

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

*Antonio Carlos Marques Souza, Daiane Pereira Santos*

**Resumo:** O presente trabalho tem o objetivo de analisar a responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance nas demandas judiciais no exercício de sua profissão. A responsabilidade civil é a obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros, decorrendo, em regra, de um dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico. A responsabilidade civil do advogado no exercício das suas funções é subjetiva, aferida mediante culpa. A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é um tema cada vez mais recorrente na doutrina e nos tribunais brasileiros, razão pela qual é de grande relevância para ordenamento jurídico, tendo em vista que a responsabilidade civil está evoluindo com a sociedade e o dano causado pela chance perdida dependendo da situação poderá apresentar uma resposta, a fim de indenizar a vítima pelo prejuízo causado. A reparação desse prejuízo baseia-se em uma probabilidade de se realizarem quando as chances forem consideradas sérias e reais. Destarte, será analisada a teoria da perda de uma chance na inclusão no campo da responsabilidade civil do advogado, desenvolvendo a análise da origem, natureza e parâmetros para sua aplicação no Direito Brasileiro.

**Palavras chaves:** Advogado; Perda de uma chance; Responsabilidade civil.

### **Introdução**

O intuito do presente trabalho é abordar especificadamente a responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance nas demandas judiciais no exercício de sua profissão.

A teoria da perda de uma chance teve seu foco de desenvolvimento inicial na França na segunda metade do século XX. Embora não seja aplicada com frequência nos tribunais do país, tal teoria, adotada em matéria de responsabilidade civil, vem despertando interesse no direito brasileiro. Esta responsabilidade civil pela perda de uma chance atenta ao desenvolvimento da civilização, visando à pacificação social e a reparação de danos para vítimas prejudicadas em suas demandas judiciais, decorrentes de conduta ilícita e antijurídica, comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa dos profissionais, em situações que se retira da vítima a oportunidade de obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

Este fato demonstra a relevância do tema em comento para o ordenamento jurídico, visto que, embora tenha poucas manifestações doutrinárias o instituto da responsabilidade civil evoluiu com a sociedade e o dano causado pela chance perdida atende principalmente a indenizar a vítima pelo prejuízo causado apresentando uma resposta.

Essa teoria apresenta uma nova forma de dano passível de indenização, tendo em vista que, independente do resultado, a atitude por parte do profissional que privar outrem da oportunidade de chegar a um resultado ou de se evitar um prejuízo tem que ser responsabilizado para tanto, mesmo que o resultado esperado não seja de certeza absoluta.

Diante desta situação é preciso realizar uma análise do nexo causal e a seriedade da chance indenizável, uma vez que, mesmo com o ilícito causado, não se pode afirmar o resultado exato da demanda. Entretanto existindo uma chance de vitória, sendo séria e real

poderia constituir um bem jurídico independentemente do resultado, sendo assim, passível de indenização.

O estudo será analisado abordando-se a responsabilidade civil do advogado na qualidade de profissional liberal. Não se estende aos advogados de sociedade, pelos danos causados na qualidade de advogado empregado e nem aos prestadores de serviços públicos, em face das peculiaridades das suas relações. Por fim, busca-se neste estudo, o cabimento da teoria no ordenamento jurídico brasileiro e assim compreender a discussão a respeito deste tema, no que tange a responsabilidade civil em caso de negligência dos profissionais liberais no exercício da advocacia que vem sendo objeto de análise pelos tribunais brasileiros.

### **Da Responsabilidade Civil**

No primeiro do estágio da evolução da responsabilidade civil, quando uma pessoa da sociedade sofria algum tipo de dano, ocorria a vingança coletiva, que segundo Maria Helena Diniz (2011, p.26) “se caracterizava pela reação conjunta contra o agressor de um dos seus membros”. Posteriormente, a ocorrência do dano provocava uma reação imediata de vingança para com o agressor. Não existia limitações ou regras. Dominava, então, a vingança privada, onde as pessoas faziam justiça pelas próprias mãos, tendo como fundamento a Lei de Talião, a qual pregava o “olho por olho dente por dente”, consistindo em uma responsabilidade objetiva, independente de culpa.

Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou (DINIZ, 2011, p.27). Com o passar do tempo, ainda sem se discutir a culpa do agente causador do dano, surge o período da composição onde, o ofendido passa a ter opção de substituir a retaliação ao agente por uma compensação econômica, isto é, o castigo físico passa ser substituído pelo dinheiro.

É com a introdução da Lei Aquiliana que se observa uma evolução na Responsabilidade civil, onde surge um princípio geral regulador da reparação do dano, havendo necessidade da averiguação do fator culpa nas relações em que o agente do dano houvesse agido com a intenção de prejudicar o terceiro, ou seja, não se permitia condenar alguém sem que este houvesse agido, intencionalmente, com o objetivo de causar o ato lesivo (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p. 181). Todavia, conforme salienta Maria Helena Diniz (2011, p. 28), “a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa”. Assim, o direito foi aperfeiçoando a responsabilidade civil em toda a Europa Medieval, notadamente no direito francês, sendo que, aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito de reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência (GONÇALVES, 2009, p. 08).

### **Espécies de Responsabilidade Civil**

Inicialmente é importante destacar o conceito de responsabilidade civil. Conceitualmente, a responsabilidade civil é muito ampla, pois se trata de uma palavra polissêmica, portanto, sendo inviável determinar seu significado por apenas uma única definição, entretanto, na definição de Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.17) a palavra responsabilidade se origina do latim *re-spondere*, levando a ideia de segurança ou

compensação do bem atingido, que em outras palavras podemos dizer que significa a obrigação de restituir ou ressarcir.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.50), 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).

Para a existência da responsabilidade civil, de acordo com o artigo 159 do Código Civil, é necessária a presença de quatro elementos constitutivos da responsabilidade: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexos de causalidade e dano sofrido pela vítima. Sem a presença de todos esses requisitos não há que se falar de responsabilidade civil.

Conforme salienta Antonio Laért Vieira Júnior (2003, p.11) “O dever de indenizar, no direito brasileiro, constitui-se quando presentes os requisitos do dano, da culpa e do nexos de causalidade. Com, efeito, não existe dever de indenizar sem que tenha havido dano. A culpa tem que ser verificada no caso concreto, assim como o nexos de causalidade, liame entre o dano sofrido pela vítima e o ato ou omissão da pessoa de quem se exige a reparação”.

Existem várias classificações doutrinárias realizadas no campo da responsabilidade civil, porém no presente estudo, cumpre apenas dividir a matéria em duas espécies: a responsabilidade civil subjetiva e objetiva e responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Conforme fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade (GONÇALVES, 2011, p.48).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 48), diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto essencial do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexos de causalidade, independentemente de culpa (GONÇALVES, 2011, p.48).

A responsabilidade civil origina-se de violação da lei ou descumprimento de obrigação negocial. No primeiro caso, tem-se a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, no segundo, a responsabilidade contratual. De acordo com a boa doutrina, em ambas as modalidades ocorrem à figura do ato ilícito. Destarte, há o ilícito extracontratual, em que o agente descumpra dever jurídico imposto pela ordem jurídica, e o ilícito contratual, que emana do inadimplemento de obrigação originária de negócio jurídico. Conforme Pontes de Miranda, os atos ilícitos praticados na responsabilidade aquiliana são absolutos, pois independem de alguma relação especial entre o ofensor e o ofendido, enquanto os atos ilícitos próprios da responsabilidade negocial são relativos, pois a ilicitude “*concerne à vinculação negocial, que se infringiu*” (PONTES DE MIRANDA, citado por NADER, 2010, p. 22).

