de discussão é sobre a percepção de honorários advocatícios pelo advogado diante da responsabilização civil de uma má prestação de seus serviços. Nesse aspecto não há, também, um consenso doutrinário. Parte da doutrina defende que não há direito do advogado na percepção de honorário, uma vez que, ele não teve cuidado, zelo e atenção na solução daquela demanda, nessa linha manifesta-se José de Aguiar Dias “o advogado que incide em qualquer caso de responsabilidade profissional não tem direito a honorários”.¹⁷⁵

Por outro lado existem aqueles que argumentam que o não pagamento de honorários ensejaria em enriquecimento ilícito por parte do cliente com o Sérgio Novais Dias:

Se o advogado, responsabilizado pela perda de uma chance, paga ao cliente a indenização fixada, este já foi inteiramente ressarcido quanto ao mau serviço prestado pelo advogado. Isentar-lhe, ainda, do pagamento dos honorários, pelos serviços prestados, significa promover o enriquecimento sem causa do cliente.¹⁷⁶

As problemáticas que envolvem o tema se devem a recenticidade do assunto e a não consolidação doutrinária e jurisprudencial, ainda, sobre o tema.

3.3 Algumas hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance

Sérgio Novais Dias elenca algumas hipóteses de caracterização da responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, abaixo algumas destas situações serão elencadas.¹⁷⁷

a) Falta de propositura da ação judicial

Essa hipótese caracteriza-se quando o cliente contrata o advogado para ajuizar uma determinada ação, porém o mandatário esquece de fazer ou por algum motivo retarda a propositura, podendo, nesta última situação, notar que o direito já decaiu ou prescreveu.¹⁷⁸

Nessa situação não há dúvidas que o cliente sofreu um prejuízo por negligência ou imperícia, ocorrendo a perda de uma chance de ter sua demanda analisada pelo Poder Judiciário.

¹⁷⁴ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado - Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 88.

¹⁷⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, P.429.

¹⁷⁶ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado - Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 89.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 72-86.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 72.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou em sede de apelação da indenização pela perda de uma chance ao cliente que teve seu direito de ação prescrito em virtude da falha do advogado. O cliente havia se aposentado pela Previdência Social em virtude de invalidez permanente para o trabalho e possuía seguro particular contratado pela empresa que trabalhava. Ao requerer administrativamente a cobertura securitária, teve seu pedido negado. Então, o advogado foi contratado para propor ação judicial em face do segurado, todavia retardou o ajuizamento da ação e quando o fez o prazo prescricional já havia se concretizado.¹⁷⁹

Na análise da Apelação Cível nº 70027291202/2009 entendeu que havia grande probabilidade de o cliente vencer a demanda, uma vez que a Previdência Social, já havia concedido a aposentadoria por invalidez.¹⁸⁰

Nessas situações, em que há a perda de uma chance pela falta da propositura judicial, Sérgio Novais Dias leciona que ocorre “uma espécie de paráfrase do julgamento anterior, que não ocorreu, onde o juiz da ação indenizatória terá de apreciar qual seria o provável resultado da ação não proposta”.¹⁸¹

b) Extravio dos autos

No caso de extravio dos autos, compete ao advogado promover a restauração, mesmo que não tenha sido ele o causador do extravio, e informar o cliente do ocorrido, em razão do dever de diligência que assume com o cliente.¹⁸²

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou um caso em que reconheceu a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois o advogado não restaurou os autos extraviados e nem comunicou tal circunstância ao cliente. Foi o primeiro julgado a recepcionar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.¹⁸³

Importante a transcrição do voto do desembargador Ruy Rosado Aguiar Júnior:

¹⁷⁹ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 86-87.

¹⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70027291202/2009. Ementa: [...] Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luis Lopes do Canto. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=advogado+e+securitaria+e+invalidez&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Adl&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3A486&as_q=#main-res-juris Acesso em 3/10/2014.

¹⁸¹ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado. Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p.73.

¹⁸² *Ibidem*, p.76.

¹⁸³ PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 89.

