

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO: ANÁLISE SEGUNDO A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LO ABOGADO: CRÍTICA SEGÚN LA TEORÍA DE LA PERDA DE UNA OPORTUNIDAD

**Patricia Martinez Almeida
Murilo Pina Bluma
Regina Monique Maciel Gonçalves**

Resumo

O presente trabalho sobre a responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance, teve por finalidade explicar a teoria da perda de uma chance no que concerne a responsabilidade civil do advogado. A pesquisa se justificou na grande discussão e desconhecimento acerca da teoria em questão. Para tanto, o estudo pautou-se no método de abordagem dedutivo, utilizada a análise bibliográfica, e a teoria da perda de uma chance como referencial teórico. Como hipótese inicial defendeu-se a possibilidade de responsabilização do advogado pela perda de uma chance. Concluindo a importância deste instituto em nosso ordenamento jurídico.

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

Abstract/Resumen/Résumé

Este presente trabajo sobre la responsabilidad civil del abogado según la teoría de la perda de una oportunidad tienen la intención de aclarar dudas sobre el tema. La encuesta, se justifica en la gran discusión sobre la teoría. El estudio se basa en el método de abordaje deductivo, utilizado en el análisis de lectura, y la perda de una oportunidad como marco teórico. Como hipótesis inicial defiende la responsabilidad para el abogado. Concluyendo, la importancia de esta institución en nuestro sistema legal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Responsabilidad civil, La perda de una oportunidad, Abogado

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as discussões versando sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance para se responsabilizar os mais variados agentes têm aumentado significativamente, dividindo a doutrina de maneira dicotômica, entre os que são a favor da aplicação da teoria e os que são contra. Desta forma, faz-se necessário a redação de trabalhos científicos cuja pretensão seja discutir e analisar esta situação, a fim de transpô-la e melhorar a sociedade, tornando-a mais justa.

O tema deste trabalho reflete a necessidade de analisar a responsabilidade civil do advogado de acordo com a teoria da perda de uma chance. Sendo assim, têm como objetivo analisar tal teoria, explicando-a, e, relacionando-a com o contexto atual, dizer se há pertinência em responsabilizar o advogado civilmente com base nela. A pesquisa problematiza, portanto, a aplicabilidade da tese da perda de uma chance na prestação de serviço jurídico do advogado, no cenário atual brasileiro.

Para tanto, no item 2, será feita uma breve conceituação do termo responsabilidade civil, com a finalidade de introduzir o leitor na área em cujo o tema está locado. No item 3, far-se-á nova conceituação, agora versando sobre a responsabilidade civil do advogado, e, buscando novamente introduzir e ambientar o leitor acerca do tema que será tratado. No item 4, passa-se à uma análise da teoria da perda de uma chance, explicando sua criação, seu significado, e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. No item 5, será estabelecida uma relação entre a teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil do advogado. Já no item 6, finalizando o desenvolvimento, será exemplificado os meios de quantificação da indenização da vítima se aplicada a teoria em questão.

Como hipótese inicial será defendida a possibilidade de responsabilizar o advogado, utilizando a teoria da perda de uma chance, buscando a traçar os parâmetros para sua aplicação.

Tendo em vista que o método científico é o conjunto de ações sistemáticas e racionais que permitem ao pesquisador atingir seu objetivo sem se perder no caminho, é importante a presença de um método para desenvolver qualquer trabalho científico. Nesse raciocínio, o presente utilizará o método de abordagem dedutivo, através do qual o pesquisador parte de uma premissa geral para uma conclusão específica. Além disso, será utilizada pesquisa bibliográfica e documental para compor o entendimento sobre o tema. O referencial teórico adotado pelo projeto será a teoria da perda de uma chance.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes que se possa adentrar ao tema da responsabilidade civil do advogado pela aplicação da teoria da perda de uma chance, faz-se necessário conceituar alguns termos para maior apreensão do tema.

Atualmente, o entendimento da necessidade de reparar o dano causado à vítima, que o sofreu em razão da prática de ato ilícito por outrem, está amplamente difundido, e se mostra como o motivo de várias ações judiciais. Em todo o Brasil, vários indivíduos solicitam a tutela jurisdicional, na posição de vítimas, para ter ressarcido seu prejuízo sofrido, ou, em outras palavras, procuram a responsabilização civil dos causadores do dano.¹

Nos termos de Rui Estoco (2007, p.114):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Portanto, a responsabilidade surge como uma resposta a determinado ato que vem a gerar algum dano, sendo, assim, fundamental para a boa convivência e para o equilíbrio social, se traduzindo em parte essencial ao funcionamento da sociedade e da justiça.