Vale mencionar que a responsabilidade contratual pode ser dividida em obrigação de resultado e obrigação de meio. Monteiro citado por Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 37), salienta que, “a diferença é mais facilmente percebida quando o sujeito passivo está obrigado contratualmente a prestar um serviço, porque, dependendo da natureza deste, sua liberação do vínculo obrigacional pode verificar-se com a mera conduta correspondente ao serviço contratado ou apenas quando determinado efeito for produzido. No primeiro caso, a obrigação é de meio; no segundo, de resultado”.

### **Da Responsabilidade Civil do Advogado**

No exercício da sua profissão o advogado, é um prestador de serviços aos seus clientes, portanto, conforme salienta Paulo Nader (2010, p.433) se na qualidade de profissional liberal, quando age por conta própria e assume o risco é submetido aos princípios do Código do Consumidor, em especial o da boa-fé objetiva, da informação, da transparência, sigilo profissional e também subordinado às regras previstas no Código de Defesa do Consumido, consoante o art. 14, §4º, que dispõe: “*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*”. O Estatuto da Advocacia, pelo art. 32, caput, igualmente prevê a responsabilidade subjetiva do profissional.

Estatui o art. 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados que “O Advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa” Estabeleceu, pois, a responsabilidade aquilina ou clássica, fixada como regra no Código Civil. O § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, preceitua que “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (GONÇALVES, 2012, p.163).

Além da hipótese de imperícia no cumprimento da obrigação de meio, o advogado, evidentemente, responde também por dolo, se teve a intenção de infligir danos a quem contratou seus serviços ou assumiu deliberadamente o risco de causá-los. O exemplo típico é o da traição do mandato. Se o advogado recebe pagamento ou vantagem da parte adversária para fraquejar na defesa dos interesses de seu contribuinte, ou mesmo para praticar ato que o sacrifique, incorre em ato doloso constitutivo de responsabilidade civil subjetiva (COELHO, 2010, p. 341).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.274) afirma em sua doutrina que o advogado não será responsabilizado civilmente por um erro ínfimo no curso do processo, ou seja, deverão ser comprovados os pressupostos da responsabilidade. Nesse sentido o autor destaca que, “*O advogado não pode ser responsabilizado civilmente pelos eventuais conselhos que deu, convicta e honestamente, ao seu cliente, só porque não houve sucesso na ação que em seguida propôs, mas perdeu*”.

Portanto, o profissional no exercício da advocacia, demanda uma responsabilidade civil subjetiva, com fundo contratual que, no caso do processo judicial, pois decorre da violação de dever jurídico referente a contrato de mandato celebrado entre advogado e cliente (GAGLIANO, 2011, p.269).

É importante mencionar que, conforme salienta Maria Helena Diniz (2011, p. 316), o advogado que for acionado por responsabilidade profissional não fará jus aos honorários advocatícios, apesar de haver julgados que reconheçam seu direito a eles, mandando-os descontar da indenização a ser paga ao constituinte lesado, o que nos parece acertado.

Ernesto Lippmann citado por Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.280) escreveu que “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”.

### **Da Natureza da Obrigação Assumida pelo Advogado**

De acordo com a autora Maria Helena Diniz (p.294, 2006), a natureza jurídica da obrigação assumida pelo advogado é controvertida, alguns autores consideram com contratual e dependendo da situação como extracontratual. Entretanto, a autora assevera que a obrigação assumida pelo advogado é contratual.

Na obrigação de meio o profissional não se compromete a ganhar a causa, mas sim, a empregar diligentemente no patrocínio dos interesses de quem o contratou todos os meios processuais disponíveis para obter um resultado. Essa obrigação não consiste em um resultado certo e determinado, mas sim nos meios empregados.

O Dever do Advogado na obrigação assumida é defender com o máximo de atenção, diligência e técnica, porém caso haja assim, não terá qualquer responsabilidade pelo insucesso da causa.

Diferentemente da obrigação de meio, na obrigação de resultado o profissional necessita alcançar um resultado certo e determinado.

