

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Pós Graduação em Direito Contratual
TATIANA OJEVAN SANT´ANA

**APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**

São Paulo
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Pós Graduação em Direito Contratual
TATIANA OJEVAN SANT´ANA

**APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**

Monografia apresentada à Pontifícia Universitária de
São Paulo como exigência parcial para obtenção do
grau de especialista em Direito Contratual.

Orientadora: PROF. DRA. LUCIANA CHIAVOLONI ANDRADE JARDIM

São Paulo
2010

Dedico este trabalho, ao meu marido, aos meus pais e irmão. Pelo incentivo e apoio à lapidação do presente estudo e dedicação a este trabalho.

Agradecimentos a professora e orientadora deste trabalho, doutora Luciana Chiavoloni Andrade Jardim e ao professor doutor Mário Alberto Konrad, meus professores durante o Curso de Especialização *Latu Senso* em Direito Contratual ministrado pela PUC-SP; e ao Centro Universitário FIEO, pela sólida base de minha graduação e viabilização de pesquisas para a consolidação deste trabalho.

Que os nossos esforços desafiem as impossibilidades. Lembrai-vos de que as grandes proezas da história foram conquistadas do que parecia impossível. (Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o exercício da advocacia e suas formas de responsabilização, uma vez que se trata de atividade profissional de meio, sujeita à apuração de culpa do advogado em relação às condutas danosas por este cometidas, as quais imputam a este o dever de reparação.

Em tese de responsabilização civil do profissional, restando frustrada apreciação e obtenção da pretensão inicial do cliente em razão do erro cometido pelo advogado, sabido é que tal reparação não pode versar sobre o dano propriamente dito ou sobre resultado final desejado pelo cliente, mas sim, e de forma cuidadosamente calculada, sobre a pretensão inicial desejada e a real chance de sucesso desta, caso sua apreciação não fosse prejudicada pelo erro do patrono. É a chamada Teoria da Responsabilização Civil pela Perda de uma Chance.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze the practice of law and its liability, as it is considering that the lawyer is not liable for the result, and since subject to the lawyer's accountability for malpractice, such actions require reparation.

In the cases of civil liability of the lawyer, when the original claim is ruled and deemed unsuccessful by a legal mistake of the client's lawyer it is known that the reparation can not be based on the original claim itself of the desired outcome of the claim but it should be carefully calculated based on the original claim and the real chance of success if the client's pretension was not prejudiced by counsel's error. It is called theory of civil liability by loss of chance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	11
1.1. Noção de Responsabilidade Civil	11
1.1.1. Responsabilidade Civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor	16
1.2. Evolução da Teoria de Responsabilidade Civil pela perda de uma chance	19
1.3. Critérios para aplicação e quantificação da teoria da perda de uma chance	24
CAPÍTULO II – A ATIVIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO	27
2.1. A atividade do advogado	27
2.2. Responsabilidade civil do advogado	28
2.2.1. Sob a ótica do Código Civil.....	29
2.2.2. Sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 e do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei 8.906/94.....	32
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	36
3.1. Os erros de fato e de direito cometidos pelo profissional	36
3.2. Hipóteses de erros do advogado que ocasionam a perda de uma chance ao cliente	37
3.2.1. Omissão ou propositura intempestiva de ação ou de interposição de recurso, bem como a não formulação de pedido e produção de provas	37
3.2.2. Extravio dos autos e ausência de sustentação oral do recurso.....	39
3.3. Aplicação da Teoria da Responsabilização Civil pela Perda de uma Chance nos Contratos de Prestação de Serviços Advocatícios	40
CONCLUSÃO	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance no exercício da atividade profissional do advogado, ou seja, nos contratos de prestação de serviços advocatícios.

Embora o tema ainda seja timidamente abordado pelos doutrinadores, encontra-se em constante ativação e crescimento pela jurisprudência, haja vista ser possível encontrarmos diversos julgados recentes que acataram referida teoria no julgamento de lides com naturezas jurídicas diversas.

É indubitável que o julgamento e decisão de uma lide seja competência do magistrado, exercendo o advogado uma atividade profissional de meio, e não de fim, não podendo, portanto, desde que tenha agido com zelo, diligência e ética, ser responsabilizado pelo sucesso ou insucesso da demanda judicial à qual foi contratado.

Em contrapartida, sendo função *si ne qua non*¹ do advogado demonstrar ao juízo os remédios jurídicos necessários e corretos para a formação do juízo de convencimento favorável ao seu cliente.

Assim, respeitada a exceção à regra do Código de Defesa do Consumidor, comprovada a culpa do advogado em sua atuação profissional viciada, seja por ação ou omissão, deverá ser responsabilizado pelos prejuízos causados aos seus clientes ou terceiros.

Pretende-se demonstrar com o presente trabalho que em sede de responsabilização civil, as conseqüências jurídicas decorrentes do exercício vicioso da atividade advocatícia podem, ainda que o mérito da causa não tenha sido apreciado e julgado, produzir danos irreparáveis ao cliente, pelo simples

¹ Refere-se a uma ação ou condição indispensável e essencial.

fato da perda de uma chance ou de uma oportunidade de atingi-la, independentemente de qual poderia vir a ser o seu resultado concreto.

CAPÍTULO I - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

1.1. Noção de Responsabilidade Civil

O termo responsabilidade não possui significado estritamente jurídico, haja vista tratar-se da obrigação de cumprimento de um dever, seja ele contratual, decorrente de uma negociação entre as partes, ou extracontratual, decorrente de lei.

Nesse contexto, a natureza primária de qualquer responsabilidade é o dever de cumprimento da obrigação avençada ou imposta por lei, cuja violação gera um ato ilícito, implicando ao agente causador um novo dever jurídico sucessivo, secundário, de reparar o dano moral e/ou patrimonial causado, independentemente da potencialidade e gravidade do prejuízo.

No direito português, “o termo responsabilidade corresponde à idéia geral de responder ou prestar contas pelos próprios actos (sic), a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade (sic) de imputar, dum ponto de vista ético lato sensu, determinado acto (sic) e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às conseqüências de certo comportamento”.²

O sistema legal brasileiro prevê a possibilidade de responsabilização dos conflitos sociais por meio da responsabilização civil, como “*forma de se proteger o lícito e reprimir o ilícito*”³, seja, ou não, com amparo na culpa em âmbito contratual ou extracontratual.

A responsabilidade civil encontra fundamento na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil. Em âmbito constitucional, a responsabilidade civil está prevista nos incisos V e X, artigo 5º, *in verbis*:

² JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1999. p. 34.

³ DANTAS, San Tiago. Programa de direito Civil. Rio de Janeiro. v.1. p. 341, apud ROSSI, Julio Cesar. *Responsabilidade Civil do advogado e da sociedade de advogados*. São Paulo: Atlas. 2007. p.4.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O entendimento doutrinário sobre a responsabilidade civil propriamente dita não apresenta maiores discussões, haja vista tratar-se de um tema amparado pela legislação atual e ser bastante usual. Consiste na aplicação de medidas que obriguem o agente causador do evento danoso a reparar os danos de natureza moral ou patrimonial causados a terceiros em razão de atos por ele mesmo praticados, por pessoa por quem este responda, por alguma coisa pertencente ao agente e/ou, ainda, decorrente de imposição legal.⁴

Segundo Fernando Lopes Pessoa, “*definimos, pois, a responsabilidade civil como a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto (sic) ilícito, é obrigado a indemnizar (sic) o lesado dos prejuízos que lhe causou*”.⁵

Assim, é pacífico que em sede de responsabilização civil, o dano provocado a vítima deve ser certo, real e atual, não podendo ser eventual, hipotético e futuro.