Conforme de De Plácido e Silva (2010, p. 642) a responsabilidade civil é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção

Sendo assim, pode-se considerar a responsabilidade civil como uma obrigação jurídica, pois implica como consequência da prática de atos jurídicos ilícitos e lesivos uma obrigação de reparar ao autor, de natureza contratual, ou, extracontratual, que estipula a necessidade de se ressarcir a vítima de prejuízo patrimonial ou moral, para que haja o restabelecimento do equilíbrio nas relações sociais.

Além disso, sintetizando de maneira mais clara os conceitos anteriores, Silvio Rodrigues (2003, p. 6) estabelece que “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a

¹ Nos termos da pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016, ações envolvendo responsabilidade civil figuram em quinto lugar dentre as dez ações mais recorrentes no país, totalizando assim um montante de 903.628 mil ações versando sobre esse tema.

reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Portanto, em resumo, responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação de reparar prejuízo que cabe ao indivíduo causador de algum dano a outrem.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Tendo conceituado o que seria a responsabilidade civil, faz-se pertinente analisar a responsabilidade civil do advogado.

O mandato judicial é a forma de contrato pela qual o advogado cria vínculo jurídico com seu cliente, adquirindo, por consequência, a responsabilidade de não causar danos à este, seja o dano moral ou material. A partir da característica contratual do mandato podemos inferir, portanto, que o contrato firmado entre advogado e cliente possui natureza contratual, e por tanto, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.425-226):

A responsabilidade do advogado se assemelha à do médico, pois não assume ele a obrigação de sair vitorioso da causa. São obrigações de meio as decorrentes do exercício da advocacia e não de resultado. Suas obrigações contratuais, de modo geral, consistem em defender as partes em juízo e dar-lhes conselhos profissionais.

Entende-se, pois, que a obrigação adquirida no mandato pelo advogado, muito embora seja contratual, não se relaciona com o resultado, estando o mesmo obrigado somente a valer-se de todos os meios possíveis para atingir o objetivo do seu cliente, não podendo fazer nada se na causa tal objetivo tornar-se de impossível alcance. Vale ressaltar, porém, que nos casos em que o advogado se responsabiliza a desempenhar funções tais quais, elaborar contratos, ou, uma minuta de escritura pública a obrigação assumida por ele passa a ser de resultado.

Consoante com o até agora exposto, a lei nº8.906/94, também conhecida como Estatuto da Advocacia e da OAB, deixa claro em seus artigos 32 e 33 a responsabilidade do advogado no exercício de sua função em não prejudicar ou causar dano ao seu cliente, sob a pena de ser responsabilizado administrativamente, nos termos próprios da lei e do Código Civil brasileiro, em seus artigos 927, e 186².

² Lei nº8.906/94 (BRASIL, 1994): 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.”.

4. DO SURGIMENTO DA TEORIA E CONCEITO DE PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance “*perte d’une chance*” é originária do ordenamento jurídico francês, tendo sido aplicada pela primeira vez à seara médica, por volta da década de 60 e, posteriormente alcançado a outras situações.

Quanto à terminologia da teoria, Sérgio Savi (2012, p.13) entende que o termo chance “significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda. Assim entendida, a perda de uma chance assumiria um valor econômico, um conteúdo patrimonial.”.

Nas palavras de Serpa Lopes (2005, p. 375), a perda de uma chance ocorre quando “o causador de um dano, por ato ilícito, com o seu ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo”.

Como já mencionado, a relação entre o causídico e o cliente é de natureza contratual. Firmado contrato entre as partes, o advogado assume uma obrigação de meio, não estando adstrito a vencer a causa, posto que caberá ao Poder Judiciário decidir acerca do resultado. Todavia, tal não exime o advogado do ressarcimento dos prejuízos causados ao patrimônio do cliente, decorrentes da violação a um dever profissional, e portanto causando um prejuízo a uma oportunidade de seu cliente, sendo inválida qualquer cláusula de isenção de responsabilidade ou de não indenizar.

Essa responsabilização surgirá sempre quando atos ou omissões desidiosas do patrono venham a acarretar a perda da probabilidade de vitória do cliente em ver o seu direito reconhecido.

Pela teoria, o que não se admite é o exercício da advocacia com debilidade, de modo que o advogado deve assumir a responsabilidade pela prática de erros inescusáveis cometidos no desempenho de suas atividades profissionais, arcando com os danos suportados pelo cliente.

