

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Fernanda Natale Barroso

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito do UNIFOR

Jéssica Francielly Couto

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito do UNIFOR

Recebido em: 25/04/2013

Aprovado em: 27/05/2013

RESUMO

O art. 133 da Constituição da República preceitua que o advogado é indispensável à administração da Justiça, dessa forma, presume-se que o advogado seja um profissional ético, responsável, conhecedor do seu ofício, apto a exercer a função da advocacia. Contudo, muitas vezes esta presunção não se confirma, cabendo a responsabilização civil deste profissional pelos erros cometidos. Diante deste cenário, o presente artigo realiza uma análise do instituto da responsabilidade civil, evidenciando-se as situações que ensejam essa responsabilidade, além de realizar uma análise mais detalhada acerca da responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Advogado. Perda de uma chance.

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

ABSTRACT

The art. 133 of the Constitution stipulates that the lawyer is indispensable to the administration of justice, thus, it is presumed that the lawyer is a professional ethical, responsible, knowledgeable of his craft, able to exercise the function of advocacy. However, many times this presumption is not confirmed, coming from civil responsibility for mistakes of this professional. Against this background, this paper provides an analysis of the institution of civil responsibility, highlighting the situations that cause this responsibility, in addition to conducting a more detailed analysis on the civil responsibility of the lawyer for the loss of a chance.

Keywords: Civil Responsibility. Lawyer. Loss of a chance.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da Responsabilidade Civil dos profissionais liberais encontra-se em evidência, eis que ordinariamente nos deparamos com profissionais que não adotam uma postura ética e agem de forma negligente, imprudente e imperita.

Infelizmente, o advogado, por vezes, é um desses profissionais que não adota uma postura ética condizente com as premissas contidas no Estatuto da Advocacia e da OAB e, por consequência, traz danos aos seus clientes que buscam o judiciário a fim de ter reparado o dano causado pelo seu advogado.

Dentre as várias espécies de dano que o advogado pode causar ao seu cliente, encontra-se a perda de uma chance, pois, dentre os erros mais comuns do exercício da advocacia, está a perda de prazos que pode culminar na deflagração do direito.

Nessa espécie de dano, a vítima possuía uma chance séria e real de obter uma vantagem, mas, pela conduta ilícita do advogado, essa chance é perdida.

Assim, presentes os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que serão analisados no decorrer deste artigo, o advogado pode ser condenado a indenizar seu cliente por essa perda.

Para demonstrar a responsabilidade civil do advogado em face da perda de uma chance, o presente artigo faz uma breve exposição da responsabilidade contratual e aquiliana, demonstrando seus elementos.

São expostos os fundamentos da responsabilidade civil do advogado sob o entendimento doutrinário acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, da validade da cláusula não indenizar e da forma com que é apurada a culpa deste profissional.

Aborda, também, a responsabilidade pré-contratual do advogado com a exposição da divergência da doutrina acerca dessa espécie de responsabilidade, bem como aborda a responsabilidade contratual do advogado em face da obrigação de meio.

Para arrematar, aborda a teoria da perda de uma chance e demonstra algumas hipóteses de responsabilização do advogado pela perda de uma chance em sintonia com a jurisprudência, demonstrando como é auferido o valor da indenização.

Diante de tais anotações, o presente artigo busca demonstrar a importância de se realizar o exercício da advocacia com ética e perícia, pois, do contrário, os profissionais de Direito poderão ser condenados a indenizar civilmente o seu cliente pelos danos causados.

2 BREVE INTRODUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em regra, todo ato que traz um prejuízo gera a responsabilidade ou o dever de indenizar.

A palavra responsabilidade vem do latim *respondere*, “designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo.” (DINIZ, 2010, p. 33), e a raiz latina *spondeo*, “fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais.” (DINIZ, 2010, p. 33).

De acordo com Maria Helena Diniz, pode-se definir a responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2010, p. 34).

No ordenamento jurídico brasileiro, existem dois tipos de responsabilidade civil, a contratual e a extracontratual.