Considerando que a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é dividida em duas teorias, a da responsabilidade civil objetiva e

⁴ Revista do Curso de Direito – Faculdade de Campo Limpo Paulista. p. 100.

⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1999. p. 36.

subjetiva, o Código Civil⁶, em seus arts.186, 187 e 927, disciplina os dois temas:

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.⁷

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁸

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

Nesse sentido, a conduta danosa tratada no referido artigo 186 do Código Civil enseja a reparação dos danos pelo regime da responsabilidade civil subjetiva. Nesta, também chamada de Teoria Clássica ou Teoria da Culpa, é condição *si ne qua non* para a responsabilização a comprovação da culpa do agente, de modo que o dever de indenizar⁹ a vítima apenas nasce se este, ao provocar o fato danoso, agiu com dolo, consciente das conseqüências de sua conduta, com intenção; ou então, com culpa, sem intenção, de forma inevitável

⁶ Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil.

⁷ Dolo e culpa são fundamentos necessários para a indenização por meio do regime da responsabilidade civil subjetiva, artigo 186CC. São, portanto, “requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano; d) **o dolo ou a culpa do agente causador do dano**”. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código Civil Comentado. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 343. (*grifos nossos*)

⁸ “O ato ilícito descrito no CC 187 enseja reparação dos danos que causou, pelo regime da responsabilidade objetiva, **desnecessária a demonstração da conduta do agente (dolo ou culpa)**, de sorte que são requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano”. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código Civil Comentado. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 343. (*grifos nossos*)

⁹ Indenizar é, na realidade, restabelecer a situação anterior ao dano. WALD, Arnaldo. Curso de Responsabilidade Civil. Obrigações e Contratos. p. 720.

e, embora tenha ciência dos riscos de sua conduta, mesmo assim a tenha praticado, seja por ação ou omissão¹⁰

Há que se frisar que, em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, o agente se obriga à reparação do dano, tenha ele agido dolosa ou culposamente.

Por outro lado, em decorrência da Revolução Industrial¹¹ e dos desenfreados problemas por ela ocasionados, fossem nas relações de trabalho ou de mercancia, para determinadas situações a lei passou a impor ao agente causador do dano a obrigação de repará-lo, independentemente de culpa. Trata-se da Responsabilização Civil Objetiva, ou também denominada como Teoria do Risco ou Teoria da Presunção de Culpa, haja vista que em cede de responsabilidade objetiva, a culpa é substituída pelo risco.

Nesta, não há indagação da existência ou não de culpa do agente, a qual é presumida, de modo que, não sendo comprovada pelo agente a existência de qualquer excludente de responsabilidade, será considerado responsável pelo dano, independentemente de ter atuado com diligência¹², bastando tão somente para sua responsabilização a existência do dano e do nexo de causalidade.

Embora raro, a Teoria do Risco (ou Teoria da Presunção de Culpa) chega a ser criticada por alguns, por impor, coercitivamente, o dever de reparação de um dano àquele que não teve a intenção de prejudicar. Ao contrário disso, o parágrafo único do citado artigo 927 determina que os danos provocados por quem exerce atividade naturalmente perigosa devem ser

¹⁰ De acordo com o que afirma Paulo Nader, “em sentido amplo, culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa. Na responsabilidade civil, diz-se que a conduta é dolosa ou voluntária, quando o agente pratica o fato determinadamente, visando a causar dano a alguém. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 91. vol. 7.

¹¹ Iniciou-se na Grã Bretanha em meados do século XVIII, expandindo-se de forma globalizada a partir do século XIX.

¹² Segundo Fernando Pessoa Jorge “(...) para delimitar o comportamento devido, é necessário saber a diligência que se pode reclamar ao agente; é só em função desse grau de diligência, desse esforço exigível, que se torna possível determinar aquele comportamento”. JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1999. p. 77.

reparados, mesmo que o agente tenha despendido esforços para evitar o resultado nocivo.

Diante do exposto, tem-se que a regra geral do ordenamento civil brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva, sendo a responsabilização objetiva exceção à regra, admitida, todavia, nos casos de leis específicas ou, como mencionado no referido artigo 927 CC, quando fundada no risco da atividade.

A responsabilização civil do dano àquele que o originou, possui como consequência o ressarcimento dos prejuízos da vítima, seja por meio de natureza compensatória, reparadora, como esclarece o professor Nelson Nery Jr., de restituição, ou seja, de restauração, reintegração ou indenização do dano. Dentre as modalidades de ressarcimento do dano, a mais comum deriva da reparação da perda por seu equivalente em dinheiro.¹³

Independentemente de ser a responsabilidade civil do agente objetiva ou subjetiva, deverá o causador responder por suas condutas nocivas, desde que verificada existência e comprovação do prejuízo causado. Desse modo, concorda-se que a finalidade primordial da responsabilidade civil é a reparação do dano. Igualmente, o caráter “inibidor” da responsabilidade civil, acaba, ainda, exercendo importante papel na prevenção do ilícito e na punição dos agentes causadores de danos.

¹³ “A prática do ato ilícito coloca o que sofreu o dano em posição de recuperar, da forma mais completa possível, a satisfação de seu direito, recompondo o patrimônio perdido ou avariado do titular prejudicado. Para esse fim, o devedor responde com seu patrimônio, sujeitando-se, nos limites da lei, à penhora de seus bens. A reparação do dano pode-se dar das mais diversas formas. A mais comum é a reparação do equivalente da perda sofrida em dinheiro. Pode-se falar em restituição (restauração, reintegração, indenização) específica, ou por equivalente ou por compensação (reparação). Esta última variante tem lugar quando os interesses insatisfeitos do titular eram de natureza moral (não econômica), e como tais infungíveis, mas em todo o caso mais ou menos contrabalançáveis pela satisfação de outros interesses, que pode ser conseguida (até mesmo a de interesses requintadamente espirituais) através de uma soma pecuniária.” ANDRADE DE, Manuel. *Relação Jurídica*, v.1, n.4, p.24. apud NERY JR., Nelson. *Código Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186.

Diante do exposto, em tese de Responsabilidade Civil, a mera possibilidade não é passível de indenização, considerando-se que a chance deve ser real para ingressar no âmbito do dano a ser ressarcido.¹⁴

1.1.1. Responsabilidade Civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor

Faz-se de extrema importância, até mesmo para a breve compreensão do presente estudo, esclarecer que a Responsabilidade Civil tem fundamental tratamento e aplicação no que tange às questões relativas à reparação de danos causados nas relações de consumo, entenda-se, aos produtos e serviços disponibilizados no mercado por seus respectivos fornecedores e, portanto, no âmbito das relações de consumo, tratadas pela Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, “CDC”.

Todavia, como se trata de um tema bastante abrangente e, de modo a centralizarmos o assunto ao tema ora estudado, fundamental se faz que os esclarecimentos a seguir demonstrados sejam especificamente tratados em relação às atividades exercidas pelos profissionais liberais.

Estes profissionais, também chamados de autônomos, são aqueles que exercem profissões com autonomia, trabalhando por conta própria, sem qualquer tipo de vínculo empregatício e, portanto, sem subordinação e hierarquia. Por isso, não são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT¹⁵, mas sim pelo Código Civil¹⁶.

Julio Cesar Rossi define que “(...) *essa qualidade de profissional tem como características básicas o exercício de atividade de forma independente, com conhecimentos técnicos específicos em favor de outrem que, contratando-os em razão do caráter intuitu personae, remunera pelos serviços prestados*”.¹⁷

¹⁴ Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade Civil. 5ª ed., São Paulo, p. 276.