Conforme Sérgio Savi (2012, p.35), a responsabilidade civil do advogado surge pela “perda da oportunidade sofrida pelo cliente, suscitada pelo profissional do direito, de ver examinada em juízo uma pretensão, ou de ver reformada em seu favor uma decisão judicial, que lhe foi desfavorável e contra a qual ainda cabia recurso.”

Para Cavalieri Filho (2008, p. 75), a teoria da perda de uma chance é aplicável nos casos em que o ato ilícito praticado acaba por cercear a vítima de sua oportunidade de ser beneficiada, sustentando o autor que:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Contudo, faz-se necessário averiguar os detalhes do suposto dano causado pelo advogado ao seu cliente, quando aquele deixa de atuar em momento oportuno ou, agindo, o faz de forma errônea, perdendo a chance de praticar um ato que poderia ser uma oportunidade da conquista de um melhor resultado à quem o contratou para a defesa dos interesses.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Dentre as situações de perda de uma chance por falha do profissional da advocacia destacam-se: a falta de propositura da ação judicial, a não interposição de recursos, a perda do prazo para recorrer, o pedido não formulado, a omissão na produção de prova necessária, o extravio de autos, a ausência de sustentação oral, etc. Pela conduta culposa do causídico, o cliente sofre a perda da oportunidade de obter no Judiciário o reconhecimento e satisfação de seus direitos.

Como visto, o advogado deve responder pelos erros cometidos, reparando os danos ao cliente por falta de diligência e prudência no desempenho do mandato. Entretanto, não se pode atribuir ao profissional da advocacia a responsabilidade por toda causa perdida.

Para que seja devidamente aplicada a teoria da perda de uma chance, deve-se apurar em cada caso concreto, quais possibilidades do cliente foram realmente perdidas e quais seriam de fato vantajosas, não se tratando de mera adivinhação sobre o resultado do recurso. Assim, a reparação deve se pautar na probabilidade de que a chance seria realizada e na certeza de que a vantagem perdida resulta em prejuízo.

Não obstante não se possa prever o resultado final da demanda, é possível presumir o dano passível de indenização. Cabe salientar que não é toda oportunidade perdida que deve

ser indenizada, mas somente a chance séria, real e atual, fracassada por erro do patrono, cuja obrigação de meio deixou de cumprir.

Cabe ressaltar que na teoria da perda de uma chance o que se busca ressarcir é a chance em si, sendo a perda um dano que não se confunde com a perda do numerário esperado com a vitória da demanda judicial. Nesse sentido, Venosa (2008, p. 54):

Na perda da chance por culpa do advogado, o que se indeniza é a negativa de possibilidade de o constituinte ter seu processo apreciado pelo judiciário, e não o valor que eventualmente esse processo poderia propiciar-lhe a final. O mesmo se diga quando a parte se vê obstada de seu processo ser revisto em segundo grau, porque o advogado deixa de interpor recurso.

Sendo no caso concreto a negativa de possibilidade do constituinte ter seu processo apreciado pelo judiciário a perda da chance, gerada por incompetência do advogado, de haver para si um possível direito.

Nos dizeres de Serpa Lopes (2005, p. 72), tal indenização, se refere à “própria chance, que o juiz apreciará in concreto, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance cuja natureza é sempre problemática na sua realização”.

Outrossim, frisa-se que para fins de reparação pela perda de uma chance, somente devem ser considerados os danos potenciais e certos, que derivam diretamente da conduta desidiosa do causídico.

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva do advogado, é substancial a demonstração de que o causídico agiu com dolo, imprudência, negligência ou imperícia, bem como do nexo de causalidade entre a ação ou omissão danosa e o prejuízo experimentado pelo cliente. Para Sérgio Novais Dias (1999, p. 65):

Nos casos de perda de uma chance o advogado é responsável pelos danos sofridos pelo cliente desde que exista uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do advogado e o dano, ou seja, que, em termos de probabilidade, num prognóstico feito a *posteriori*, os danos tenham decorrido, necessariamente, direta e imediatamente da falha cometida pelo advogado.

Por outro lado, o advogado, em sua defesa, não se responsabilizará pela perda da chance do cliente se comprovar que o prejuízo ocorreria de qualquer maneira, ainda que houvesse cumprido com as obrigações contratuais, realizando os atos necessários ao resguardo dos direitos do cliente.

