

LA THÉORIE DE LA PERTE D'UNE CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO.

Marcelo Pasquini Brazil¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PÁTRIO. 2.1. CONCEITO E PRESSUPOSTOS. 2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL. 3. LA THÉORIE DE LA PERTE D'UNE CHANCE. 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. 5. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo tem como foco a temática da teoria francesa da perda de uma chance, aplicada na realidade do advogado. Busca-se aqui, uma breve conceituação e classificação sobre a responsabilidade civil, com o objetivo teleológico de se apontar a aplicação da teoria em xeque. Arrematando, assim, com o entendimento jurisprudencial da temática.

Palavras-chave: Teoria da perda de uma chance. Responsabilidade Civil. Advogado.

RÉSUMÉ: Cet article vise le thème de la théorie française de la perte d'une chance, en fait appliqué l'avocat. Dans un effort pour donner une brève conceptualisation et la classification sur la responsabilité, dans le but téléologique de pointer l'application de la théorie en question. Ainsi se terminera par la compréhension juridique de l'objet.

Mots-clés: Théorie de la perte d'une chance. Responsabilité Civile. Avocat.

1. INTRODUÇÃO

A principal marca da pós-modernidade é a efemeridade dos fatos e das relações. A cada dia novos fatos jurídicos são criados e é de responsabilidade do Direito acompanhá-los, para tentar, ao máximo, tutelar os interesses dos indivíduos.

Como nem sempre o Direito repressivo consegue conter o livre arbítrio das pessoas, o instituto da Responsabilidade Civil existe para, pelo menos, tentar, retornar um dano causado ao seu status *quo ante*.

Todavia, como será exposto neste artigo, existem alguns pressupostos para a configuração do dever de indenizar. Atualmente, existem fatos em que não se enquadram no

¹ Graduando em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS, em Ciências Sociais, com concentração em Sociologia, pela Universidade Federal da Bahia e presidente do Instituto de Estudos Jurídicos da UNIFACS.

“clássico” formato da Responsabilidade Civil. Dentre estes fatos, temos a chamada “teoria da perda de uma chance”, onde um ente é indenizado por uma possível perda de chance de conseguir algo.

Este tema, embora riquíssimo em campo de discussão, é pouco debatido, seja na academia, seja na doutrina. Usando como ferramenta balizadora a responsabilidade do advogado, este trabalho irá apontar a forma que esta teoria se aplica, juntamente com o atual entendimento de nossas cortes.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PÁTRIO

2.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Nas palavras de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona:

[...] ‘responsabilidade’ tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade [...] A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma **obrigação derivada**, ou seja, um **dever jurídico sucessivo em função da ocorrência de um fato jurídico** *lato sensu*² (grifos nossos)

Temos, portanto, que responsabilidade é uma obrigação decorrente de um fato jurídico *lato sensu*³. Em outros termos, a responsabilidade é a exigência, que a lei impõe, de um ente assumir a responsabilidade de seu ato, seja cumprindo uma pena pré-estabelecida em lei (responsabilidade criminal) ou indenizando civilmente o dano causado a terceiro (responsabilidade civil).

Vamos nos ater ao último ponto, que é a responsabilidade civil. Segundo o artigo 927 do Código Civil pátrio, temos: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁴. Analisando os artigos mencionados, temos que, para a configuração do direito de ser indenizado, o ato ao lesado precisa de alguns requisitos mínimos, nas palavras de douto professor Silvio de Salvo Venosa, os requisitos são: “**ação ou omissão** voluntária, relação de causalidade ou **nexo causal, dano** e finalmente, **culpa**”⁵. Uma vez presente estes requisitos, temos o dever de indenizar gerado.

² GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III, responsabilidade civil/ Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 7a edição, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 1.

³ Podemos entender “fato jurídico *lato sensu*”, como um fato capaz de dar origem a direitos subjetivos, criando, nestes termos, uma relação jurídica.

⁴ BRASIL, Código Civil, 2002

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil: Responsabilidade civil, São Paulo, Atlas, 2003, p. 13.

2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Uma vez expostos os pressupostos para a configuração do dever de indenizar, passaremos, de forma breve, a analisar as espécies de responsabilidade civil, no tocante a dois pontos: a culpa e a natureza jurídica da norma que ensejou o direito de indenizar.