¹⁵ Dec. nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

¹⁶ Lei nº 10.406, de 10/01/2002.

¹⁷ ROSSI, Julio Cesar. Responsabilidade Civil do advogado e da sociedade de advogados. São Paulo: Atlas. 2007. p.62.

Desse modo, o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define que:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, mecanismos de proteção foram atribuídos ao consumidor, dentre eles, a regra geral trazida por este diploma, de adoção do sistema de responsabilidade civil objetiva.

Todavia, o mesmo texto legal excetuou a regra, tratando, no parágrafo 4º, artigo 14, como única exceção na relação - consumidor e fornecedor, o profissional liberal, sujeito à responsabilidade civil subjetiva, isto é, com apuração de culpa. Oportuno salientar, em que pese à classificação da responsabilidade do profissional ser de meio ou de resultado, estas não alteram a interpretação da lei quanto à objetividade ou subjetividade da responsabilidade analisada.

Art. 14. (...)

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

Como visto o parágrafo 4º do citado artigo confere uma exceção ao princípio da responsabilidade civil objetiva, a qual foi afastada das atividades prestadas pelos profissionais liberais, fundamentando-se na natureza *intuitu personae* das atividades por estes executadas.

Embora o referido dispositivo legal tenha afastado a responsabilidade objetiva dos profissionais liberais, não chegou a extinguir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova, uma vez que embora com a necessidade de apuração de sua culpa, imputa-se a este profissional a obrigação de em juízo provar a ausência de vício do desempenho de suas atividades.¹⁸

Importante ressaltar que embora a atividade profissional do advogado gere uma obrigação de meio, a liberdade, o patrimônio e os interesses morais ou patrimoniais de seus clientes e de terceiros, independem da atuação do advogado, os quais diretamente condicionam-se ao convencimento e julgamento de um terceiro, julgador. A atividade exercida pelo patrono da causa, portanto, não está sujeita ao disposto no artigo 927 CC do Código Civil (responsabilização independentemente de culpa), mas sim ao parágrafo 4º, artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (responsabilização mediante apuração de culpa), que confere tratamento específico aos profissionais liberais.

Desta feita, embora o Código Civil seja norma jurídica anterior e geral ao Código de Defesa do Consumidor, este diploma é a norma específica legalmente aplicável, principalmente, mas não somente, em relação à responsabilidade civil dos profissionais liberais, por força do parágrafo segundo do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁹, que determina que uma lei nova não revoga ou modifica lei anterior, mesmo que disponha de forma geral ou específica sobre questões já existentes.

Art. 2º (...)

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

¹⁸ A 3ª Turma do STJ entendeu que “o fato de ser exigido a comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no art. 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às demais normas contidas no Código Civil. (Recurso Especial nº 2005/0036043-2, rel. m. Castro Filho, DJ de 13.2.2006, p. 799) apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *et alii*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do Anteprojeto. 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária. 2007. p. 205.

¹⁹ Decreto Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.

1.2. Evolução da Teoria de Responsabilidade Civil pela perda de uma chance

Para a responsabilização civil²⁰ e conseqüente indenização da parte prejudicada pelo agente causador da conduta nociva, fundamental é a “existência” e “comprovação” do dano. Em função disso, a indenização de eventos futuros, não ocorridos e, portanto, incertos, jamais foi admitida pela doutrina e operadores do direito, justamente por ser impossível a configuração certa e comprovação do dano.

Assim, inovadoramente difundida pelos Tribunais Franceses em meados da década de 60, a Teoria da Perda de uma Chance, ou por estes denominada, *Perte d'une chance*, em princípio foi aplicada, tão somente, às regras de responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura ou de sobrevivência de pacientes, mas que mesmo assim, contrariava juristas da época os quais, como o italiano Francesco Busnelli, continuavam a afirmar “*que a pretensão indenizatória encontra obstáculo no fato de se referir a um dano que não deriva de uma lesão a um direito subjetivo ou a um interesse juridicamente tutelado*”²¹.

Nessa mesma época, Adriano de Cupis²², renomado jurista italiano, considerado o primeiro a compreender e aplicar corretamente a teoria da perda da chance de forma extensiva, sem limitação à responsabilização do médico, entendeu ser possível a ampliação da aplicabilidade desta teoria sobre qualquer possibilidade de reparação de uma chance prejudicada em função da conduta irregular de outrem.

²⁰ Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil consiste na “(...) 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 (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.34. v. 7.

²¹ BUSNELLI, Francesco Donato. *Perdita di una chance*, cit. p. 47, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 9.

²² Professor de Direito Civil da Università di Perugia, Francesco Donato Busnelli publicou em 1966, a obra *Il Danno: Teoria generale della responsabilità civile*, 2ª Ed., 2v., Milano: Giuffrè, 1966, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 10.

Foi responsável por introduzir, no mundo jurídico, novas diretrizes e conceituações para a correta admissibilidade e aplicação da teoria. Distinguiu o dano decorrente de uma chance perdida, daquele decorrente do resultado final, demonstrando, assim, a possibilidade de indenização e enquadramento desse novo tipo de indenização e responsabilização civil como dano emergente, decorrente de eventos futuros e incertos, não aleatórios, os quais independiam do efetivo resultado da lide, e sem confusão ao conceito de lucros cessantes.

Segundo ele, embora a vitória da causa seja incerta, a possibilidade de vitória pretendida pelo cliente no momento em que tal pretensão foi frustrada, era existente, mesmo que em probabilidades reduzidas, faz com que não seja possível se falar em lucro cessante, mas sim na existência de um dano emergente.²³

Apesar da relevante contribuição do jurista italiano à correta interpretação e aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, somente em 1976, com a publicação do artigo “*Perdita di una chance e certezza Del danno*” do professor Maurizio Bocchiola, os entendimentos deste, somados ao de Adriano de Cupis, traçaram as premissas para admissão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Assim, bem definiu Bocchiola²⁴:

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

²³ Adriano de Cupis apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p.11.

²⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. *Perdita di una chance*, cit. p. 47, apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p.9.

O artigo de Bocchiola repercutiu entre os juristas da época, todavia, somente em 1983 obteve-se na Itália o primeiro julgamento favorável admitindo-se a indenização pela perda da chance.²⁵

Diante de grandes bases para a fundamentação da Teoria da Responsabilização Civil pela Perda de uma Chance, consolidou-se o entendimento de que a indenização objetivada em tese de perda da chance não versa, diretamente, sobre o dano propriamente dito ou resultado final, cuja concretização restou frustrada em virtude da ocorrência de um fato danoso, mas sim e como reflexo do prejuízo de uma situação subjetiva decorrente da perda de uma probabilidade ou chance²⁶ concreta de se obter um determinado resultado.

Com efeito, considerada a impossibilidade de prova do nexo causal entre a conduta danosa do agente e a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, busca-se com a responsabilização civil do agente pela perda de uma chance, a majoração da probabilidade de se obter determinado bem ou de se evitar um determinado prejuízo, os quais, no entendimento de Francisco Amaral, *podem ser considerados bens patrimoniais a integrarem o patrimônio da vítima e assim, passar a integrar o patrimônio de quem de direito, considerando-se que, no entendimento deste doutrinador, “bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico”*.²⁷

²⁵ Julgamento referente ao caso de trabalhadores convocados para participação em um processo seletivo, tendo, alguns candidatos, após serem submetidos à exames médicos, sido impedidos de participar de todo o processo seletivo e reconhecimento pelo Tribunal de Cassazione, do prejuízo e indenização do dano emergente, decorrente da perda da chance em relação à impossibilidade de participação em todo o processo seletivo, independentemente do resultado final quanto à obtenção, ou não, do emprego. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p.27.