Destarte, ao assumir um contrato de assistência jurídica o advogado esta assumindo uma obrigação de meio, uma vez que, o resultado depende de fatores fora do domínio do advogado, sendo, obrigado somente a usar todos os meios legais disponíveis com seus melhores esforços para alcançar o melhor resultado para o seu cliente.

### **O Mandato e suas Responsabilidades**

Inicialmente, é importante mencionar que, o mandato judicial é uma das formas de contrato, prevista no Código Civil, onde determina uma responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seus clientes (GONÇALVES, 2013, p.277).

O advogado deverá responder contratualmente perante seu constituinte, em virtude de mandato, pelas suas obrigações contratuais de defendê-lo em júízo ou fora dele e de aconselhá-lo profissionalmente (DINIZ, 2009, p.293).

Não resta dúvida que a responsabilidade civil do advogado é de caráter contratual, decorrente de mandato salvo quando atua com vínculo empregatício (advogado de empresa) ou como defensor público. Todavia, Maria Helena Diniz (2009, p. 292) afirma que, “apesar do mandato judicial ser de caráter de *munus publico*, apresenta uma feição contratual, e será sua responsabilidade meramente contratual, por decorrer de uma obrigação de meio, exceto, é óbvio, nos casos em quem presta assistência judiciária”. Assim, a advocacia não é apenas uma profissão ao lado de outras, cujo objeto é a prestação de serviços. É diferenciada em virtude da função de *múnus público*, pela qual cabe ao profissional contribuir à efetividade da justiça nos casos em que atua. Ainda que o advogado postule um direito particular, sua atuação possui alcance mais amplo, pois constitui uma função social (NADER, 2010, p.432).

### **A Impossibilidade de Inclusão da Cláusula de não Indenizar**

A cláusula de não indenizar é o acordo entre as partes que tem como objetivo afastar a responsabilidade do profissional em casos de inexecução da obrigação, livrando o profissional da reparação do dano. Entretanto, ainda que as partes acordem a não responsabilidade do profissional por eventual dano causado ao cliente na prestação de serviço, tal convenção é de nenhum efeito jurídico. Igualmente, a cláusula limitativa de responsabilidade. O código de Defesa de Consumidor exclui a validade de cláusulas de irresponsabilidade por fornecimento ou prestação de serviços ao consumidor. O art. 25 do CDC é expresso: “É vedada a

estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar...” (NADER, 2010, p.442).

### **A Teoria da Perda de Uma Chance**

Foi na França por volta da década de 60 que foi aplicada pela primeira vez a responsabilidade civil por perda de uma chance, seguidamente aplicada por toda Europa, sendo chamada de *a chance de uma cura*, pois inicialmente o seu cumprimento era destinado em casos de culpa por erros médicos.

O caso em que a Corte de Cassação Francesa decidiu pela aplicação da Perda de uma Chance ocorreu no dia 14 de dezembro de 1965, onde se decidiu que o médico que tratou de uma criança de oito anos, tirou desta as chances de cura diagnosticando erroneamente uma fratura no braço. Posteriormente surgiu outro caso semelhante em março de 1965, onde a Corte de apelação de Paris decidiu em condenar o médico pela perda de 80% de chances de sobrevivência em relação a uma grávida que após o parto fora acometida de uma forte hemorragia, não tendo este tomado os devidos cuidados para com ela.

A Corte Francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências, isto é, entre a conduta médica e a invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexos de causalidade. Contudo, a Corte de Cassação assentou que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos. Destarte, a Corte Francesa analisando que o médico deveria de ter tido maior cautela o responsabilizou pela perda da chance de sobrevivência, tendo em vista que o médico teria proferido diagnóstico equivocado. Assim, diante de tal decisão, a jurisprudência estrangeira passou a considerar a teoria da Perda de uma chance como certa e real, originada da dificuldade na relação entre a conduta e o nexos causal do profissional e o dano suportado pela vítima, em determinados casos. Houve um grande avanço no ordenamento jurídico acerca desta teoria, onde passou a ter a possibilidade de indenizar vítimas pela chance perdida, quando são consideradas sérias e reais as chances de se conseguir certa vantagem ou de se evitar um prejuízo.