Em linhas gerais, podemos dividir a responsabilidade civil em dois grandes grupos: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Neste caso, a cerca balizadora que irá dizer qual ato pertence a qual grupo é a noção de culpa. O código civil adotou, de forma geral, a responsabilidade civil subjetiva, conforme aponta seu artigo 186⁶. Para a legislação nacional, em regra, é necessário haver a culpa (sentido lato) da ação do indivíduo para gerar o dever de indenizar. Na contramão deste grupo, temos a responsabilidade objetiva, que constitui uma exceção à regra do ordenamento pátrio. O dispositivo legal norteador deste tipo de responsabilidade é o artigo 927 em seu parágrafo único, quando diz que haverá o dano, independente de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor ensejar risco para o direito alheio⁷. Temos assim, uma mitigação, em casos excepcionais, da necessidade de culpa para o dever de indenizar.

Uma outra distinção de espécie de Responsabilidade Civil pode ser feita quanto a natureza jurídica da lei que ensejou o ato ilícito, tendo assim: a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana (extracontratual). Esta distinção consiste, segundo Gagliano e Pamplona:

[...] se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual[...] Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação ficada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual"⁸

3. LA THÉORIE DE LA PERTE D'UNE CHANCE

⁶ “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.” BRASIL, Código Civil, 2002.

⁷ “Art. 927 [...] 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.” BRASIL, Código Civil, 2002.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III, responsabilidade civil/ Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 7a edição, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 16.

A teoria da Perda de uma Chance nasce como uma resposta dos doutrinadores para tentar suprir uma lacuna que a responsabilidade civil possuía. Acredita-se que esta teoria tenha surgido na *Cour de Cassation* (Corte de Cassação) (tribunal de última instância do Poder Judiciário), na França, onde a corte condenou um advogado a pagar indenização por retirar a chance de vitória da vítima.

Nas palavras do Professor baiano Luiz Carlos Assis Jr.:

A aplicação da teoria da perda de uma chance é uma nítida manifestação de que o Direito passou a considerar a incerteza como parte integrante da solução dos complexos e probabilísticos conflitos sociais.

Os casos de perda de chance ilustram as mudanças no conceito de lesão, explicitando-se que o dano a ser reparado é a chance perdida em si mesma. A chance perdida é entendida como um dano em si mesmo, autônomo e que deverá ser indenizado na medida de sua quantificação.⁹ (Grifos nossos)

Temos aqui uma quebra na teoria clássica da Responsabilidade Civil, onde a ideia de dano é mitigada. Tiramos aqui o dano propriamente dito e o transformamos na chance perdida. Sobre o tema, magistral é a definição de Claire Beraud em artigo da conceituada Universidade de Paris V René Descartes:

La perte d'une chance est le préjudice résultant de la disparition de la probabilité d'un évènement favorable, lorsque cette chance apparaît comme suffisamment sérieuse. Il résulte de la combinaison d'un préjudice initial : la perte de la chance que se réalise cet évènement favorable e d'un préjudice final, état réel de la victime. Mais seul le préjudice de perte de chance, préjudice initial, va pouvoir être réparé. Là réside toute l'ambiguïté de la notion. Pour en établir l'existence, les deux préjudices doivent être pris en compte [...], mais c'est le seul préjudice initial, qui va être réparé, ce qui permet de dire que le préjudice de perte d'une chance est un préjudice original.¹⁰

Como visto acima, de acordo com esta teoria, o vítima será indenizada pelo tolhimento, por parte de um terceiro, da chance de se conseguir algo. O objetivo final da vítima não é alcançado visto que o ofensor, por algum motivo e culpa, impediu que a vítima, pelo menos, tentasse conseguir seu desejo. Interessante foi a colocação de Fernando Noronha, quando indicou o termo “frustração”:

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. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da

⁹ JÚNIOR, Luiz Carlos Assis, A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1418> Acessado em: 15 de setembro de 2013.