²⁶ A chance, nos dizeres de Sérgio Savi, trata-se da “efetiva possibilidade de conseguir um certo bem”. SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p.30.; Já a probabilidade consiste na “possibilidade mais acentuada da realização de um acontecimento entre inúmeros possíveis, baseada, subjetivamente, na opinião do observador e, objetivamente, na relação entre o número de casos favoráveis e o total das realizações”. Dicionário UOL Michaelis.

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 299 aput SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p..31.

Quanto à atual aplicação dessa teoria na Itália, a jurisprudência evoluiu e, passando a reconhecer a possibilidade de reparação da chance prejudicada, aceita a reparação do dano pela perda da chance como dano emergente, utilizando como critério para sua aplicação e comprovação do dano, casos com probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento).

No Brasil, mesmo sem legislação específica a respeito do tema, a aplicação da teoria para diversas e distintas pretensões jurídicas tem evoluído perante os tribunais.

O amparo vem das novas doutrinas e julgados, que têm reconhecido que a perda dessa oportunidade decorre de um fato ilícito o qual, antes da concretização da oportunidade pleiteada, impede o curso normal dos acontecimentos, gerando a parte prejudicada o direito ao ressarcimento de um dano emergente, correspondente a um prejuízo imediato e mensurável, prejuízo este que nada corresponde ao lucro cessante, correspondente aos rendimentos que a vítima efetivamente deixa de ganhar em função da interrupção de suas atividades.

Quanto à aplicabilidade desta teoria no âmbito jurídico, de acordo com o art. 402 do Código Civil, o profissional causador do evento danoso que originou a perda de uma oportunidade deverá indenizar à parte prejudicada o dano emergente causado, o qual corresponde à efetiva diminuição de patrimônio da vítima, em outras palavras, à diferença de patrimônio que a vítima tinha antes do ilícito e depois deste. Desta feita, a indenização em tese de responsabilidade civil pela perda de uma chance não pode versar sob lucro cessante, pois este consiste naquilo que a vítima efetivamente deixou de auferir.²⁸

Segundo Sérgio Novaes Dias, “os danos que o cliente pode sofrer correspondem àquilo que efetivamente teve reduzido em seu patrimônio ou àquilo que deixou de ganhar”.²⁹

²⁸ Revista do Curso de Direito – Faculdade de Campo Limpo Paulista. p. 106.

²⁹ DIAS, Sérgio Novaes. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. p. 67.

Para uma melhor compreensão da aplicação e abrangência dessa teoria, seguem abaixo recentes decisões preferidas por distintos tribunais nacionais, sobre questões e temas diversos, não restritos às questões processuais e/ou à conduta negligente de alguns profissionais do direito:

IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO - PERDA DA OPORTUNIDADE. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo **o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.** (STJ - REsp 788459/BA – Rel. Min. Fernando Gonçalves - publicado em 13-3-2006).*(grifos nossos)*

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MÉDICO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. NÃO-EFETIVAÇÃO DA MATRÍCULA. RESPONSABILIDADE DO CARTÃO DE CRÉDITO. APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE, POSITIVADA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. (...) *Após ter logrado êxito nas duas primeiras fases do aludido certame, sendo que uma destas etapas foi realizada no país estrangeiro, a inscrição do autor para a terceira fase do teste, o qual realizar-se-ia nos Estados Unidos, não foi aceita. Percebe-se pelo documento de fls. 10/11 que a inscrição do autor não se efetivou por duas razões diversas, a saber, a não-realização por parte do proponente do teste de proficiência em língua inglesa e a não-aceitação de seu cartão de crédito, por negativa da administradora ré, o que frustrou o pagamento da taxa do teste. Quanto à primeira das razões, em tempo hábil à realização do teste, comprovou o autor a aptidão em língua inglesa, conforme se constata da leitura dos documentos anexados à inicial. Portanto, o único motivo pelo qual sua inscrição, para a terceira fase do teste. Clinical Skills Assessment, (prova de conhecimento prático) não se efetivou, reside na negativa de aceitação do cartão de crédito.* (STJ. REsp 898398 – Rel. Min. João Otávio de Noronha – publicado em 04/12/2009). *(grifos nossos)*

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO NÃO CONFIGURADO. 1. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. *O dano, em si, não será imputado ao agente, pois podem haver outras causas; o agente será responsável, isso sim, pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são: a conduta do agente; um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e o nexo causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexo de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente). O nexo causal deverá existir entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano é assim será caracterizado se for suficiente para demonstrar a interrupção do processo que estava em curso, por um fato ilícito, e que poderia, levar ao resultado pretendido.(...) (STJ. Ag 1257194-RS – Rel. Min. Nancy Andrighi – publicado em 01/02/2010). (grifos nossos)*

Nesse contexto, segundo professor Nelson Nery Jr., “os danos ocorridos pela perda de uma chance podem ser indenizados, desde que oriundos de ato ilícito (CC 186 e 187). O prejudicado deve demonstrar em que consistiu a perda da chance para que seja demonstrado o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. A perda da chance pode ensejar composição dos danos, quer se trate de responsabilidade contratual, quer extracontratual”.³⁰

1.3. Critérios para aplicação e quantificação da teoria da perda de uma chance

Assim como no direito francês e do *Common Law*, muitos países têm estabelecido alguns critérios para a admissibilidade de reparações pela perda da chance, tais como a seriedade e real existência das chances perdidas, como forma para se identificar os potenciais e prováveis danos, passíveis, assim, de serem indenizáveis.

Embora clara e freqüente a dificuldade de se definir um cálculo para as chances perdidas, outro critério adotado tem sido a fixação de percentuais para a probabilidade de obtenção de vantagem na chance perdida.

³⁰ NERY JR., Nelson. Código Civil Comentado. 5ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 708.

O sistema norte-americano, por exemplo, definiu que somente são admitidas ações julgadas de acordo com o modelo proposto pela teoria da perda de uma chance, quando o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir a vantagem esperada. Em contrapartida, no direito italiano, verifica-se aplicação a casos nos quais as vítimas chegaram a perder a partir de 20% das chances de alcançar determinado objetivo.

Em relação à quantificação de reparação das chances perdidas, com respaldo no entendimento e pela jurisprudência francesa, tanto para os casos de danos morais, como patrimoniais, tem-se obedecido como regra fundamental que a reparação deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada, ou seja, representativa de uma parte do valor que seria concedido à vítima caso o evento danoso não houvesse ocorrido e interceptado o curso normal do processo e de obtenção de sua pretensão, justificando, assim, a exata impossibilidade de reparação integral do dano da vítima.

Em 2002, uma decisão proferida pela corte francesa ratificou que a reparação deve ser mensurada de acordo com a chance perdida, não podendo, portanto, ter o mesmo valor do resultado pretendido, caso esta oportunidade não tivesse restado prejudicada³¹.

Pacificou-se, portanto, o entendimento de que o quantum reparatório deve ser inferior ao valor do resultado esperado, uma vez que, caso fosse possível afirmar que a demanda seria efetivamente provida pelo magistrado, verificar-se-ia uma hipótese de lucros cessantes, e não de perda da chance.³²

Importante acrescentar, ainda, segundo entendimento e justificativa de Rafael Piteffi que *“isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre prepara de forma integral as chances perdidas,*

³¹ Segundo esclarece Rafael Piteffi da Silva, “aludida regra fundamental foi, de forma sistemática, respaldada pela jurisprudência francesa”. SILVA da, Rafel Piteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 143

³² SAVI, Responsabilidade Civil pela Perda da Chance. p. 63. apud Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed., São Paulo, p. 275.

*pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida”.*³³

Assim, podemos dizer que o *quantum* indenizatório não possui relação direta com a pretensão não examinada do cliente em função do erro do advogado, pois não há certeza de resultado favorável em relação à decisão do magistrado, de modo que a quantificação do dano será feita por arbitramento e dependerá da análise do caso devendo o magistrado, conforme artigo 946 do Código Civil, aplicar sobre a vantagem esperada, percentual da probabilidade de obtê-la.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Para ilustrar essa questão, seguindo o exemplo trazido por Carlos Roberto Gonçalves, se o juiz competente para julgar ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado desidioso, entender que as chances de sucesso da pretensão do autor eram de 70%, a indenização pela perda da chance será fixada nesse percentual, aplicado sobre o valor pretendido na ação infrutífera em razão da negligência do advogado.³⁴

³³ SILVA da, Rafel Piteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 143.

³⁴ Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed., São Paulo, p. 276.

CAPÍTULO II – A ATIVIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

2.1. A atividade do advogado

Com origem do latim, a expressão *advocatus* reporta ao profissional chamado em juízo para falar ou defender o interesse de outrem.

De acordo com o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, a atividade advocatícia somente pode ser exercida por advogados devidamente habilitados, ou seja, detentor de diploma de bacharel em direito e aprovação no exame de ordem dos advogados.³⁵

Fato é, como exposto na obra *O advogado e a moral*, “o advogado regula, por si só, a sua conduta. É o único arbitro de sua actuação, (SIC) o que o obriga a um meticuloso escrupulo. Deve dominar não só as próprias paixões mas as daqueles que o rodeiam. Não deve ceder nunca a solicitações suspeitas, tanto mais sedutoras quanto, a serem atendidas, poderiam facultar-lhe vantagens sedutoras. A sua honestidade, a sua independência e a sua moderação – que não exclui a firmeza – devem estar acima de toda a suspeita; a sua autoridade será tanto maior quanto menos pasto der à crítica.”³⁶

Em relação à condução dos atos jurídicos, judiciais ou extrajudiciais, confiados aos advogados por seus clientes, estes devem ser conduzidos com zelo, dedicação e responsabilidade, de modo que, uma vez descumprido esse dever imputado, tem o profissional o dever de reparar os prejuízos causados por sua conduta inadequada.

Obviamente que dentro dos limites impostos pela lei, constitui prerrogativa aos advogados o exercício da atividade de forma inviolável, não

³⁵ Art. 3º da Lei 8.906/94, determina que “O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”.

³⁶ GARÇOM, Maurice. *O advogado e a moral*. Coimbra: Coleção Studium.1963. p. 10.

havendo entre estes, magistrados e membros do Ministério Público, qualquer tipo de hierarquia ou subordinação.³⁷

2.2. Responsabilidade civil do advogado

A responsabilidade profissional do advogado pode ser analisada sob a égide de três sistemas legais: (i) o Código Civil Brasileiro; (ii) o Estatuto da Advocacia; e (iii) o Código de Defesa do Consumidor.³⁸

Embora inequívoco o entendimento de que o advogado, a luz da Lei 8.078/90 é um fornecedor de serviços, e seus clientes, respectivos consumidores, bem como, considerando-se o disposto no inciso XXXII, art. 5º da Constituição Federal, é dever do Estado promover à defesa do consumidor, portanto.

Quanto à responsabilização do advogado, determina o artigo 32 do Estatuto da Advocacia e 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.

Exemplificando o entendimento acima, alguns julgados demonstram o consolidado entendimento de nossos tribunais a respeito da responsabilização do advogado no exercício da profissão:

³⁷ Parágrafo 3º do artigo 2º e artigo 6º, ambos da Lei 8.906/94.

³⁸ *Na esteira da desagregação do Direito Civil sobrevêm diversos ramos jurídicos autônomos – p.e., o Direito Agrário, o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário etc. -, com princípios próprio ou vinculados aos princípios civilísticos fundamentais, enquanto que os microssistemas jurídicos formam uma verdadeira sistemática específica – p.e., o Estatuto da Terra, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locação etc. Não paira dúvida de que a desagregação e os microssistemas constituem duas relevantes características do Direito Civil contemporâneo.* Rivistia di diritto agrário. Fasc. 2. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè. 2007. p. 260 apud AMARAL, Francisco. Direito Civil. cit. p. 156.

MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO. De acordo com o disposto no art. 32 da Lei Federal 8.906/1994, de 04 de julho de 1994 (dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), **o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa e, 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.** Segundo o artigo 70, do mesmo diploma legal, o poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal. Se assim não fosse, a igualdade hierárquica entre juiz e advogado, prevista em seu art. 6º, ficaria comprometida. (TRT 2º R.-MS 01 117952001500002003 – Ac. SDI 2007046650 – DOE11.1.2008).³⁹ (*grifos nossos*)

Como será estudado a seguir, independentemente sob qual ótica a responsabilidade civil será aplicada, claro é que o advogado, ao tratar dos interesses pessoais e patrimoniais de seus clientes, possui, perante estes, dever de diligência, responsabilizando-se por seus atos, os quais porventura venham a, de qualquer forma, prejudicar os direitos de outrem, sejam estes clientes ou terceiros.

2.2.1. Sob a ótica do Código Civil

O Código Civil não tratou especificamente da responsabilidade civil do advogado, todavia, estabeleceu regras relativas ao mandato e, portanto, aplicáveis aos advogados àquelas relativas aos mandatários.

Considerando que a relação e atividade exercidas pelo advogado perante seus clientes estão pautadas na pessoalidade e confiança, sendo, portanto uma atividade *intuito personae*, a responsabilização civil do advogado está amparada na regra geral do Código Civil da apuração de culpa do profissional, ou seja, da responsabilização subjetiva.

³⁹ GAMA, Ricardo Rodrigues. Estatuto da Advocacia e Código de Ética da OAB Comentado. São Paulo: Russell. 2009. P.95.

Adicionalmente, é fundamental esclarecer que a relação jurídica entre o advogado e seu cliente nasce à medida que este último outorga ao profissional o instrumento de mandato⁴⁰ e com isso, nasce entre eles uma relação contratual⁴¹, cuja finalidade é de criar mutuas obrigações, bem como disciplinar os interesses contratados.

Julio Cesar Rossi afirma que: “(...) a *procuração é o instrumento do mandato, sendo certo que uma vez outorgada ao profissional, a relação contratual se instaura entre o advogado e o seu constituinte*”.⁴²

Nesse sentido, considerando-se que a relação contratual de mandato aplica-se para a maioria dos atos da vida civil, a relação contratual existente entre o advogado e seu cliente, no entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho em princípio, não é de mandato, mas de prestação de serviços ou, excepcionalmente, de emprego. Uma vez resolvido o ajuizamento de demanda judicial, surge como negócio jurídico que disciplina a relação interna entre advogado e cliente em função do processo, o contrato de mandato.⁴³

Reconhecida que a relação jurídica entre advogado e cliente possui natureza contratual, bem como que a responsabilidade decorrente desta relação segue a regra geral do código civil brasileiro, ou seja, da apuração de culpa, importante ressaltar que o advogado exerce atividade considerada de meio e não de resultado, o que significa que mesmo empregando toda

⁴⁰ De acordo com o artigo 653 CC, “*Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.*”

⁴¹ (...) *a contract is a relationship between buyer and seller defined by an agreement about their respective rights and responsibilities. Contracts define and agreed-on relationship between a buyer and a seller. Relationships involve expectations, and that is what contracts are about. When a buyer contracts with a seller to provide products or services, the buyer is essentially melding the seller into its organization. Both buyer and seller have expectations embodied in the contract. (...) contract is a document that describes an agreement about rights and responsibilities. In any jurisdiction, a contract is “an agreement governed and restricted by law” and the applicable law shapes the nature of the contract*. GARRET, Gregory A. *World Class Contracting. How Winning Companies Build Successful*. Chicago: CCH Incorporated. 2001. p. 43.