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo.¹⁸⁴

c) Não interposição do recurso

Conforme já mencionado, em regra, o advogado não é obrigado a recorrer, salvo se aquela medida for cabível e eficaz. Todavia, quando as chances de êxito são ínfimas poderá optar por não recorrer.¹⁸⁵

Quando analisamos a responsabilização do advogado na óptica da interposição do recurso devemos observar que não é só a não interposição que pode gerar prejuízos ao cliente, mas a perda do prazo recursal também poderá implicar em um possível dever de reparar. Em relação a este último caso, José de Aguiar Dias afirma que “a perda de prazo é a causa mais frequente de responsabilidade do advogado. 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 os ignore”.¹⁸⁶

Após essa breve análise, importante ressaltar que a aplicação da teoria da perda de uma chance não é tão simples, tendo em vista a dificuldade em comprovar alguns requisitos para a concessão da reparação civil.

3.4 Análise da aplicação da teoria da *perte d'une chance* no âmbito jurisprudencial

A teoria da perda de uma chance foi analisada em sede do Recurso Especial n. 993936/RJ, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, julgado em 27/3/2013, publicado no DJe 23/4/2012.

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 591064837, Quinta Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/8/1991. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=perda+e+chance+e+extravio+e+autos&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3A340&as_q=#main_res_juris. Acesso em 3/10/2014.

¹⁸⁵ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado - Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, P.74.

¹⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, P. 425.

A ação, na origem, pretendia a condenação do advogado, contratado pela parte autora em outra ação, em indenização por danos materiais e morais em razão do mandatário ter perdido o prazo para interposição de recurso especial.

A sentença julgou improcedentes os pedidos pleiteados pela autora, com a respectiva condenação ao pagamento de honorários advocatícios.¹⁸⁷

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação consignando a necessidade de pagamento de indenização por dano material.¹⁸⁸

A autora então interpôs recurso especial com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando a presença do ato ilícito, qual seja perda do prazo para interpor o recurso especial, e, dessa forma, a necessidade de indenização pelos danos morais suportados, uma vez que não foi avisada pelo causídico do fato sobre a intempestividade do apelo, o que permitiu que a autora acreditasse que algum dia teria seu recurso apreciado pela Corte Superior de Justiça.

¹⁸⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Recurso Especial n. 993936/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgada em 27/3/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=993936.num.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 3/10/2014.

¹⁸⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Recurso Especial n. 993936/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgada em 27/03/2012. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido. (REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012). Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=993936.num.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 3/10/2014

O Ministro relator ao apreciar a demanda abordou a possibilidade do advogado ser condenado ao pagamento da indenização, bem como analisou a responsabilidade entre o profissional e a cliente e a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso concreto.¹⁸⁹

Como já mencionado neste projeto, o relator apontou que a obrigação do advogado é de meio. Também abordou sobre a dificuldade da caracterização da teoria da *perte d'une chance*, uma vez que é difícil estabelecer o nexo causal entre a negligência e o dano. Saliendo a necessidade de comprovação que as chances são sérias e reais e não passam de meras possibilidades, nesse diapasão, informou que não basta apenas a alegação de que o advogado perdeu o prazo para interpor o recurso, que já estaria caracterizada a responsabilidade automática do profissional.¹⁹⁰

Após essas ponderações, o Ministro relator consignou, que embora o advogado tenha perdido o prazo para a interposição do recurso especial, houve a interposição do agravo de instrumento contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo apelo especial e com a interposição do agravo foi possível o efetivo reexame das questões postas em análise.

Importante a transcrição do trecho do voto do relator:

Verifico, ademais, que não obstante a perda do prazo para interposição do recurso especial, o agravo de instrumento intentado contra decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que ocasionaram a inadmissibilidade do primeiro apelo [...]¹⁹¹

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha se manifestado sobre o caso, ao final do julgamento aplicou o óbice da sua Súmula nº 7¹⁹², contudo, como o conteúdo do julgado analisou profundamente as vertentes da teoria faz-se necessária a análise.