¹⁰ BERAUD, Claire. La réparation d'une perte d'une chance, 2001. Disponível em: <http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf> Acessado em: 15 de setembro de 2013.

oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo em frustração da chance de se evitar um dano efetivamente acontecido¹¹

Teremos que analisar aqui se realmente existia um objetivo final da vítima e se esse “caminho” (leia-se tentativa), até o êxito de sua pretensão, foi interrompido por um motivo qualquer. São exemplos desta teoria a empresa de aviação que cancela, “de última hora” o voo de uma pessoa que iria realizar um concurso público ou até mesmo um médico, que ao diagnosticar muito tarde uma doença, reduz as possibilidades de tratamento do seu paciente.

A natureza jurídica desta indenização é um pouco conturbada, existem deusas divergências doutrinárias. Sobre este ponto, lúcida é a opinião de Márcia Vezzá de Queiroz, em que diz:

A discussão se impõe, pois parte dos doutrinadores entende que a perda da chance é uma espécie de lucro cessante, tendo em vista a perda da oportunidade de se obter um lucro, e outra parte da doutrina a considera uma espécie de dano emergente, que é a possibilidade de evitar um dano.

A teoria mais coerente na doutrina, no que diz respeito à natureza jurídica da perda da chance, é considerar esse instituto uma terceira modalidade de dano patrimonial, perfilando-a como intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante. Para os doutrinadores que seguem este entendimento, a vantagem esperada é atual, embora incerta, pois o que se analisa é a *potencialidade* de uma perda, e não o que a vítima deixou de lucrar ou o que efetivamente perdeu. Logo, na perda da chance existe um dano atual e baseado em hipótese.¹²

Um outro ponto interessante nesta discussão é: “o que será indenizado?”. Nesta teoria, a pura e simples perda de uma chance é o fato a ser indenizado, e não a pretensão final. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “a indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela própria vantagem”¹³.

Por fim temos aqui, talvez, a pergunta mais importante nesta teoria, qual chance deve e qual chance não deve ser indenizada? Como Beraud apontou, a chance a ser indenizável é somente a **chance “séria”** que gerou **prejuízo “real”**, mas o que seria isso? As discussões aqui são inúmeras na doutrina (ainda pequena, nesta temática) brasileira.

Uma regra geral para a problemática da chance é rechaçada, a doutrina aponta aqui, que cabe ao caso concreto a discricão do magistrado em dizer se a chance ali presente era ou não séria. Na obra intitulada “Responsabilidade civil por perda de uma chance”, o doutor em direito civil Sérgio Savi, aponta que somente chances de êxito superiores a 50% deveriam ser indenizáveis. Segundo o autor “na presença de um percentual desfavorável superior aquele

¹¹ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 665

¹² QUEIROZ, Márcia Vezzá. A teoria da perda de chance – evolução da responsabilidade civil e sua possibilidade em nosso ordenamento jurídico. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. São Paulo: Metodista, 2011. p. 63

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.394

favorável, não há razão alguma que possa justificar a prevalência da segunda sobre a primeira e, assim, o ressarcimento de um dano não demonstrado”¹⁴.

Seu raciocínio, do ponto de vista lógico, faz sentido, visto que, *verbi gratia*, se a chance de uma pretensão é de, em média, 30%, a pessoa tem mais chance de perder do que concretizar sua vontade. Todavia, se o problema não for analisado à luz do caso concreto, utilizando-se apenas este critério “matemático”, aberrações como uma indenização de perda de chance de êxito de 51% seria válida e de uma chance de 49% não, o que no fim não teria muita diferença.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Com a massificação dos números de cursos de direito, a quantidade de bacharéis que são “lançados” no mercado de trabalho todos os anos só cresce. A Ordem dos Advogados do Brasil faz um ótimo trabalho ao aplicar o “Exame de Ordem”, filtrando muitos bacharéis que seriam ruins (até mesmo péssimos) advogados. Entretanto, mesmo com todo este filtro, muitas pessoas se tornam advogados e acabam por prejudicar seus clientes.

Como vimos, para a caracterização da responsabilidade civil é necessário, minimamente, um elo entre o fato gerador do dano e o dano (nexo causal), o dano propriamente dito e a culpa em seu sentido lato. Vimos que a culpa pode ser mitigada em relação à responsabilidade objetiva e que o dano, por assim dizer, não precisa ocorrer, bastando a perda de uma chance. Disso, temos aqui, que o elemento mais importante da responsabilidade é o nexo causal, fato que não é diferente entre a relação advogado e cliente.