⁴² ROSSI, Julio Cesar. *Responsabilidade Civil do Advogado e da Sociedade de Advogados*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 84.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em espécie*. 2ª ed. vol. IV. Tomo 2. São Paulo. Saraiva: 2009. p. 342 e 343.

diligência e capacidade técnica na defesa dos interesses de seu cliente, o advogado não se obriga pelo resultado, pois a decisão da demanda é competência exclusiva do magistrado, sendo impossível prever ou garantir com certeza o resultado do julgamento.

Fato é que, exercendo suas atividades com maestria, sendo responsável pela correta utilização e aplicação de todos os meios e recursos legais cabíveis e necessários para a defesa dos interesses de seu cliente, não há responsabilização do advogado por eventual insucesso da causa, em contrapartida, embora vinculado a uma obrigação de meio, será sim responsabilizado subjetivamente pelos prejuízos que sua conduta irregular causar ao cliente ou terceiros.

Em se tratando de responsabilidade civil com natureza contratual, deve-se, ainda, ser observada questão disciplinada por cláusula geral da boa fé objetiva, mais precisamente em relação ao disposto no artigo 422 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A norma jurídica da boa fé objetiva⁴⁴ impõe um padrão de conduta às partes de uma relação contratual, como respeito, probidade, confiança, honestidade, lealdade, cooperação, razoabilidade, equidade, dentre outros que observados, possibilita uma relação transparente e equilibrada, interpretada, executada e concluída de forma segura, justa e transparente, coibindo, assim, o abuso de direito.

Desse modo, a inexecução de obrigações decorrente de desrespeito à obrigação contratual e/ou cláusula geral de boa fé objetiva a qual se obrigou o advogado por meio do instrumento de mandato, originará a este, nos termos

⁴⁴ Previsão legal: CC, art. 422; CDC, art. 4º, inciso III cc art. 51.

dos artigos 398, 402 e 403 do Código Civil, o dever de reparar os danos causados:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetárias segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

2.2.2. Sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 e do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei 8.906/94

A luz do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, o advogado ao exercer atividade destinada à prestação de serviços jurídicos, é um fornecedor de serviços e seus clientes, consumidores, caracterizando-se, portanto, uma relação de consumo. Por esse motivo, além das normas de direito civil, o advogado está sujeito a aplicação, também, das regras de proteção a consumidor.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha excluído os profissionais liberais e, especificamente, as atividades advocatícias de suas regras de proteção e embora tenha adotado como regra geral a responsabilidade objetiva a todos os fornecedores, no que diz respeito aos profissionais liberais e, conseqüentemente aos advogados, excetuou a responsabilidade destes que continua a ser com base na verificação da culpa, ou seja, subjetiva.

A Ordem dos Advogados do Brasil, criada em 1930 com a função de selecionar e disciplinar a atividade advocatícia no Brasil, não está vinculada a nenhum poder Estatal, nem mesmo a qualquer outro órgão do Estado como Ministério Público ou Tribunal de Contas da União.

Segundo Ricardo Rodrigues Gama, “a OAB pode ser definida como pessoa jurídica sui generis por prestar serviço público e ser dotada de personalidade jurídica e forma federativa, com finalidades específicas, como a defesa da Constituição Federal, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, e pugnar pela aplicação plena da legislação, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, além de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em todo território nacional.”⁴⁵

Assim, dispõe o inciso II do artigo 44 do Estatuto da Advocacia e a OAB:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

(...)

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Embora a relação advogado e cliente seja uma típica relação de consumo, amparada pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, alguns juristas entendem que nesta relação o advogado não se sujeita às sanções administrativas impostas pelo referido código de proteção, encontrando-se na Lei Civil o embasamento para respaldo e apuração de eventuais conflitos decorrentes da prestação de serviços de natureza contratual.

Trata-se de um tema muito questionado e discutido. Exceção à regra, os advogados, que não àqueles sujeitos ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho, enquadrados como profissionais liberais, não se subordinam a regra

⁴⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. Estatuto da Advocacia e a OAB. São Paulo: Russell. 2009. p. 117

geral da responsabilidade civil objetiva trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo responsabilizados pelos danos causados aos seus clientes mediante apuração previa da culpa, ou seja, pela responsabilidade civil subjetiva, prevista como regra geral de nossa Lei Civil.

Contudo, fato é que o Código de Defesa do Consumidor, lei geral, aplica-se a qualquer relação de consumo, sem qualquer exceção expressa à atividade do advogado liberal, portanto, legalmente, sendo plenamente aplicável.

Julio Cesar Rossi defende o entendimento de que como prestador de serviço e profissional liberal, o advogado está plenamente sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, na forma disposta no §4º do art. 14 cc com art. 20 deste diploma legal, haja vista não fazer referido Código qualquer tipo de distinção entre os prestadores de serviços, especificamente aos advogados.⁴⁶

Por outro lado, Sérgio Novaes Dias entende que a relação entre advogado e cliente, embora de consumo, não está sujeita ao CDC no que se refere a não submissão do advogado às sanções administrativas previstas nos artigos 56 a 60 deste, pois as penalidades impostas pelo Código, multas, suspensões ou cassações de licenças são aplicadas por órgãos Federais, Estaduais e Municipais, conflitando com o disposto no artigo 44, inciso II do Estatuto da Advocacia, por ser competência exclusiva da OAB a seleção e disciplina dos advogados em todo território nacional e, portanto, a aplicação de sanções administrativas aos profissionais que cometerem atos ilícitos.⁴⁷

Nesse sentido e a título exemplificativo Sérgio Novaes Dias esclarece que “(...) *havendo coincidência de atribuições, e sendo as da OAB exclusivas e*

⁴⁶ Ainda segundo Julio Cesar Rossi, “o critério de interpretação, segundo o qual a norma especial e posterior – Estatuto da Advocacia – teria o condão de afastar a incidência da norma anterior e geral – Código de Defesa do Consumidor -, não parece verdadeiro, pois a norma geral rege todas as relações de consumo, inclusive aquelas relativas aos prestadores de serviços, como é o caso dos advogados, por dicção do §4º do artigo 14 c.c., artigos 2º e 3º da Lei de Consumo. ROSSI, Julio Cesar. Responsabilidade Civil do advogado e da sociedade de advogados. São Paulo: Atlas. 2007. p. 94 e 95.

⁴⁷ DIAS, Sérgio Novaes. Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance. São Paulo: LTr. 1999. p. 23

*indelegáveis, concluí-se, inexoravelmente, que os advogados não podem ser chamados a responder perante o PROCON e os CODECON ou outros órgãos administrativos estatais incumbidos da defesa do consumidor. Deve o cliente/consumidor, portanto, no âmbito administrativo, reclamar contra seu advogado/fornecedor de serviços, com exclusividade, perante a OAB, não se lhes aplicando os artigos 56 a 60 do CDC*⁴⁸, sendo oportuno, todavia, ratificar, que em relação aos demais dispositivos constantes do referido código de proteção, os quais não sejam conflitantes às disposições do Estatuto da Ordem, estes são plenamente aplicáveis aos advogados.