A responsabilidade contratual é o descumprimento ou inadimplemento da obrigação prevista no contrato ou em negócio unilateral. Essa obrigação é preexistente ao descumprimento do contrato ou do negócio unilateral. Ou seja, antes do inadimplemento, já existia um contrato que vinculava as partes e o dano decorre justamente pelo inadimplemento desse contrato ou desse negócio unilateral. Pode-se citar, como exemplo, com base em Carlos Roberto Gonçalves:

Quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. (GONÇALVES, 2009, p. 26).

Em regra, a responsabilidade nesse caso é presumida. Com isso, inverte-se o ônus da prova, ou seja, a vítima deverá somente comprovar que a obrigação não foi cumprida, ficando assim o devedor com o *onus probandi*.

A responsabilidade extracontratual é também chamada de responsabilidade aquiliana. Nessa responsabilidade, o vínculo entre a vítima e o causador do dano só passa a existir após a prática do ato ilícito, ou seja, ao contrário da responsabilidade contratual, não existe um vínculo preexistente entre os dois. Nessa responsabilidade, tem-se um dever negativo, ou seja, o dever de não causar dano a ninguém, *neminem ledere*, além disso, a culpa não é presumida, ela deve ser provada pela vítima.

3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

A responsabilidade civil do advogado está disposta em vários dispositivos legais, dentre eles nos art. 32 e 33 da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), nos art. 927 c/c 186 do Código Civil de 2002 e art. 14 § 4º da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor-CDC).

A Lei 8.906 (Estatuto da Advocacia e da OAB) dispõe que o advogado é responsável por suas ações praticadas com dolo ou culpa enquanto estava exercendo sua profissão, e ainda dispõe

que ele é obrigado a cumprir os deveres dispostos no Código de ética e disciplinar. De acordo com os art. 32 e 33 da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB):

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

A responsabilidade civil também foi disposta no Código Civil de 2002 em seus art. 927 c/c art. 186:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 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.

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.

O advogado é um prestador de serviço, pois cliente e advogado se encaixam perfeitamente na definição de consumidor e fornecedor de serviço (art. 3º, §2º do CDC). No entanto, a doutrina é divergente quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, imputando a inversão do ônus da prova na relação advogado-cliente, em favor desse último.

Sérgio Cavalieri Filho orienta no sentido da responsabilidade pessoal do profissional liberal, sendo necessário apurar a culpa:

O §4 do art. 14 diz que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, não tendo o Código inovado porque a responsabilidade profissional é, de regra, subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 198).

Parte da doutrina defende que a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos advogados. De acordo com Paulo Luiz Netto Lobo (1996, p. 140), “a culpa é pressuposto da imputabilidade dos profissionais liberais, não se lhes aplicando as regras de presunção de culpa, nem de inversão do ônus da prova.”

Em que pese a divergência doutrinária, o melhor entendimento dispõe que a inversão do ônus da prova é cabível no presente caso, pois a relação estabelecida entre as partes é de consumo, de modo que não se pode ignorar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre a prestação de serviços, devendo, portanto, ser invertido o ônus da prova, nos termos do artigo 6º inciso VIII da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Contudo, o instituto possui limites, sendo vedado o elastério ao extremo, de modo a obrigar a parte a produzir prova sobre fato que afirma ser inexistente. Mas não se admite a inversão em grau de recurso, sob pena de colher a parte contrária de surpresa e suprimir a produção da contraprova necessária.

Ademais, o advogado é profissional liberal, que possui responsabilidade subjetiva, como se infere do art.14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[...]

§ 4º **A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.** (Grifo nosso).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

No que tange à responsabilidade civil do advogado, é indiscutível seu caráter contratual, decorrente do mandato. O advogado assume obrigações através do mandato judicial, o que significa dizer que “o mandato judicial impõe responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seus clientes.” (GONÇALVES, 2009, p. 253).

O advogado não assume obrigações de resultados e sim obrigações de meio, ou seja, ele não assume a responsabilidade de ganhar a causa e, sim, de defender seu cliente da melhor forma possível.

Nesse diapasão, Doni Júnior, com base em Maria Helena Diniz (2003, p. 51), entende, “todavia, que, apesar de ser um *munus* público, o mandato judicial apresenta uma feição contratual, por decorrer de uma obrigação de meio”.

A responsabilidade civil do advogado é subjetiva, ou seja, depende de demonstração de culpa para que haja o dever de indenizar.