As possibilidades que podem ensejar uma reparação cível do cliente para com seu advogado são numerosas. Somente a título de exemplo, podemos ter: um advogado que não atende algum prazo recursal ou até mesmo um advogado contratado, que não distribui a ação de seu cliente e este acaba tendo seu direito prescrito.

Os fatos que ensejam responsabilidade são tão grandes quanto a mente humana, todavia a relação advogado e cliente merece uma atenção maior. Mesmo sendo uma obrigação contratual de meio¹⁵, a desídia do advogado pode ensejar indenizações.

¹⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 257.

¹⁵ “Obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor.” DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 197.

Tomemos como exemplo um cliente que argui na justiça a validade de um título de crédito no valor de dez mil reais e que teve sua sentença de primeiro grau desfavorável. Se o advogado, que fora contratado para fazer a melhor representação possível de seu cliente em juízo, acreditando que seu cliente estaria certo, caberia ao mesmo interpor recurso ao respectivo tribunal, apelando da sentença. Todavia, por completa desídia do advogado, este perde o prazo do recurso e interpõe-lo intempestivamente, sendo o tribunal *a quo* obrigado a julgá-lo improcedente, fazendo assim coisa julgada pelo pleito. Caberia, neste caso, uma possível ação de responsabilidade civil do cliente para com seu advogado? A resposta neste caso é positiva. Porém, um fator que devemos atentar aqui é o fato do *quantum* que será pedido nesta nova ação. Seria este o valor do título de crédito debatido anteriormente? A resposta nesse caso é negativa. Embora o cliente, primeiramente, tenha perdido integralmente o valor do título de crédito, o juiz que julgará esta nova ação não poderá conceder este valor nesta nova demanda. Isto, sob pena de estar julgando matéria já transitada em julgado além do fato de que, em se tratando da teoria de perda de uma chance, a indenização cabe à possibilidade perdida (o fato de ter tido seu direito tolhido pelo advogado) e não pelo objetivo fim que a pessoa possuía (o valor integral do título de crédito). Cabendo neste caso ao juiz, arbitrar um valor indenizatório com base na probabilidade que o autor teria de ganhar a ação primeira.

Toda a discussão do valor a ser indenizado, repousa aqui na questão da probabilidade. É necessário, na figura do magistrado, fazer um juízo de valor, para analisar se a **chance perdida** era **séria e real**¹⁶. Uma vez feita esta constatação, o segundo passo é analisar qual era a probabilidade de chance de vitória sobre a demanda perdida. Feito isto, o valor a ser indenizado seria proporcional a esta chance sobre o valor anteriormente perdido. Neste mesmo entendimento, temos a doutrina do desembargador Ênio Zuliani, citado pelo também desembargador, professor Carlos Roberto Gonçalves:

O cliente não perde uma causa certa; perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilização ajuizada pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance [...] o único parâmetro confiável para o arbitramento da

¹⁶ “Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade.” SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69

indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz.¹⁷ (Grifos nossos)

No tocante a esta probabilidade, temos um pequeno adendo. No Brasil, a partir de 2005, com a criação das súmulas vinculantes, um outro posicionamento pode ser criado acerca do *quantum* indenizatório se utilizando da teoria em xeque. Estas súmulas, tendo seu poder vinculante para todo sistema judiciário, consolidam um entendimento constitucional orientando todos os juízes a julgarem da mesma forma. Neste caso, como se daria uma possível indenização de perda de chance de uma matéria, que poderia ser julgada com uma súmula vinculante, visto que o juiz teria que julgar de acordo com a mesma? Neste caso, é acertado o posicionamento de Sérgio Savi, onde diz que

na vigência do sistema de súmula vinculante será possível, em alguns casos concretos, condenar o advogado que perde um prazo para interposição de um recurso ao pagamento de lucros cessantes, ao invés de condená-lo ao pagamento de indenização pela perda da chance¹⁸

Na Europa, esta temática é muito mais incutida na sociedade. A título de curiosidade e aprofundamento, temos um recorte do sítio eletrônico da Ordem de Advogados de Portugal. Esta, já vislumbrando possíveis erros e protegendo sua classe, criou, um seguro, automático e universal, para todos os inscritos em sua ordem, em que o profissional fica resguardado de sua responsabilidade perante seus clientes. Segundo própria propaganda do seu sítio eletrônico “São garantidos os pagamentos de indemnizações que possam ser exigidas aos Segurados (advogados com inscrição em vigor na OA), a título de Responsabilidade Civil Profissional, nomeadamente com base em erro ou omissão no exercício da actividade profissional de advocacia.”¹⁹.

6. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criada na década de 1960 na França, esta teoria, embora crescente, é pouco difundida no Brasil, seja na doutrina ou na consciência dos operadores do direito. Segundo pesquisa de Sérgio Savi

¹⁷ GONÇALVES, Carlo Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274

¹⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009 p. 62.

¹⁹ Seguro de Responsabilidade Civil Profissional 2012/2013. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=39750&ida=115351 Acessado em: 15 de setembro de 2013.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990, relatado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Curiosamente, neste caso a análise da teoria foi feita justamente para dizer que não se aplicava ao caso concreto. Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico. A autora da ação havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro da qual resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretaram névoa no olho operado. Ao analisar as provas dos autos, o Tribunal chegou à conclusão de que a hipermetropia em grau dois e as cicatrizes na córnea eram consequências diretas e imediatas do erro cometido pelo médico na cirurgia. Ou seja, neste caso foi possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final, não havendo, portanto, que se falar em indenização da chance perdida [...] ²⁰

Com o passar dos anos, o Superior Tribunal de Justiça já teve possibilidade de analisar a referida teoria. Em 2008, um recurso especial de relatoria da ministra Nancy Andrighi já tratou do tema. Nela, a relatora aponta a necessidade da chance séria e real, como segue:

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

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

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

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. (Grifos nossos)²¹

²⁰ SAVI, Sérgio. Op. cit. p. 48

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. ° 1.079.185 – MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11/11/08.

Em 2012, também em sede de Recurso Especial, o ministro Luis Felipe Salomão, no RESp n. 993.936/RJ, também analisou a temática em foco, como segue:

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.²² (Grifos Nossos)

Com os julgados do Superior Tribunal de Justiça, podemos ver que a questão da teoria da perda de uma chance é aplicada segundo a melhor doutrina. Em ambos os julgados, a figura da relação contratual entre o advogado e o cliente é levado em conta, antevendo possíveis discussões quanto a obrigação de meio ali presente. Todavia, configurada a negligência e desídia por parte do advogado, pode-se configurar a indenização por perda de chance. O fator seriedade e realidade da chance é sempre levado em conta, para configurar ou não o direito à indenização, rechaçando uma possível indenização automática, por todo e qualquer ato do advogado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 993.936/RJ. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 23/4/2012

Diante do quanto exposto, podemos ver o quão importante é a teoria da perda de uma chance para a conjuntura social atual, principalmente em se tratando da relação cliente e advogado.

As possibilidades do dever de indenizar do advogado são muitas, desde que fique comprovado que este não agiu com o zelo e prudência necessária da profissão.

Como vimos, o ordenamento pátrio, por não possuir um dispositivo legal direto, legislando sobre o assunto, apresenta uma certa manobra em se saber qual chance pode ou não ser indenizável. Todavia, como as cortes vem entendendo, respaldadas por diversos doutrinadores, essa chance perdida precisa ser sempre séria e real. Cabendo, aqui, ao lesado, provar em juízo, restando para si uma indenização correspondente a sua probabilidade de êxito. Podendo esta variar de 0% a até 100%, como foi demonstrado acerca da teoria levantada sobre as súmulas vinculantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos, A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1418> Acessado em: 15 de setembro de 2013.

BERAUD, Claire. La réparation d'une perte d'une chance, 2001. Disponível em: <http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf> Acessado em: 15 de setembro de 2013.

BRASIL, Código Civil, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 993.936/RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27/3/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. ° 1.079.185 – MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11/11/08.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III, responsabilidade civil/ Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlo Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORDEM DOS ADVOGADOS. Seguro de Responsabilidade Civil Profissional 2012/2013. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=39750&ida=115351 Acessado em: 15 de setembro de 2013.

QUEIROZ, Márcia Vezzá. A teoria da perda de chance – evolução da responsabilidade civil e sua possibilidade em nosso ordenamento jurídico. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. São Paulo: Metodista, 2011.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil: Responsabilidade civil, São Paulo, Atlas, 2003.