A França acabou provocando em diversos países várias análises doutrinárias, colaborando para evolução do instituto da responsabilidade civil, com essa nova espécie de dano indenizável, a perda de uma chance. Contudo, foi na Itália que houve grande análise acerca da teoria da perda de uma chance, onde começou a se aplicar nos atos culposos que faziam com que as vítimas deixassem de obter uma oportunidade, de modo que uma simples chance seria uma possibilidade aleatória e não um valor efetivo, certo e presente.

A responsabilidade civil por perda de uma chance passou-se a ser objeto de estudo na Itália desde 1940, por Giovanni Pacchioni, professor da *Università di Milano*, em sua obra *Diritto Civile Italiano*. Nela ele tratava das diversas formas de ressarcimento dos danos, Pacchioni, partindo de alguns exemplos clássicos de responsabilidade civil por perda de uma chance citados pela doutrina francesa, indagava o que ocorreria nos casos em que alguém, mediante conduta culposa, fizesse com que outra pessoa ficasse privada de uma possibilidade de lucro (SAVI, 2009, p.07). Entretanto foi Adriano de Cupis, à época professor de direito civil da Università di Perugia, ao publicar, em 1966, *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade por perda de uma chance no Direito Italiano.

Segundo (Sérgio Savi, 2009, p.10) Adriano de Cupis visualizou um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam.

Após o desenvolvimento da presente teoria, os magistrados brasileiros com o objetivo de reparar os danos causados por atos negligentes dos advogados onde foi perdida a chance de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo, vêm aplicando-a e aperfeiçoando-a, conseqüentemente aumentando o número de julgados nesse sentido. Deste modo, a teoria da perda de uma chance deu início na doutrina francesa e italiana, todavia o Código Civil Brasileiro não dispõe essa nova modalidade de reparação de danos, ficando como base para aplicação do direito a doutrina e a jurisprudência.

### **Conceito da Perda de uma Chance**

Com a finalidade de adequar-se as mudanças procedentes do desenvolvimento do ordenamento jurídico, merece destaque no campo da responsabilidade civil a denominada perda de uma chance, a qual impõe a obrigação de indenizar a oportunidade perdida de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo causado por negligência do advogado.

Entende-se por chance perdida o caso em que uma pessoa vê frustrada uma perspectiva, uma chance futura, que aconteceria se os fatos seguissem o seu curso normal. Sérgio Savi (2006, p.03) explica que o “termo chance utilizada pelos franceses, no sentido jurídico, significa probabilidade de se obter um lucro ou de evitar um prejuízo”.

A chance representa uma probabilidade basicamente incerta, concretizada naquilo que se pode apontar como ganho final ou dano final, segundo o sucesso do processo aleatório. Todavia, quando esse processo aleatório é interrompido por um ato ilícito materializado na ação ou omissão culposa do agente, a vítima perderá uma chance de um acontecimento favorável.

O prejuízo é meramente teórico e de remota probabilidade, cabendo ao juiz a sua prudente avaliação. Mas a modalidade lesiva pode caracterizar-se, também por impedir à vítima as providências que estariam ao seu alcance para evitar um dano. Este se materializa devido à ação ou omissão culposa do agente, isto é, entre o dano que não se estancou e a conduta houve um nexo de causa e efeito. A imputabilidade, nestes casos, exige que a perda de chance seja real e não de remota probabilidade. Há de trazer uma frustração patrimonial ou moral à vítima (NADER, 2010, p.74).