O advogado responde pelos erros cometidos e pelos prejuízos causados aos seus clientes. Dessa forma, Maria Helena Diniz mostra que haverá responsabilidade do advogado:

- 1) Pelos erros de direito, desde que graves, podendo levar à anulação ou nulidade do processo. [...]
- 2) Pelos erros de fato que cometeu no desempenho da função advocatícia.
- 3) Pelas omissões de providências necessárias para ressaltar os direitos do seu constituinte, pois, se aceitou o patrocínio da causa, deverá zelar pelo bom desempenho do mandato, fazendo tudo que puder para sair vitorioso na demanda. [...]
- 4) Pela perda de prazo para cumprir determinação emanada do órgão da Ordem (Lei n. 8.906/94, art. 34, XVI) e para contestação ou recurso. [...]
- 5) Pela desobediência às instruções do constituinte, alterando-as, excedendo aos poderes nelas contidos ou utilizando os concedidos de modo prejudicial ao cliente, pois elas deverão ser observadas, visto que a função advocatícia não lhe permite dispor de direitos alheios a seu bel-prazer. [...]

- 6) Pelos conselhos dados ao cliente, sob forma de pareceres, desde que contrários à lei, à jurisprudência e à doutrina, não só pelo fato de ser o conselho absurdo ou errôneo como também por ter agido imprudentemente, pois o advogado deverá pesar as consequências ou os danos causados pela inexatidão do conselho dado (*Revista de Direito*, 29:493).
- 7) Pela omissão de conselho, fazendo com que o constituinte perca ser direito ou obtenha em resultado desfavorável ou prejudicial, quando poderia ter-lhe dado conselhos que o permitissem enveredar por um caminho vitorioso. [...]
- 8) Pela violação do segredo profissional, em virtude de imposição de ordem pública. [...]
- 9) Pelo dano causado a terceiro, embora excepcionalmente, pois seus atos são tidos como sendo do mandante, exceto se houver desvio, excesso ou abuso de poderes. [...]
- 10) Pelo fato de não representar o constituinte, para evitar-lhe prejuízo, durante os dez dias seguintes à notificação de sua renúncia ao mandato judicial (CPC, art. 45; Lei n. 8.906/94, art. 5º, parágrafo 3º, e 34, IX), salvo se for substituído antes do término desse prazo.
- 11) Pela circunstância de ter feito publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes.
- 12) Por ter servido de testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIX), bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.
- 13) Pelo fato de reter ou extraviar valores de clientes ou autos, que se encontravam em seu poder, recebidos com vista ou em confiança (Lei n. 8.906/94, art. 34, XXII).
- 14) Pela imputação, em nome do constituinte, sem anuência deste, a terceiro de fato definido como crime (Lei n. 8.906/94, art. 34, XV).
- 15) Pelo locupletamento à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou por interposta pessoa (Lei n. 8.906/94, art. 34, XX).
- 16) Pela recusa injustificada a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele (Lei n. 8.906/94, art. 34, XXI).
- 17) Pela omissão de informação sobre vantagens e desvantagens da medida judicial proposta e a ser proposta.
- 18) Pela conduta culposa que resultou em perda da chance de seu constituinte [...]**
- 19) Pelo patrocínio infiel, traindo, comissiva ou omissivamente, o dever profissional, prejudicando interesse do constituinte, violando os princípios da probidade e da boa-fé objetiva (CC, art. 422). (DINIZ, 2010, p. 295-298, grifo nosso).

Alguns doutrinadores como Maria Helena Diniz (2008) defendem que, além da responsabilidade contratual e extracontratual, o advogado possui a responsabilidade pré-contratual à luz da cláusula geral da boa-fé.

A responsabilização do advogado pode se dar pela omissão de providências preliminares passíveis de ressalvar o direito do seu cliente ou até mesmo na emissão de parecer errôneo.

O advogado fica responsável pelos conselhos dados ao seu cliente na proporção do dano que vier causar a seu cliente, conforme preconiza Maria Helena Diniz:

Pelos conselhos dados ao cliente, sob a forma de pareceres, desde que contrários à lei, à jurisprudência e à doutrina, não só pelo fato de ser o conselho absurdo ou errôneo como também por ter agido imprudentemente, pois o advogado deverá pesar as consequências ou os danos causados pela inexatidão do conselho dado. (DINIZ, 2008, p. 284).