Desta feita, considerando todo disposto acima, bem como o artigo 32 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, certo é que *“o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*⁴⁹”, cumprindo à Ordem dos Advogados do Brasil, em consonância ao disposto no referido art. 44 do referido Estatuto, o poder de polícia da advocacia, de forma exclusiva, indispensável e indelegável, porém, devendo respeitar-se, sempre, inclusive por haver amparo constitucional para resguardo desses direitos, a aplicação das normas constantes no Código Civil Brasileiro e de Proteção ao Consumidor ao profissional a ser responsabilizado.

⁴⁸ DIAS, Sérgio Novaes. Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance. São Paulo: LTr. 1999. p. 25

⁴⁹ Artigo 32 do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94): *“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.”*

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

3.1. Os erros de fato e de direito cometidos pelo profissional

Como já visto os erros cometidos por advogados podem decorrer de uma situação de fato ou de direito. O erro de fato, aquele referente à prestação equivocada e/ou incompleta, tais como o erro de compreensão de um dado transmitido por seu cliente ou até mesmo de interpretação de texto legal.

Em contrapartida, o erro de direito possui uma relação direta com o conhecimento técnico e eficiência profissional do patrono em relação à causa por ele patrocinada. Neste, o advogado age com imperícia, negligência e/ou imprudência, como a perda de um prazo⁵⁰ para interposição de recurso e/ou não aplicação dos remédios jurídicos necessários para o caso concreto.

Seja o prejuízo decorrente de erro de fato ou de direito, desde que comprovada à culpa do patrono, os prejuízos por este causados são passíveis de responsabilização civil, seja em relação ao cliente ou terceiros porventura atingidos.

Caberá ao advogado, em sua defesa, demonstrar a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano, bem como, que mesmo na hipótese da ação ter sido proposta adequadamente, antes da prescrição, por exemplo, o cliente não obteria o julgamento desta em seu favor.

Nesse sentido, segundo Sérgio Novaes Dias, “*a teoria da causalidade adequada, predominante no direito português, deve-se sempre fazer um prognóstico a posteriori entre o ato e as prováveis conseqüências, no objetivo de fixar o nexo de causalidade*”.⁵¹

⁵⁰ Os prazos são normas de ordem pública e não podem ser afastados pelas partes. Rivistia di diritto agrário. Fasc. 2. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè. 2007. p.291.

⁵¹ DIAS, Sérgio Novaes. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. São Paulo: LTr. 1999. p. 64.

3.2. Hipóteses de erros do advogado que ocasionam a perda de uma chance ao cliente

A perda de uma chance não ocorre somente nas hipóteses de perda de prazos, podendo ocorrer para os mais diversos tipos de ações equivocadas ou omissões por parte do patrono, as quais impedem o cliente ter sua pretensão apreciada e deferida pelo judiciário, fazendo jus, portanto, à reparação do prejuízo por este causado pela perda da chance, a qual se aplica tanto nos casos de danos materiais quanto morais.

Cada uma dessas situações possui características distintas, mas, em comum, a possibilidade de ocasionar um dano, moral ou patrimonial, emergente e decorrente da perda de uma oportunidade. Vejamos:

3.2.1. Omissão ou propositura intempestiva de ação ou de interposição de recurso, bem como a não formulação de pedido e produção de provas

A propositura intempestiva de ação ou interposição de recurso, lembrados pelo advogado após decurso de prazo prescricional são motivos mais do que suficientes, dirá indiscutíveis, para que a causa deixe de ser apreciada em juízo.

Todavia, não basta que a ação e o recurso sejam tempestivamente ajuizados, sendo competência do advogado ajuizá-los de modo que os pedidos elaborados, produção de provas defendidas, dentre outros remédios jurídicos, ofereçam ao cliente chances plausíveis de alcance dos direitos que lhe são assegurados por lei e, em contrapartida, de modo a possibilitar ao magistrado condições suficientes para a apreciação da matéria e formação de seu juízo de convencimento a favor do cliente patrocinado.⁵²

⁵² “A missão do advogado é persuadir. O advogado deve ter em vista persuadir os juízes e estes persuadem-se mais facilmente pela palavra de quem tenham na conta de homem de bem”. GARÇOM, Maurice. *O advogado e a moral*. Coimbra: Coleção Studium.1963. p. 11.

A título exemplificativo, para que possamos avaliar a postura de nossos tribunais diante de processos nos quais foram propostos a aplicação da teoria da responsabilização civil pela perda de uma chance, seguem, a seguir, julgados reconhecendo, ou não, a aplicação da Responsabilidade Civil do Advogado pela perda de uma chance na hipótese de perda de prazo processual:

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 frustra 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.** A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto **de** ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. A pretensão **de** simples reexame **de** prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais **de** um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. REsp 1079185/MG RECURSO ESPECIAL 2008/0168439-5. T3 - TERCEIRA TURMA. Ministra NANCY ANDRIGHI. (*grifos nossos*).⁵³**

⁵³ STJ Súmula nº 7 - 28/06/1990 - DJ 03.07.1990. Reexame de Prova - Recurso Especial: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. **ADVOGADO QUE PERDE PRAZO RECURSAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FORMULADO POR SEU CLIENTE COM BASE NA PERDA DE UMA CHANCE.** ACÓRDÃO VERGASTADO RECONHECENDO QUE A AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA POR CLIENTES EM SITUAÇÃO IDÊNTICA RESULTOU EXITOSA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. **Não há ofensa ao Art. 535** do CPC se o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes. É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula 284, STF. Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. **Negado provimento ao agravo regimental.** AgRg no Ag 932446 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0167882-9T3 - TERCEIRA TURMA. Ministra NANCY ANDRIGHI. (*grifos nossos*)

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONDENAÇÃO A RESSARCIR DANO INCERTO. PROCEDÊNCIA. Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano “efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. **Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não.** A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. **A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero.** Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC. Recurso Especial provido. REsp 965.758/RS (2007/0145192-5). TERCEIRA TURMA - Ministra NANCY ANDRIGHI. (*grifos nossos*)

3.2.2. Extravio dos autos e ausência de sustentação oral do recurso

Conforme artigo 34, inciso XXII do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, na hipótese de extravio dos autos, é dever do advogado promover a sua restauração, mesmo que não tenha sido ele o causador desse extravio,

faltando com seu dever de diligência se não o fizer dentro de um prazo razoável. É fato que o dano pode estar vinculado ao mero atraso na devolução dos autos.

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

XXII – reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança.