Observa-se que a aplicação da perda de uma chance depende de chances sérias, reais e possíveis de vitória do cliente, todavia, no caso em comento, houve a perda do prazo para a interposição do recurso especial, mas o advogado não se manteve inerte para a consecução da

¹⁸⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Recurso Especial n. 993936/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgada em 27/3/2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=993936.num.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO Acesso em 3/10/2014

¹⁹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Recurso Especial n. 993936/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgada em 27/3/2012.

¹⁹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Recurso Especial n. 993936/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgada em 27/03/2012.

¹⁹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0007.htm. Acesso em: 26/09/2014.

análise da pretensão, intentando o recurso cabível e, assim, permitindo que o direito de seu cliente fosse analisado ainda que posteriormente.

Nesse sentido, insta salientar que a prestação jurisdicional nem sempre corresponde às expectativas do cliente, ou seja, a derrota nem sempre implica na perda de uma chance pelo outorgante, dessa forma, sempre deverão ser observadas todas as minúcias do caso concreto para que o operador do direito consiga vislumbrar os requisitos necessários à aplicação da teoria da *perte d'une chance*.

CONCLUSÃO

A presente monografia analisou a teoria de uma chance sob o enfoque da responsabilidade civil do advogado no exercício profissional do mandato, quando ele poderá ser responsabilizado civilmente a reparar as chances perdidas por seu cliente em razão da privação do constituinte em auferir uma determinada vantagem ou evitar um determinado prejuízo.

Conforme se observou a responsabilidade civil surgiu inicialmente de uma ideia de vingança coletiva, na qual o agressor era punido fisicamente pelo grupo adverso, mais tarde, a responsabilidade seguiu outras vertentes até a formação da sua atual concepção. No presente estudo, observamos a responsabilidade em seu aspecto civil, ou seja, a necessidade de uma reparação, normalmente pecuniária, dos danos provocados a uma determinada pessoa por culpa ou dolo.

A teoria da perda de uma chance teve sua origem na França com o escopo de reparar os danos causados pela perda de uma oportunidade séria e real, que caso não tivesse sido interrompida haveria chances de se obter determinada vantagem ou de se evitar determinado prejuízo. Necessária, portanto, como requisito da responsabilidade civil, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta negligente com o dano suportado pelo cliente.

Quanto à responsabilidade civil do advogado, observa-se que ela se estabelece com o cliente por meio de um mandato, acarretando responsabilidade do mandatário sobre os serviços prestados, firmando com seu cliente uma responsabilidade de meio, e não de resultado, a qual garante que durante a atuação profissional deverá defender o constituinte com atenção e diligência. Caso atue com negligência, causando prejuízos ao seu cliente, deverá ser responsabilizado, inclusive, pela perda de uma chance.

A problemática da responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance ocorre mais no aspecto do julgamento efetivo da lide. Se, por um lado, o advogado ao estabelecer um contrato com seu cliente poderá ser responsabilizado pelo seu inadimplemento, por outro lado surgem os questionamentos aos limites dessa responsabilidade. Outros aspectos que merecem ser observados, com cautela, são sobre como estabelecer uma justa quantificação de indenização se não há o conhecimento do resultado final, bem como a possibilidade, ou não, da percepção de honorários advocatícios frente a uma condenação por responsabilidade do advogado em sua atuação profissional.

Em relação aos limites da responsabilidade do advogado, discorreu-se sobre várias doutrinas que apontam os casos em que poderá repercutir a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance com o perda do prazo recursal, ausência de contrarrazões ao recurso, não interposição de recurso, entre outros. Frisou-se que no momento da análise o caso concreto, o operador do direito deverá levar em consideração se os argumentos apresentados pelo cliente lesado são compatíveis com o uma chance justa, séria e real; pois não há porque gerar um dever de indenizar se o advogado, conhecedor dos trâmites processuais, não recorre ao perceber que isso não será viável e eficaz.