O advogado que for omissor na tomada de providências, para resguardar o direito do seu cliente, responde civilmente pela sua omissão, desde que sua conduta traga algum prejuízo ao cliente, podendo ocorrer o perecimento do direito.

Destarte, por exemplo, se o advogado deixa de levar a protesto título de crédito entregue pelo seu cliente no prazo adequado ou não requeira tutela antecipada em uma situação de urgência,

levando seu cliente a ter seu direito deflagrado, pode ser condenado a indenizar o seu cliente pelo prejuízo sofrido.

Neste sentido, Maria Helena Diniz dispõe:

[...] Haverá, portanto, responsabilidade do advogado: 3) Pelas omissões de providências necessárias para ressaltar os direitos do seu constituinte, pois, se aceitou o patrocínio da causa, deverá zelar pelo bom desempenho do mandato, fazendo tudo o que puder para sair vitorioso na demanda (RT, 65:367). Assim, p. ex., responderá civilmente o advogado que: a) recebeu mandato para adquirir em hasta pública um terreno penhorado e deixou de fazê-lo (RT, 98:561, 104:164); b) devia protestar o título que lhe foi entregue para cobrança; c) não se habilitou em falência ou concurso de credores; d) permitiu que outro credor se apoderasse da quantia sobre a qual poderia recair a execução do seu cliente; e) deu causa à nulidade de atos indispensáveis à conservação ou ao reconhecimento dos direitos de seu constituinte; f) recusou um acordo proposto pela parte contrária, estando incumbido de uma causa difícil, e vir a perder a demanda etc. (Lei n. 8.906/94, art. 34, IX); g) não cumpriu obrigações assumidas em contrato de mandato judicial, deixando prescrever a pretensão de seu constituinte de perceber prestações devidas (RT, 749:267). (DINIZ, 2008, p. 284).

Verifica-se que o advogado deve, de forma zelosa, tomar todas as providências necessárias para o bom êxito da sua obrigação para com o cliente, promovendo tudo o que estiver ao seu alcance.

Noutro giro, o advogado que, de forma imprudente não segue as recomendações passadas pelo seu cliente ou nem lhe pede informações sobre a lide para que possa segui-las, possui responsabilidade sob os prejuízos que o seu cliente vier a sofrer.

Maria Helena Diniz complementa, dispondo que será responsável civilmente o advogado:

Pela desobediência às instruções do constituinte, alternando-as, excedendo aos poderes nelas contidos ou utilizando os concedidos de modo prejudicial ao cliente, pois elas deverão ser observadas, visto que a função advocatícia não lhe permite dispor dos direitos alheios a seu bel-prazer. Se não concordar com as instruções recebidas, deverá pura e simplesmente renunciar ao mandato (CPC, art. 45; Estatuto OAB, art. 5º, § 3º e Código de ética e Disciplina, art. 12 e 13). (DINIZ, 2008, p. 284).

É incontroverso que o fato de ter o advogado perdido o prazo para recorrer, contestar, entre outros atos, consiste em erro grave, sendo apurado segundo José Aguiar Dias de forma objetiva:

A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente (DIAS, 2011, p. 361).

O advogado é o primeiro juiz da causa. Dessa forma, cabe a ele analisar se aquela ação é cabível ou não, e quando for, deve ele ser competente para administrá-la, pois o advogado incompetente deve responder pelos prejuízos causados aos clientes.

De acordo com Ernesto Lippmann citado por Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade civil do advogado significa que este deverá, se considerado culpado, arcar com aquilo que seria razoavelmente ganho na demanda, ou ainda com os prejuízos que, comprovadamente, a parte perdedora sofrer em função da má atuação profissional. E há outras perdas, pois ser vencido numa demanda, sem dúvida, se traduz naquele estado

depressivo, o que leva a uma compensação em dinheiro pelo dano moral. (LIPPMANN, *apud* GONÇALVES, 2009, p. 256).¹

Dessa forma, o advogado deve sempre indenizar os prejuízos causados aos seus clientes, seja por dolo, por erro ou negligência, apesar disso, se tiver “desproporção entre a gravidade de sua culpa e o dano, o magistrado poderá reduzir equitativamente a indenização (CC, art. 944, parágrafo único; CPC, art. 127 e 1.109).” (DINIZ, 2010, p. 298).