Logo se vê que, para caracterizar a responsabilidade pela perda de uma chance, é imperioso que a chance perdida seja real e séria, e não um dano improvável ou mera suposição

### **Natureza do Dano na Perda de uma Chance**

A teoria da perda de uma chance pela sua característica gera vários entendimentos e classificações. Há vários questionamentos quanto a sua natureza jurídica, por se tratar de uma modalidade de dano recente nos ordenamentos jurídicos. Todavia, apesar que a maioria do entendimento jurisprudencial considerar a perda de uma chance como um dano autônomo, existe quem classifique como espécie de causalidade parcial do dano final, contudo, não resta pacificada a classificação da à natureza jurídica da teoria.

Existem posicionamentos de autores que defendem que o dano da perda de uma chance é uma espécie de lucro cessante, baseando na certeza do lucro no resultado esperado caso de seguimento normal de suas atividades. Entretanto, vale mencionar que a perda de uma chance difere dos lucros cessantes, mesmo que ambos se referem a algo que a vítima deixou de ganhar, a perda de uma chance busca indenizar a perda da oportunidade perdida, não

necessita de prova se a vítima teria realmente o resultado esperado mas somente uma expectativa de que a vantagem poderia ser obtida, já o lucro cessante é certo o ganho futuro da vítima, no entanto, há incerteza quanto ao seu valor. Assim, o lucro cessante é uma espécie de dano material, e surge quando alguém, em virtude de uma ação ou omissão de outrem, deixa de auferir algum lucro ou vantagem, que futuramente estariam disponíveis à vítima; é, realmente, a frustração da expectativa de lucro, é a perda de um ganho esperado. Entretanto, diferentemente do lucro cessante, a perda de uma chance não precisa de uma prova concreta, uma vez que, o lucro cessante incide sobre o que o indivíduo razoavelmente deixa de ganhar; assim, necessita que haja uma comprovação e, que apontem quais seriam as perdas, a quantia perdida, de onde seria proveniente, etc.

Existem, também, autores que tem o entendimento que o dano decorrente da perda de uma chance é uma espécie de dano emergente, que a oportunidade perdida seria um prejuízo diverso do resultado esperado, porém é algo que já competia à vítima no momento da perda. Portanto, o dano pela perda de uma chance trata-se de uma espécie diversa de dano. Pois tem o objetivo a responsabilização do agente causador não de um dano de lucros cessantes e também não de um dano emergente, mas algo de modalidade autônoma em busca da possibilidade mais vantajosa que provavelmente se alcançaria caso não tivesse ocorrido uma atitude ilícita.

### **A Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de Uma Chance**

O advogado desempenha uma função essencial no âmbito judiciário, de tal maneira que a Constituição Federal assim institui, mencionando a este profissional como sendo indispensável à administração da justiça. É de grande relevância esse reconhecimento, tendo em vista, que compete ao advogado zelar pelos direitos do cliente que o contrata para defender seus interesses particulares.

O advogado é o primeiro juiz da causa. A propositura de uma ação requer estudo prévio das possibilidades de êxito e eleição da via adequada. Frequentemente se percebe que a pretensão deduzida seria atendível. Mas, escolhida mal a ação, o autor, embora com o melhor direito, torna-se sucumbente. É fora de dúvida que o profissional incompetente dever ser responsabilizado, nesses casos, pelos prejuízos acarretados ao cliente (GONÇALVES, 2012, p.164).

No ramo da responsabilidade civil existem várias maneiras de perda de uma chance, todavia no meio jurídico é a responsabilidade civil do advogado no exercício da profissão que se destaca, onde agindo culposamente e dolosamente e demonstrando o nexo de causalidade, tem o dever de indenizar a vítima.

Na busca do diagnóstico da conduta do advogado que perpetrou um dano ao seu cliente, inevitável é a ocorrência das situações em que a lesão ao patrimônio jurídico do cliente tenha se dado por uma conduta omissa do profissional (GAGLIANO, 2011, p. 270).

O profissional da advocacia no exercício das suas atividades pode vim a cometer certos erros e consequentes danos ao seu cliente, onde poderá causar à perda de uma oportunidade de seu cliente em ter demanda resultado contrário ao esperado, constituindo uma razão para que tenha a reparação da oportunidade frustrada.