Todavia, vindo à causa a ser extinta em razão do extravio e falta de cumprimento dos atos processuais pelas partes, poderá o cliente requerer em juízo indenização pela perda da chance, ficando ainda o patrono sujeito à condenação administrativa por parte do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em se tratando de sustentação oral das razões do recurso, ensina Sérgio Novais Dias que *“a responsabilização do advogado pela perda de uma chance, na hipótese de sua ausência na sessão do julgamento, poderá ocorrer mais freqüentemente se a questão sob exame for eminentemente de valoração de fatos e de provas (...) mas desde que, por sua evidente desconexão com os fatos e provas produzidas nos autos, ficar evidenciado que, com a sustentação oral e/ou eventuais esclarecimentos de matéria fática, o resultado do julgamento, em face dessas providências, provavelmente seria favorável ao cliente”*.⁵⁴

3.3. Aplicação da Teoria da Responsabilização Civil pela Perda de uma Chance nos Contratos de Prestação de Serviços Advocatícios

É fato que a desídia na execução da atividade profissional pelo advogado, seja em âmbito judicial ou extrajudicial, poderá causar ao cliente danos irreparáveis em razão da perda da chance de se ter uma pretensão apreciada e deferida pelo magistrado. Mesmo que não haja certeza sobre resultado final e/ou decisão do órgão julgador, a indenização será devida por

⁵⁴ DIAS, Sérgio Novaes. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. São Paulo: LTr. 1999. p. 82.

parte do profissional em razão dos prejuízos por este causados pela simples perda da chance de se ter a pretensão atingida.

A perda da oportunidade de se ter o mérito de uma causa apreciada, portanto, decorre de uma inexecução obrigacional por parte do patrono da causa, de modo que a possibilidade de cumprimento de tal obrigação deixa de ser possível em função de um impedimento que veda a apreciação e julgamento da causa por parte do judiciário.

Desta feita, não se pode considerar as hipóteses de perda de uma chance como simples mora na execução de determinada obrigação, haja vista que esta configura mero atraso na execução da obrigação, porém, com possibilidade de seu cumprimento. Sem dúvida, nos casos de perda de uma chance, tem-se a efetiva inexecução de obrigação contratual.

Assim, como resultado da perda de uma chance, tem-se a certeza de justificada reparação ao dano causado, pois conforme exemplifica Ênio Zuliani, no caso de erros cometidos pelos advogados, 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 responsabilidade ajuizada por 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”*.⁵⁵

Em eventual ação reparadora promovida pelo cliente contra seu patrono, a conduta danosa deste será rigorosamente avaliada pelo magistrado e, se constatada, majorada de acordo com os critérios de probabilidade do resultado que poderia ter sido julgado, incumbindo ao advogado provar a inexistência do nexo de causalidade entre a sua ação ou omissão, danosas, e o dano propriamente causado, alegado pelo cliente.

⁵⁵ Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade Civil. 5ª ed., São Paulo, p. 275.

Desta feita, dois importantes pontos sobre a responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance, ainda se fazem necessários esclarecer.

Conforme determina o art. 51, I do Código de Defesa do Consumidor, é nula de pleno direito qualquer acordo de exclusão de responsabilidade do advogado em relação ao seu cliente.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Por outro lado, uma vez responsabilizado o advogado pela perda da oportunidade em causa por ele patrocinada, deverá pagar ao cliente a indenização fixada, todavia, fará jus aos seus honorários pactuados, haja vista que poupar o cliente deste pagamento não representaria justiça em face do dano causado, haja vista que este fora reparado por meio da indenização fixada, representando, ainda, *bis in idem* ao advogado, já condenado à reparação e pagamento de indenização.

Nesse contexto, no caso de responsabilização do advogado pelos danos causados ao cliente em tese de perda de uma chance, uma alternativa razoável que se tem encontrado para clientes e advogados, poderia ser a compensação entre apuração dos honorários pactuados e indenização fixada.

CONCLUSÃO

O inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Especificamente, o advogado exerce livremente sua profissão, pautada principalmente na confiança que transfere aos seus clientes, com os quais estabelece uma relação jurídica contratual, por meio da outorga do mandato.

No exercício do mandato, o advogado deve agir com diligência e prudência à causa que lhe foi confiada. Dessa forma, aplicando corretamente todo seu conhecimento em prol da causa por ele patrocinada, não poderá ser responsabilizado por eventual insucesso da lide, pois desempenha uma atividade de meio e não de resultado, incumbindo o efetivo julgamento da causa, ao juiz.

Em contrapartida, uma vez comprovada a culpa do advogado, o qual se sujeita à regra da responsabilização civil subjetiva, as conseqüências danosas decorrentes de seus erros de fato ou de direito, lhe originam o dever de reparar os prejuízos causados, seja aos seus clientes ou terceiros.

O que ocorre e merece especial atenção em relação à responsabilização civil do advogado no exercício de sua função é que os erros por este provocados e os danos originados da conduta danosa por ele praticada, podem impedir que o processo patrocinado pelo advogado chegue a ser submetido à apreciação do judiciário. Nestes casos, desde que, como visto, comprovada a

culpa, a responsabilidade civil do advogado incompetente é aplicada em tese de perda da chance.

A aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance refere-se, portanto, à perda de uma possibilidade de obter-se a concretização de uma pretensão inicial, de modo que todo prejuízo causado consiste da perda de uma probabilidade concreta.

Desta feita, apurada a responsabilidade do médico e configurada a perda de uma chance real, devida será a reparação por parte do profissional e deste modo, deparamo-nos com a grande dificuldade de se quantificar o montante da indenização. O cálculo do *quantum* indenizatório consiste, assim, na aplicação de um percentual definido pelo juiz, após consolidada avaliação da probabilidade de êxito da ação inicial, e aplicação deste percentual sobre a demanda originalmente pleiteada.

Fato é que, da mesma forma que a quantificação da indenização não pode ser equivalente à pretensão inicialmente desejada, haja vista que a lide não foi apreciada, deverá, ainda, ser, sempre, inferir à indenização cuja obtenção restou prejudicada.

Assim, embora a doutrina ainda caminhe timidamente acerca do tema ora proposto, com o presente trabalho procurou-se demonstrar que em equilíbrio com as normas jurídicas gerais e especiais atualmente vigentes, as conseqüências de ações ou omissões danosas cometidas pelos advogados, são indiscutivelmente suscetíveis a reparação dos prejuízos por força da aplicação da teoria da responsabilização civil pela perda de uma chance, pelo simples fato de restar prejudicada a oportunidade de atingir a pretensão inicialmente pleiteada, sendo devida a reparação desta frustração, ainda que o mérito da causa não tenha sido apreciado e julgado.

BIBLIOGRAFIA

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance*. São Paulo: LTr. 1999

DI DIRITTO AGRÁRIO. Fasc. 2. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè. 2007

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos em Espécie*. 2ª ed.vol. IV. Tomo 2. São Paulo: Saraiva. 2009.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Estatuto da Advocacia e Código de Ética da OAB Comentado*. Campinas/SP: Russell. 2009

GARÇOM, Maurice. *O advogado e a moral*. Coimbra: Coleção Studium.1963.

GARRET, Gregory A. *World Class Contracting. How Winning Companies Build Successful*. Chicago: CCH Incorporated. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed.,vol. 4 São Paulo: Saraiva. 2010

GRINOVER, Ada Pellegrini, VASCONCELLOS de, Antônio Herman e Benjamin, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, WATANABE, Kazuo, JUNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 9 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1999

NADER, Paulo. *Curso de Direito civil – Responsabilidade Civil*. 2ª ed. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

ROSSI, Júlio Cesar. *Responsabilidade Civil do Advogado e da Sociedade de Advogados*. São Paulo: Atlas. 2007.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

SILVA da, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e Contratos*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina. 2009

ARTIGOS:

BIONDI, Eduardo Abreu. *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil*. jan/2008. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil>. Acesso em: 20 fev. 2010

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. *Revista do Curso de Direito – Faculdade de Campo Limpo Paulista*. v.05. 2007. Porto Alegre, 2005, IOB Thomson. Coleção Acedêmica Direito. vol. 50

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. *O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1095, 1 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8574>>. Acesso em: 14 abr. 2010