5 A PERDA DE UMA CHANCE

A Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance surgiu na França e logo se estendeu para os outros países europeus, pois eles acreditavam que era necessária a indenização quando houvesse a perda de uma oportunidade, ou seja, “perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem” (SAVI, 2009, p. 3).

Muitos doutrinadores acreditam que a perda de uma chance é uma espécie de dano emergente, pois não há como saber se realmente o prejudicado conseguiria aquela vantagem caso não ocorresse o ato que o impossibilitou; o que se tem é uma probabilidade e não uma certeza. É por isso que a perda de uma chance está mais perto do dano emergente do que dos lucros cessantes.

Dessa forma, afirma Manuela Carvalho dos Santos em seu artigo “A Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance”:

Na perda da oportunidade deve-se demonstrar através de meios idôneos e permitidos em direito a seriedade da possibilidade de obtenção da vantagem perdida. Note-se que não se produz provas para demonstrar a certeza da conquista da vitória interrompida pelo dano, pois, se existir essa possibilidade estar-se-á na seara dos lucros cessantes. (SANTOS, 2007, p. 19).

É importante ressaltar que a chance de alcançar a vantagem almejada deve ser real e séria, pois uma possibilidade pequena ou somente hipotética não é sujeita a indenização.

De acordo com Manuela Carvalho dos Santos:

Ao se reportar a perda da chance, está a se falar na privação da possibilidade de trilhar os caminhos rumo à conquista da vantagem desejada. Nessa perspectiva, o prejuízo torna-se certo, determinado e perfeitamente indenizado ante seu reflexo no patrimônio do lesionado. (SANTOS, 2007, p. 12).

O valor a ser indenizado não é o valor integral que ele receberia caso não tivesse perdido a chance. “A chance de vitória terá sempre valor inferior que a vitória futura, o que refletirá no

1 A responsabilidade civil do advogado vista pelos tribunais, RT, 787/141.

montante da indenização.” (SAVI, 2009, p. 11). Isso ocorre porque a vantagem era uma possibilidade e não uma certeza.

Dessa forma, o juiz calcula o valor da indenização com base na probabilidade ou razoabilidade, ou seja, “quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada”. (SAVI, 2009, p. 68).

A perda de uma chance e a responsabilidade civil subjetiva possuem alguns pontos em comum como ter que mostrar qual o nexo causal entre o ato do ofensor e o dano, assim “como a necessidade de evidenciar a culpa do lesante vez que somente aplica-se a responsabilidade objetiva nos casos expressos em lei.” (SANTOS, 2007, p. 24). Apesar disso, elas são diferentes, pois a perda de uma chance não é uma espécie de responsabilidade subjetiva e, sim, uma modalidade de responsabilidade civil, como nos mostra Manuela Carvalho Santos:

Ademais constitui a perda de uma chance uma nova modalidade de responsabilidade civil e não uma mitigação da responsabilidade subjetiva consoante entendimento de uma vertente doutrinária. Chega-se a essa conclusão em razão da tênue divergência entre ambas, qual seja: A responsabilidade sem culpa decorre da ofensa ao resultado útil angariado pela vítima ou que certamente seria almejado (lucros cessantes), enquanto, a perda da chance corresponde à privação da oportunidade de alcançar o resultado útil. (SANTOS, 2007, p. 36).

O advogado tem obrigação de meio, ou seja, deve tentar proporcionar o melhor resultado para seu cliente. Se ele agir por dolo ou por culpa e por isso não atingir o objetivo, responderá por perda de uma chance.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

É de notória importância a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no exercício da advocacia, pois, dentre os danos causados pelo advogado na direção da causa, um dos mais frequentes é o dano pela perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance se mostra extremamente relevante diante da dificuldade em se estabelecer o nexo causal entre a conduta culposa do advogado e a real chance que o cliente detinha.