Como já mencionado nos tópicos anteriores, a obrigação do advogado é de meio e não de resultado. É dever do advogado praticar todos os atos legais necessários para melhor representar os interesses de seus clientes, mas não está obrigado a obter êxito na demanda por depender de outros fatores que fogem do alcance do advogado.

Assim, não se pode imputar ao advogado nenhuma responsabilidade pelo insucesso da demanda, se estiver provado que ele agiu com prudência, diligência e escrupulo, independentemente da consecução do resultado.

Apesar do exercício da profissão de advogado consistir em uma obrigação de meio em determinados casos, o profissional deve sempre atingir a mais perfeita alternativa existente, evitando retirar a chance de seu cliente de obter êxito ou de se evitar um prejuízo.

O advogado deverá responder contratualmente perante seu constituinte, em virtude de mandato, pelas suas obrigações contratuais de defendê-lo em juízo ou fora dele (Lei nº 8.906/94, arts. 1º e 2º) e de aconselhá-lo profissionalmente. Entretanto, será preciso lembrar que pela procuração judicial o advogado não se obriga necessariamente a ganhar a causa, por estar assumindo tão somente uma obrigação de meio e não uma de resultado. Logo, sua tarefa será a de dar conselhos profissionais e de representar seu constituinte em juízo, defendendo seus interesses pela melhor forma possível, pois seus atos constituem um múnus público (Lei n. 8.906/94, art. 2º, § 2º). O advogado que tiver uma causa sob seu patrocínio deverá esforçar-se para que ela tenha um bom termo, de modo que não poderá ser responsabilizado se vier a perder a demanda, a não ser que o insucesso seja oriundo de culpa sua. (DINIZ, 2014, p. 323).

Destarte, sempre que tiver uma obrigação contratual o advogado que cometer erros no decorrer de seu mandato deverá ser responsabilizado por eles. Entretanto, para que o erro gere a responsabilidade, não poderá ser qualquer erro, e sim um erro grosseiro contrário à lei.

Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes mostram-se favoráveis à teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, afirmando que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que uma possibilidade, haja uma “probabilidade suficiente”. Ou seja, exigem, assim como os adeptos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, que a possibilidade perdida seja real e séria (SAVI, 2009, p.41).

É importante mencionar que a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, na qual deve se provar a sua culpa, conforme preceitua o artigo 32 da Lei 8.906/92 (Estatuto da OAB), e também disposto no artigo 14, § 4º do Código do Consumidor (Lei 8.078/90).

Como prevê o art.133 da Constituição Federal o advogado é essencial e indispensável para administração da justiça, entretanto, apesar de tal disposição quando o advogado agir com negligência resultando no prejuízo para vítima será aplicada a teoria da perda de uma chance.

Entretanto no âmbito da responsabilidade civil contratual do advogado é complicado prever de forma clara uma ligação entre a negligência cometida por parte do advogado e o dano sofrido pelo seu cliente, pois durante uma demanda de conhecimento judicial não existem chances certas de um resultado favorável.

Assim, diante de tal situação, as demandas que chamarem a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir da análise acerca das verdadeiras probabilidades de êxito na demanda judicial, eventualmente perdida em razão da negligência do advogado, ou seja, o fato do advogado ter perdido um prazo ou ter deixado de interpor um recurso, por si só, não gera a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois é preciso a análise do nexos causal no geral.

## **Conclusão**

Mediante argumentações do presente estudo, este trabalho teve como foco principal o estudo do instituto da responsabilidade civil do advogado no ordenamento pátrio com a reparação do dano pela teoria da perda de uma chance, até o surgimento na origem francesa, assim como sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a evolução do instituto da responsabilidade civil, a doutrina e jurisprudência brasileira adotaram a perda de uma chance objetivando solucionar diversos litígios que tratam de danos causados pelos advogados priorizando a proteção dos interesses jurídicos da vítima.