Nessa mesma linha, as dúvidas acerca do estabelecimento do *quantum* indenizatório. Não há uma legislação que estabeleça como essa chance será calculada, bem como os critérios para sua averiguação. Não existe um consenso doutrinário sobre o tema, mas o magistrado sentenciante, na análise do caso, deverá direcionar a indenização para a frustração do cliente em obter determinado benefício e não pela própria vantagem perdida.

Outro aspecto controvertido recai sobre a percepção de honorários advocatícios pelo advogado diante da responsabilização civil de uma má prestação de seus serviços. Também não há consenso doutrinário sobre o tema, havendo aqueles que defendem a impossibilidade de percepção e outros que afirmam a possibilidade de recebimento sob o argumento do enriquecimento sem causa do cliente.

Nesse diapasão, foi possível perceber que, apesar de não possuir dispositivo expresso permitindo sua aplicação, a teoria da perda de uma chance vem, cada vez mais, sendo aplicada nos tribunais brasileiros, em razão de uma interpretação extensiva e analógica dos institutos. Ademais, admissível verificar sua aplicação na atuação negligente do advogado, bem como as peculiaridades e nuances da teoria para sua efetiva utilização.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2005. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html. Acesso em: 4 junho 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CORRÊA, Lujane Aparecida Marconi; SCHIO, Michele Cristina Montenegro. Responsabilidade civil do advogado. **Revista das Faculdades Integradas Claretianas**, Rio Claro, nº 3, p. 134-148, jan./dez. 2010.
- DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado- Perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Enunciados do Conselho de Justiça Federal aprovados *in* Jornadas de direito civil I, III, IV e V. Coordenador científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Centro de Estudos Judiciários. 2012, Brasília. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/com-pilacao-enunciados-aprovados-1-3-4-jornada-dircivilnum.pdf>. Acesso em: 2/6/2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MANICA, Giovani Carter. A responsabilidade civil do advogado perante seu cliente por ato praticado no exercício da profissão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n.1427, 29 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9942>. Acesso em: 26/9/2014.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano da Existência**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 435.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIETROSKI, Lisiane Lazzari. **Perda de uma chance e responsabilidade civil dos profissionais liberais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda um a chance**. São Paulo: Atlas, 2012.
- SEVERO, Sérgio. **O s Danos Extrapatrimoniais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 227. Ementa: [...] Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0227.htm>.
Acesso em: 2/6/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 7. Ementa: [...] Disponível em:
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0007.htm>.
Acesso em: 26/9/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. REsp 788.459/BA, Ementa [...] Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ 13/3/2006, p. 334.
Disponível: <
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=show+com+milh%E3o&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso: 2/6/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe 23/4/2012. Disponível: <
https://w2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20837529&num_registro=200702337574&data=20120423&tipo=91&formato=PDF>.
Acesso: 26/9/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Recurso Especial n. 1079185/MG, Rel. Min. Nancv Andrighi. Julgada em 11/11/2008. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1079185.num.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO Acesso em 3/10/2014

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Recurso Especial n. 1.190.180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1190180.num.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO Acesso em 3/10/2014

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Recurso Especial n. 9.939.36/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgada em 27/03/2012. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=993936.num.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO Acesso em 3/10/2014

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. v. II. São Paulo: Método, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Quinta Câmara Cível Apelação Cível N° 589069996. Ementa: [...] Julgado em 12/6/1990. Disponível em:
http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=589069996&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso: 2/6/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 700.272.91202. Ementa: [...] Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luis Lopes do Canto. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=advogado+e+securitaria+e+invalidez&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3A486&as_q=#main_res_juris. Acesso: 3/6/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 591064832. Quinta Câmara Cível. Ementa: [...] Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 29/08/1991. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=591064837&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25Altica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso: 2/6/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 591.064.837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/9/1991. . Disponível em :

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL., Recurso Inominado nº 71002171478, 2009. . Disponível em :

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível n. 1999.71.00.029982-0/RS. 3ª Turma. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Disponível em: http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2755774&hash=6adbff64c3925097dfa77ebed7a50f66. Acesso: 3/6/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, responsabilidade civil**. 8. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2008.