Não é o só fato de o advogado, por exemplo, ter perdido o prazo para o ajuizamento da ação, ocorrendo a prescrição, ou não recorrer dentro do prazo, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É necessária a ponderação acerca da probabilidade de que a parte teria de obter sentença favorável.

É nesse sentido o entendimento jurisprudencial:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. **Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.** 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. **Recurso especial conhecido em parte e provido.** (Resp. 1190180/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010, Dje 22/11/2010).

Registre-se que a perda de uma chance trata-se de uma espécie de dano que não se identifica com o dano emergente, nem tampouco com o lucro cessante conforme parte da doutrina. Assim, a primeira dificuldade que surge é quantificar o dano, pois, como dito alhures, a vítima perdeu apenas uma provável vantagem que foi interrompida por um ato ilícito.

Dessa forma, surge a dúvida de quanto vale a perda de uma chance. Em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves dispõe sobre a quantificação do dano:

A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a chance de obter o resultado útil esperado era, por exemplo, de 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera em razão da negligência do advogado. (GONÇALVES, 2009, p. 258).

Neste sentido, Sérgio Savi preleciona:

[...] para a quantificação da indenização do dano decorrente da perda de uma chance o juiz deverá partir do valor do resultado útil esperado e sobre este fazer incidir o percentual de probabilidades da vítima obter aquele resultado, não fosse o ato do ofensor. **O caso do advogado que perde o prazo para a interposição de um recurso de apelação pode ser utilizado como exemplo da forma exata de quantificação do dano da perda da chance. Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a cobrança de R\$**

10.000 (dez mil reais); que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição do recurso de apelação. Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado negligente chegue à conclusão de que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$10.000,00, e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja, 90%. Assim, nesta hipótese, o valor da indenização a título de danos materiais seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais). (SAVI, 2009, p. 69).

Postas tais premissas, cabe o ônus probatório à vítima que deve demonstrar que a chance perdida pelo ato ilícito do advogado era séria e real, bem como que a perda da chance ocorreu em virtude de ato culposos do advogado.

Nesta seara, a responsabilidade civil pela perda de uma chance será configurada, mediante a análise de caso em concreto, sendo observados os seguintes pressupostos: a) ato ilícito cometido pelo advogado; b) a real e séria chance e; c) o nexo de causalidade entre o ato ilícito e a perda de uma chance.

7 CONCLUSÃO

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade civil, buscando cada vez mais a reparação da vítima de forma integral, a teoria da perda de uma chance ganha aplicabilidade na jurisprudência.

Por outro lado, a responsabilidade civil dos profissionais liberais também encontra-se em evidência, principalmente no que tange à responsabilidade do advogado.

Assim, mostra-se indubitável a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no exercício da advocacia, pois, dentre os danos causados pelo advogado na direção da causa, encontra-se o dano pela perda de uma chance.

Diante deste cenário, a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance será configurada, mediante a análise de cada em concreto, sendo observados os seguintes pressupostos: a) ato ilícito cometido pelo advogado; b) se a chance perdida era real ou seria e; c) o nexo de causalidade entre o ato ilícito e a perda de uma chance.

Configurados os três elementos, será auferido o valor da indenização. O juiz, ao calcular esse valor, deve considerar que, segundo entendimento majoritário da doutrina, o valor a ser indenizado não é o valor integral que ele receberia caso não tivesse perdido a chance, além de verificar a probabilidade ou razoabilidade que a chance perdida teria de concretizar.

Por fim, em que pesem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, mostra-se de forma pacífica o

entendimento de que o advogado deve sempre indenizar os prejuízos causados aos seus clientes, seja por dolo, por erro ou negligência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, S. N. **Responsabilidade civil do advogado**: a perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

DONI JÚNIOR, G. **Responsabilidade civil do advogado e a ética no exercício da profissão**. Curitiba: Juruá, 2003.

FORTES, W. M. F. Responsabilidade civil do advogado. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7935>. Acesso em: 17 abr. 2013.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

LÔBO, P. L. N. **Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código civil comentado**. 4. ed. rev e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, M. C. dos. **A responsabilidade civil por perda de uma chance**. Disponível em: <www.diogocalasans.com/artigos/responsabilidadecivil.doc>. Acesso em: 17 abr. 2013.

SAVI, S. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.