Sendo assim, apesar de não existir uma lei regulamentando o instituto da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance não impede que os tribunais façam a sua aplicação, tendo em vista que o nosso Código Civil não classifica exaustivamente o que pode ou não ser considerado dano.

Tal teoria objetiva a indenização de danos causados por chances frustradas onde era esperada uma vantagem, mas não veio devido à negligência de outrem ou quando se existia uma chance de se evitar um prejuízo ou dano.

Diferentemente das outras teorias da responsabilidade civil onde o dano causado é requisito para indenização, a chance perdida será avaliada de acordo com a comprovação da probabilidade do nexo causal de se chegar a um resultado favorável ou de se evitar um prejuízo.

Sobre o prisma da atuação do advogado este pode ser responsabilizado pelos danos decorrentes da prestação de serviços. Como já dito no decorrer do trabalho, a responsabilidade civil do advogado é contratual, assim quando as partes concordam em realizar um contrato, ambas se comprometem uma com a outra, existindo assim, uma responsabilidade mútua.

Desta forma, aos advogados, só será atribuído à obrigação de indenizar em casos em que causarem danos com culpa, devendo ser apurados na responsabilidade subjetiva, uma vez que para existir a obrigação do dever de indenizar é indispensável o pressuposto da culpa na ação danosa. Sendo assim, pelo todo o exposto no decorrer deste trabalho e de acordo com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, o advogado deverá ser responsabilizado civilmente por danos que causar aos seus clientes culposamente e dolosamente, por agir com negligência no exercício de sua profissão, devendo arcar com ônus indenizatório. Portanto, é conclusiva a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de desídia profissional por parte do advogado, tendo em vista que o bom profissional deve agir com ética e ser cuidadoso no seu ofício para que não seja responsabilizado pela sua negligência consequentemente para não prejudicar o seu cliente.

Por fim, vale mencionar a aplicação da teoria da perda de uma chance dever ser analisada restritivamente em cada caso, pois em muitos casos, essa teoria é adotada de forma inadequada, buscando somente a indenização pela chance perdida e não pela oportunidade de obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

## **Referências**

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: Revista de Direito Privado, ano 10, n. 40, out.-dez./2009.

BRASIL. Constituição (1988). 17ª Ed. São Paulo: Saraiva 2014.

BRASIL. Código do Consumidor. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva 2014.

BRASIL. Estatuto da OAB. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva 2014.

COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil. 4ª Edição. Editora Saraiva. 2010.

DINIZ. Maria Helena. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva 2011.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 23ª Edição. Editora Saraiva. 2009.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil. 20ª Edição. Editora Saraiva. 2006.

GAGLIANO. Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 9ª Edição. Editora Saraiva 2011.

GONÇALVES. Carlos Roberto, Direito das Obrigações. Parte Especial Responsabilidade Civil. 9ª Edição. Editora Saraiva. 2009.

\_\_\_\_\_.Direito das Obrigações. Parte Especial Responsabilidade Civil. 9ª Edição. Editora Saraiva. 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva 2013.

JÚNIOR, Antônio Laért Vieira, Responsabilidade civil do advogado. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2003.

MELO e AMARAL. Thiago e Priscilla. Perda de uma Chance Ganha Espaço nos Tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>. Acessado em 08.06.2015 às 15h:46min.

NADER. Paulo. *Curso de Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2010.

SAVI. Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas. 2006.

\_\_\_\_\_. Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. São Paulo. Editora Atlas S.A 2009.

VIEGAS. Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A reparação civil pela de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/repara%C3%A7%C3%A3o-civil-pela-perda-de-uma-chance-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-juridicas-civis-e-do-trabalho>. Acessado em 07.06.2015 às 20h 11 min.

WANDERLEY. Naara Tarradt Rocha *A Perda de Uma Chance como uma Nova Espécie de Dano*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7645/A-perda-de-uma-chance-como-uma-nova-especie-de-dano>. Acessado em 06.05.2015 às 10h:54min.