Logo, a chance perdida será passível de reparação deverá corresponder a um dano material ou imaterial decorrente de fato concreto. A indenização, por sua vez, será quantificada com base em cálculos com base na chance perdida, ou seja, da perda da probabilidade de alguém auferir vantagem e não dos ganhos não percebidos em virtude da atuação do advogado ou da falta dela.

6.DA INDENIZAÇÃO DEVIDA NA PERDA DE UMA CHANCE

Inexiste uma regra geral para apuração da indenização devida ao cliente. Deste modo, confia-se a prudência do magistrado o arbitramento da reparação nos casos de perda de uma chance, o qual deverá decidir em cada caso, no que tange o nexo de causalidade entre a conduta do advogado e o dano ocasionado, sempre em observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade e à luz da legislação, doutrina e jurisprudência.

Para a quantificação das chances perdidas, o juiz, de forma equitativa e, por meio de um juízo de probabilidade no que concerne a seriedade da chance, fixará o *quantum debeatur*, o qual deverá ser necessariamente inferior ao valor da vantagem final esperada pelo cliente. Caso contrário, se estaria indenizando o próprio dano final. Nesse norte se posiciona Savi (2009, p. 37):

Já para a valoração da chance perdida como dano material, a premissa inicial a ser estabelecida é a de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico dessa chance que deve ser indenizado. O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano indenizável. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

Embora seja recentemente admitida em nosso direito, a indenização em virtude da perda de uma chance em caso de responsabilidade civil do advogado, não se pode perder de vista a necessidade de haver um juízo objetivo de aferição, quer na demonstração da existência do nexo causal e do dano causado ao cliente, quer na fixação do quanto indenizatório, sob pena de fomentar o enriquecimento sem causa e a má-fé em lides temerárias.

7. CONCLUSÃO

Pode-se ressaltar que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo adotada nos tribunais pátrios, bem como pelos doutrinadores, a despeito da divergência

no seu enquadramento. Assim, sempre que houver a perda da oportunidade séria e real, existem grandes chances de vitória ao ser aplicada a teoria da perda de uma chance como sendo uma responsabilidade civil.

Com as crescentes demandas no judiciário de ações buscando a consideração da perda da chance, bem como seu aproveitamento, não haverá equívocos de que a doutrina bem como os juízes compreenderá o aprofundamento a mais do tema procurando pacificar as dissensões viventes no sentido de enquadramento da mesma.

Vale destacar mais uma vez, que não é qualquer chance perdida que pode ser levada ao apreço pelo judiciário para fins de indenização. Apenas os casos em que for admissível fazer prova de uma probabilidade da possível obtenção do resultado é que se poderá falar em reparação da perda da chance.

Deste modo, na perda da chance a reparação ao dano sofrido nunca poderá ser o valor total da chance perdida, deverá ser um valor percentual, que por meio discernimento de razoabilidade e proporcionalidade do resultado que era esperado no momento em que ocorreu o ato danoso.

Neste diapasão, devem-se valorar as probabilidades que o sujeito tinha de alcançar o resultado para constatar se são ou não passíveis de indenização. Essa tarefa é do juiz, que é obrigado a fazer um juízo prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado.

O dano causado pelo advogado, por uma conduta omissa com a lide processual, resulta em um dano emergente segundo parte da doutrina, o processo é uma série de atos complexos que majoritariamente cabe ao advogado dar andamento se manifestando quando necessário, e zelando com o direito pleiteado pelo seu cliente.

Não pode, o profissional que é revestido da obrigação de tentar adquirir o direito esperado, causar prejuízos em decorrência da falta de ação no processo, sejam eles patrimoniais ou morais, para seu cliente. O advogado necessita de total atenção para não ser um agente causador de um possível dano, sendo previstas sanções cíveis e administrativas pela OAB, caso aconteça tamanho infortúnio.

Portanto, com base no estudo e como mostrado ao longo da presente pesquisa, conclui-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance, para responsabilizar o advogado por condutas danosas ao seu cliente, tal qual já vem sendo feito por vários tribunais, e reconhecido

por parte dos doutrinadores em direito civil brasileiro e responsabilidade civil, é uma medida de prevenir danos e fomentar a execução do que é justo.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Brasil. **Lei n. 8.906/94 de Quatro de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. amp, São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Apresenta dados sobre o órgão judiciário brasileiro. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>> Acessado em 14 de março de 2017.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: Ed. LTR, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2007.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2005.

RODRIGUEZ, Silvio. **Direito Civil, v. 4. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.